OVG Schleswig (1. Senat), Beschluss vom 20.02.2023 – 1 LA 135/20

Titel:
Zulässigkeit von Ferienwohnungen in einem reinen Wohngebiet
Normenkette:
BauNVO § 13a S. 2
Rechtsgebiete:
Verwaltungsverfahren und -prozess, Öffentliches Baurecht
Schlagworte:
Ferienwohnung, Beherbergungsbetrieb, Ermessen
vorgehend:
VG Schleswig, Urteil vom 28.05.2020 - VG 2 A 59/19 (Rechtskraft: unbekannt)
Fundstellen:
LSK 2023, 6766
NordÖR 2023, 153
ECLI:
ECLI:DE:OVGSH:2023:0220.1LA135.20.00
Rechtskraft:
unbekannt

Tenor:

Der Antrag auf Zulassung der Berufung gegen das Urteil des Schleswig-Holsteinischen Verwaltungsgerichts – 2. Kammer, Einzelrichterin – vom 28. Mai 2020 wird abgelehnt.
Die Beigeladenen tragen die Kosten des Zulassungsverfahrens.
Der Streitwert wird auf 15.000 EUR festgesetzt.

Gründe:

1 Der zulässige Antrag der Beigeladenen auf Zulassung der Berufung gegen das ihnen jeweils am 18. Juli 2020 zugestellte Urteil des Verwaltungsgerichts ist nicht begründet. Ihr Vorbringen, das den Prüfungsumfang für das Oberverwaltungsgericht bestimmt (§ 124a Abs. 4 Satz 4 VwGO), rechtfertigt die Zulassung der Berufung nicht.

2 1. Das Verwaltungsgericht hat der Klage des Nachbarn gegen die Ablehnung bauaufsichtlichen Einschreitens gegen die Nutzung von vier der fünf Wohneinheiten auf dem Grundstück der Beigeladenen als Ferienwohnung durch die Beklagte stattgegeben und diese zu einem solchen Einschreiten verpflichtet. Die vier Ferienwohnungen seien formell baurechtswidrig. Eine Nutzung als Ferienwohnungen sei nicht genehmigt.

3 Durch die Nutzung als Ferienwohnungen werde der Gebietserhaltungsanspruch des Klägers verletzt. Sie widerspreche den Festsetzungen des Bebauungsplans, nach dessen textlichen Festsetzungen in der Fassung der 2. Änderung aus dem Jahr 2009 „kleine Betriebe des Beherbergungsgewerbes" in dem reinen Wohngebiet allgemein zulässig sind und für den seit der im Mai 2019 in Kraft getretenen 3. Änderung die Baunutzungsverordnung 2017 – also auch § 13a BauNVO – gilt. Das gelte unabhängig davon, ob der Beherbergungsbetrieb der Beigeladenen als „klein"

anzusehen sei. 80% der Wohnfläche des Hauses würden als Ferienwohnungen genutzt, weshalb es an einer baulich untergeordneten Bedeutung im Sinne von § 13a BauNVO fehle. Es könne nur mit ausdrücklicher und dezidierter Begründung einer planungsrechtlichen Ausnahme von der gesetzlichen Voraussetzung der „untergeordneten Bedeutung" Abstand genommen werden.

4 Das Entschließungsermessen der Beklagten sei auch auf Null reduziert. Es lägen keine Besonderheiten des Einzelfalles vor, die es ausnahmsweise rechtfertigten, von einem Einschreiten gegen die baugebietswidrige Ferienwohnungsnutzung abzusehen. Für den durchzusetzenden Gebietserhaltungsanspruch des Klägers komme es auf tatsächliche Beeinträchtigungen und deren Intensität gerade nicht an. Auf die Wahrung der Art des Baugebiets habe der Nachbar vielmehr auch dann einen Anspruch, wenn das baugebietswidrige Vorhaben im jeweiligen Einzelfall noch nicht zu einer tatsächlich spürbaren und nachweisbaren Beeinträchtigung führe.

5 2. Die von den Beigeladenen geltend gemachten Zulassungsgründe der ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit des verwaltungsgerichtlichen Urteils (hierzu a) und der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache (hierzu b) sind nicht ausreichend dargelegt (§ 124a Abs. 4 Satz 4 VwGO) bzw. liegen nicht vor (§ 124 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 3 VwGO).

6 a) Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung im Sinne des § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO bestehen dann, wenn einzelne tragende Rechtssätze oder erhebliche Tatsachenfeststellungen des Verwaltungsgerichts durch schlüssige Gegenargumente infrage gestellt werden. Schlüssige Gegenargumente liegen vor, wenn substanziiert rechtliche oder tatsächliche Umstände aufgezeigt werden, aus denen sich die gesicherte Möglichkeit ergibt, dass die erstinstanzliche Entscheidung unrichtig ist (vgl. BVerfG, Beschluss vom 18.06.2019 – 1 BvR 587/17 –, juris, Rn. 32; Kammerbeschluss vom 20.12.2010 – 1 BvR 2011/10 –, juris, Rn. 19). Dabei kommt es grundsätzlich nicht auf einzelne Elemente der Urteilsbegründung an, sondern auf das Ergebnis der Entscheidung, also auf die Richtigkeit des Urteils nach dem Sachausspruch in der Urteilsformel (st. Rspr., vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 09.06.2016 – 1 BvR 2453/12 –, juris, Rn. 16 f.; BVerwG, Beschluss vom 10.03.2004 – 7 AV 4.03 –, juris, Rn. 9; Schl.-Holst. OVG, Beschluss vom 30.07.2021 – 2 LA 15/19 –, juris, Rn. 3; OVG Berlin-Bbg, Beschluss vom 30.11.2020 – OVG 11 N 63.19 –, juris, Rn. 5). Ausgehend davon ergeben sich aus dem Vortrag der Beigeladenen keine ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit des Urteils des Verwaltungsgerichts.

7 Sie tragen vor, dass eine baulich untergeordnete Bedeutung entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts gerade keine gesetzliche Voraussetzung dafür sei, dass Räume zu den kleinen Betrieben des Beherbergungsgewerbes gehören könnten. Es handle sich vielmehr um die Benennung eines typischen Anwendungsfalls von § 13a Satz 2 BauNVO. Daraus ergebe sich nicht, dass bei Nichtvorliegen dieser Voraussetzung indiziert sei, dass die Tatbestandsvoraussetzungen nicht gegeben seien. Die Vorschrift sei, ohne dass es hierfür eines erhöhten Begründungsaufwands bedürfe, ebenso auf Fälle anwendbar, in denen eine baulich untergeordnete Bedeutung gegenüber der in dem Gebäude vorherrschenden Hauptnutzung fehle. Es handle sich um eine Ermessensvorschrift.

8 Bei einem solchen Verständnis der Norm widerspreche die Nutzung des Grundstücks nicht den Festsetzungen des Bebauungsplans. Nach diesem solle eine

Nutzung als Ferienwohnungen ausdrücklich auch bei einer nicht untergeordneten Bedeutung möglich sein. Bei ihren Ferienwohnungen handele es sich um kleine Betriebe des Beherbergungsgewerbes. Die entsprechende Einordnung durch die Beklagte begegne keinen Bedenken.

9 Selbst wenn es sich um eine bauplanungsrechtlich unzulässige Nutzung handeln sollte, liege kein Fall einer Ermessensreduktion auf Null vor. Es sei erkennbar das Ziel der Beklagten gewesen, einen bisher bestehenden Zustand rechtssicher zu gewährleisten. Deshalb liege es nahe, angesichts der Vielzahl an Ferienwohnungen im Gebiet und der lange bestehenden rechtlichen Unsicherheiten bei der bauplanungsrechtlichen Einordnung von Ferienwohnungen die Satzungsänderung als Stichtag im Hinblick auf die auch bisher nach Auffassung der Beklagten rechtmäßigen Nutzungen anzusehen und entsprechend zu behandeln.

10 Unabhängig davon, wie § 13a Satz BauNVO zu interpretieren ist (hierzu aa), ergeben sich auch unter Zugrundelegung der Rechtsauffassung der Beigeladenen keine ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit des Urteils des Verwaltungsgerichts, weil sie jedenfalls nicht dargelegt haben, dass die Voraussetzungen der Norm im vorliegenden Einzelfall erfüllt sind (hierzu bb). Auch dass selbst bei einem Verstoß gegen das Bauplanungsrecht keine Ermessensreduzierung auf Null gegeben wäre, haben sie nicht dargelegt (hierzu cc).

11 aa) Nach § 13a Satz 1 BauNVO gehören Räume oder Gebäude, die einem ständig wechselnden Kreis von Gästen gegen Entgelt vorübergehend zur Unterkunft zur Verfügung gestellt werden und die zur Begründung einer eigenen Häuslichkeit geeignet und bestimmt sind (Ferienwohnungen), unbeschadet des § 10 BauNVO in der Regel in bestimmten Baugebieten – allerdings nicht in reinen Wohngebieten – zu den nicht störenden Gewerbebetrieben bzw. zu den Gewerbebetrieben. Nach § 13a Satz 2 BauNVO können abweichend von Satz 1 Räume nach Satz 1 in den übrigen Fällen insbesondere bei einer baulich untergeordneten Bedeutung gegenüber der in dem Gebäude vorherrschenden Hauptnutzung zu den Betrieben des Beherbergungsgewerbes in verschiedenen Baugebieten oder in einem reinen Wohngebiet zu den kleinen Betrieben des Beherbergungsgewerbes nach § 3 Abs. 3 Nr. 1 BauNVO gehören.

12 Durch § 13a BauNVO werden Ferienwohnungen ausdrücklich zu Unterarten bestimmter der in den §§ 2 bis 7 BauNVO allgemein oder ausnahmsweise zulässigen Nutzungen erklärt. Die Zulässigkeit von Ferienwohnungen soll sich damit nach den für diese Nutzungsart geltenden Festsetzungen richten (BT-Drs. 18/10942, S. 55, 56). § 13a Satz 1 BauNVO beschreibt dabei den Regelfall (vgl. Blechschmidt, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Stand August 2022, BauNVO § 13a Rn. 29), dass es sich bei Ferienwohnungen um nicht störende Gewerbebetriebe oder Gewerbebetriebe handelt.

13 § 13a Satz 2 BauNVO erfasst Fälle („in den übrigen Fällen"), in denen keine Genehmigung nach § 13a Satz 1 BauNVO in Betracht kommt (vgl. Blechschmidt, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Stand August 2022, BauNVO § 13a Rn. 17 m. w. N.). Die Regelung zielt insbesondere auf reine Wohngebiete (BT-Drs. 18/11439, S. 22). Denn dort sind nur kleine Betriebe des Beherbergungsgewerbes ausnahmsweise (§ 3 Abs. 3 Nr. 1 BauNVO) zulässig, nicht aber sonstiges Gewerbe. Eine Feinsteuerung der Ansiedlung von Ferienwohnungen kann weiterhin durch § 1 Abs. 5 und Abs. 9 BauNVO erfolgen (vgl. BT-Drs. 18/10942, S. 56; Blechschmidt, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger,

BauGB, Stand August 2022, BauNVO § 13a Rn. 18, Finger, in: Brügelmann, BauGB, Stand Oktober 2022, BauNVO § 13a Rn. 38 ff.).

14 (1) Eine Auslegung der Formulierung, dass Räume nach Satz 1 in den übrigen Fällen „insbesondere bei einer baulich untergeordneten Bedeutung gegenüber der im Gebäude vorgesehenen Hauptnutzung […] zu den kleinen Betrieben des Beherbergungsgewerbes nach § 3 Absatz 3 Nummer 1 gehören [können]" in dem Sinne, dass sie ein Ermessen der Bauaufsichtsbehörde begründet, wann sie eine Ferienwohnung als „kleinen Betrieb des Beherbergungsgewerbes" ansieht (so Otto, ZfBR 2018, 221 <227>), scheidet entgegen der Auffassung der Beigeladenen aus. Für dieses Verständnis spricht allein, dass im Allgemeinen in verwaltungsrechtlichen Vorschriften mit dem Wort „können" ausgedrückt wird, dass der Verwaltung Ermessen eingeräumt wird (vgl. Bundesministerium der Justiz, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. Aufl. 2008, Rn. 82). Das ist jedoch nicht zwingend der Fall (vgl. etwa BVerwG, Urteil vom 30.10.2013 – 2 C 16.12 –, juris, Rn. 11; BayVGH, Urteil vom 06.07.1995 – 12 B 93.1804 –, juris, Rn. 26; VGH Bad.-Württ., Beschluss vom 22.10.2021 – 12 S 888/19 –, juris, Rn. 16). Das Wort „kann" kann aber etwa auch nur die Befugnis einer Behörde zu einer bestimmten Entscheidung bezeichnen (vgl. BVerwG, Urteil vom 20.11.2008 – 7 C 10.08 –, juris, Rn. 45).

15 Für Letzteres spricht hier, dass der Begriff „können" nicht im Zusammenhang mit einer Entscheidung der Behörde gebraucht wird (vgl. § 3 Abs. 3 Nr. 1 BauNVO „können zugelassen werden"; § 18 Abs. 2 BauNVO „können […] zugelassen werden", ebenso § 19 Abs. 4 Satz 2 Halbs. 2 BauNVO und die weiteren bei Otto, a. a. O., genannten Beispiele), sondern parallel zur Formulierung des Satzes 1 („gehören […] zu") mit der Formulierung „können […] gehören". Dieser Unterschied in der Formulierung ist nicht als „bemerkenswert" (so Otto, a. a. O.) hinzunehmen, sondern bietet Anlass für eine andere Auslegung. Die Formulierung „können" ist im Sinne eines Regel-/Ausnahmeverhältnisses zwischen Satz 1 und Satz 2 von § 13a BauNVO zu verstehen: In der Regel sind Ferienwohnungen den (nicht störenden) Gewerbebetrieben zuzuordnen. Wenn die Ferienwohnungsnutzung im Gebäude deutlich untergeordnet ist, kommt auch („können") eine Einordnung als (kleiner) Betrieb des Beherbergungsgewerbes in Betracht (so Finger, in: Brügelmann, BauGB, Stand Juli 2022, BauNVO § 13a Rn. 34). Jedenfalls trägt die pauschale Annahme, dass die Entscheidung darüber, ob als Ferienwohnung dienende Räume ein Beherbergungsbetrieb sind, erst noch von der zuständigen Behörde getroffen werden müsse, die diese Zuordnung treffen könne, aber nicht müsse, weil die Entscheidung darüber in ihr Ermessen gestellt sei (so Otto, a. a. O.), nicht dem Wortlaut von § 13a Satz 2 BauNVO Rechnung, der neben dem eindeutig dem Tatbestand zuzurechnenden Begriff „Räume" noch die Formulierung „insbesondere bei einer baulich untergeordneten Bedeutung" enthält.

16 Gegen eine Interpretation von § 13a Satz 2 BauNVO als Ermessensvorschrift spricht zudem, dass schon § 3 Abs. 3 BauNVO die Behörde zu einer Ermessensentscheidung über die ausnahmsweise Zulassung unter anderem von kleinen Betrieben des Beherbergungsgewerbes ermächtigt. Die Einräumung eines weiteren, auf die Ferienwohnungseigenschaft bezogenen Ermessens innerhalb der Ermessensentscheidung nach § 3 Abs. 3 BauNVO wäre systematisch widersprüchlich.

1 (2) Sieht man es nach alledem als Tatbestandsfrage an, ob eine Ferienwohnung im

7 Einzelfall ein kleiner Betrieb des Beherbergungsgewerbes ist, bestehen zwei unterschiedliche Interpretationsmöglichkeiten.

18 (a) Bei der „insbesondere"-Formulierung könnte es sich um ein Regelbeispiel dafür handeln, wann Ferienwohnungen als kleine Betriebe des Beherbergungsgewerbes anzusehen sein können (wovon wohl das Verwaltungsgericht ausgeht, ebenso wohl Finger, in: Brügelmann, BauGB, Stand Juli 2022, BauNVO § 13a Rn. 33; Blechschmidt, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Stand August 2022, BauNVO § 13a Rn. 18). Dafür spricht, dass das Wort „insbesondere" üblicherweise vom Gesetzgeber verwendet wird, um Regelbeispiele einzuführen, die die Auslegung der Tatbestandsmerkmale steuern sollen, auf die sie sich beziehen (vgl. BVerwG, Urteile vom 11.12.2020 – 5 C 9.19 –, juris, Rn. 31 m. w. N., und vom 12.10.2022 – 6 C 10.20 –, juris, Rn. 74). Kennzeichnend für derartige Regelbeispiele ist ihr nicht abschließender Charakter (vgl. BVerwG, Urteile vom 22.05.2019 – 1 C 10.18 –, juris, Rn. 14, und vom 12.10.2022 – 6 C 10.20 –, juris, Rn. 74). Die Regelbeispielstechnik wird verwendet, wenn auch andere gleichartige Fälle, die in dem der Formulierung „insbesondere" (bzw. etwa auch „in der Regel") folgenden Zusatz nicht ausdrücklich genannt werden, von der Vorschrift erfasst werden sollen (vgl. Bundesministerium der Justiz, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. Aufl. 2008, Rn. 88). Ein anderer Anwendungsfall muss aber ein vergleichbares Gewicht wie der ausdrücklich gesetzlich geregelte und mit dem Wort „insbesondere" als maßstabsbildend hervorgehobene Fall haben (BVerwG, Urteil vom 14.12.2017 – 2 C 25/16 –, juris, Rn. 19).

19 (b) Ferner kann diese Formulierung in § 13a Satz 2 BauNVO auch dahingehend interpretiert werden, dass Ferienwohnungen ausschließlich bei einer baulich untergeordneten Bedeutung gegenüber der in dem Gebäude vorherrschenden Hauptnutzung als (kleine) Betriebe des Beherbergungsgewerbes angesehen werden können (so Hornmann, in: BeckOK BauNVO, Stand 15.01.2023, § 13a Rn. 47 ff.; Rixner/Biedermann/Charlier, in: dies., Systematischer Praxiskommentar BauGB/ BauNVO, 3. Aufl. 2018, § 13a BauNVO Rn. 5). Eine „insbesondere"-Formulierung begründet nicht zwingend ein Regelbeispiel (vgl. zu einem wohl vereinzelten Ausnahmefall BVerwG, Urteil vom 11.12.2020 – 5 C 9.19 –, juris, Rn. 31).

20 Für ein entsprechendes Verständnis könnte vor allem das Ziel des Gesetzgebers sprechen, mit der Einführung von § 13a BauNVO Rechtssicherheit herzustellen (vgl. BT-Drs. 18/10942, S. 30, 35). Dieses Ziel würde mit einer Auslegung, nach der die untergeordnete Bedeutung der Ferienwohnung zwingende Voraussetzung für die Annahme eines (kleinen) Betriebs des Beherbergungsgewerbes ist, möglicherweise am ehesten erreicht. Für eine solche Auslegung lässt sich die Gesetzesbegründung auch insoweit anführen, als der Gesetzgeber als einziges Anwendungsbeispiel der Norm die Vermietung einer Einliegerwohnung angeführt hat und er der Auffassung war, dass „in diesen Fällen" (was sich entweder auf das Beispiel der Einliegerwohnung im unmittelbar voranstehenden Satz oder auf die „untergeordnete Bedeutung" im Satz davor bezieht) die städtebauliche Wirkung „einer" Ferienwohnung, einschließlich ihres Störpotenzials, derjenigen eines (kleinen) Betriebs des Beherbergungsgewerbes entsprechen könne (BT-Drs. 18/10942, S. 57, 18/11439, S. 22).

21 bb) Die Beigeladenen haben, selbst bei einer Auslegung von § 13a BauNVO als Ermessensvorschrift, nicht dargelegt, dass die Richtigkeit des Ergebnisses der Entscheidung des Verwaltungsgerichts infrage zu stellen wäre.

22 (1) Wäre der Auffassung der Beigeladenen zu folgen, dass § 13a Satz 2 BauNVO
22 der Beklagten Ermessen einräumt, müsste dieses (fehlerfrei) ausgeübt werden. Die Beigeladenen legen nicht dar, dass bzw. warum hier eine Ermessensreduzierung auf Null dahingehend vorliegen sollte, dass die Nutzung der Wohnungen als Ferienwohnungen als kleiner Betrieb des Beherbergungsgewerbes anzusehen sein sollte. Die Festsetzung des Bebauungsplans der Beklagten, dass kleine Betriebe des Beherbergungsgewerbes in den reinen Wohngebieten allgemein zulässig sind, könnte schon aus normhierarchischen Gründen eine von § 13a Satz 2 BauNVO geforderte Ermessensentscheidung im Einzelfall hinsichtlich der Frage, ob eine Ferienwohnung als „kleiner Betrieb des Beherbergungsgewerbes" anzusehen ist, nicht ersetzen. Eine Berufung allein auf diese Festsetzung wäre ein Fall des Ermessensnichtgebrauchs. Auch wäre bei der Ausübung des Ermessens damit umzugehen gewesen, dass der Gesetzgeber die „insbesondere"-Formulierung gewählt hat.

22 (2) Wäre § 13a Satz 2 BauNVO so zu verstehen, dass es sich bei der Anforderung
23 der baulich untergeordneten Bedeutung um ein Regelbeispiel für die Einordnung einer Ferienwohnung als (kleiner) Betrieb des Beherbergungsgewerbes handelt, so hätten die Beigeladenen darlegen müssen, dass vorliegend ein mit der baulichen Unterordnung bzw. sogar der Situation einer (einzelnen) Einliegerwohnung gleichartiger Fall gegeben ist. Das ist nicht geschehen und ergibt sich auch nicht aus den Ausführungen der Beklagten.

22 (3) Ließe § 13a Satz 2 BauNVO Ferienwohnungen ausschließlich in Fällen der
24 baulich untergeordneten Bedeutung zu, wäre eine Zulässigkeit im vorliegenden Fall angesichts der weit überwiegenden Nutzung des Gebäudes als Ferienwohnungen von vornherein ausgeschlossen.

22 cc) Die Beigeladenen haben auch nicht dargelegt, dass selbst im Falle eines
25 Verstoßes gegen die Vorgaben des § 13a Satz 2 BauNVO im Hinblick auf ein bauaufsichtsbehördliches Einschreiten keine Ermessensreduzierung auf Null in Richtung eines Einschreitens vorläge. Sie versuchen dies mit einer Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen (OVG NRW, Urteil vom 24. Februar 2016 – 7 A 19/14 –, juris, Rn. 29 ff.) zu begründen. Aus dieser ergebe sich, dass es im vorliegenden Fall naheliegend sei, gegen unzulässige Nutzungen von Räumen als Ferienwohnungen, die bereits vor der Änderung des Bebauungsplans im Jahr 2019 stattgefunden hätten, nicht einzuschreiten.

22 Nach der angeführten Entscheidung ist eine weitergehende Abwägung des „Für und
26 Wider" einer Beseitigungsanordnung (nur) dann geboten, wenn konkrete Anhaltspunkte ausnahmsweise für die Angemessenheit einer vorübergehenden oder dauerhaften Duldung eines rechtswidrigen oder ordnungswidrigen Zustands sprechen. Das wurde im dortigen Fall bejaht, weil das streitige Gebäude bereits zwischen 1936 und 1944 errichtet und seitdem durchweg als Wohnhaus genutzt worden war. Die streitige Beseitigungsanordnung habe deshalb den Anforderungen nicht genügt, weil sich die Begründung des angefochtenen Bescheids nicht mit der Entscheidungsoption „Stichtagsregelung" auseinandergesetzt habe, obgleich dies bei den gegebenen Umständen geboten gewesen sei.

22 Die Beigeladenen haben nicht dargelegt, dass diese Rechtsprechung auf den
27 vorliegenden Fall übertragbar wäre. Das ergibt sich bereits daraus, dass eine Nutzungsuntersagung, bei der andere wirtschaftlich sinnvolle Nutzungsarten verbleiben, eine weniger eingriffsintensive Maßnahme und deshalb eher

verhältnismäßig ist als eine Beseitigungsanordnung.

28 Darüber hinaus wurde das Haus der Beigeladenen erst 1982 errichtet. Schon damals bestand Streit über die Nutzung zweier Wohnungen als Ferienwohnungen, im Jahr 2015 untersagte die Beklagte die gewerbliche Nutzung aller mittlerweile fünf Wohnungen als Ferienwohnungen. Von Ende 2015 bis Ende 2017 wurden die Wohnungen als Dauerwohnungen vermietet. Erst dann – nach Inkrafttreten von § 13a BauNVO – wurde die Nutzung von vier der fünf Wohnungen als Ferienwohnungen wieder aufgenommen. Zum Zeitpunkt der Änderung des Bebauungsplans im Mai 2019 Bestand diese Nutzung also erst seit anderthalb Jahren, wobei der Kläger von Anfang an erneut ein bauaufsichtliches Einschreiten gefordert hat. Auch darauf gehen die Beigeladenen nicht ein.

29 b) Grundsätzliche Bedeutung im Sinne des § 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO hat eine Rechtssache nur dann, wenn sie eine grundsätzliche, bisher höchstrichterlich oder obergerichtlich noch nicht geklärte Rechtsfrage oder eine im Bereich der Tatsachenfeststellung bisher obergerichtlich noch nicht beantwortete Tatsachenfrage von allgemeiner Bedeutung aufwirft, die für die Entscheidung der Vorinstanz von Relevanz war und sich auch im Berufungsverfahren entscheidungserheblich stellte, einer abstrakten Klärung zugänglich ist, im Interesse der Einheitlichkeit der Rechtsprechung oder der Weiterentwicklung des Rechts einer fallübergreifenden berufungsgerichtlichen Klärung bedarf und im Falle einer Rechtsfrage nicht bereits anhand des Gesetzeswortlauts und der üblichen Regeln sachgerechter Auslegung sowie auf der Grundlage der einschlägigen Rechtsprechung ohne Durchführung eines Berufungsverfahrens beantwortet werden kann. Die zulässige Geltendmachung der grundsätzlichen Bedeutung erfordert die Bezeichnung einer konkreten Frage, die Darlegung ihrer Entscheidungserheblichkeit und Klärungsbedürftigkeit sowie von Gründen, warum sie im Berufungsverfahren anders als im angefochtenen Urteil zu entscheiden sein könnte und schließlich einen Hinweis auf deren über den Einzelfall hinausgehenden Bedeutung (st. Rspr., vgl. nur Senatsbeschlüsse vom 09.07.2020 – 1 LA 120/20 –, juris, Rn. 2, und vom 17.08.2021 – 1 LA 43/21 –, juris, Rn. 2, jeweils m. w. N.). Davon ausgehend haben die Beigeladenen eine grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache nicht dargelegt.

30 Mit dem Antrag auf Zulassung der Berufung haben sie schon keine konkrete Frage aufgeworfen. In ihrem Antragsschriftsatz heißt es lediglich, dass es „um die Rechtsfrage der Auslegung des § 13a Satz 2 BauNVO, mithin um den Inhalt dieser Norm" gehe. Die mit Schriftsatz vom 12. November 2020 formulierte Frage „Handelt es sich bei dem Tatbestandsmerkmal ‚insbesondere bei einer baulich untergeordneten Bedeutung gegenüber der in dem Gebäude vorherrschenden Hauptnutzung' des § 13a Satz 2 BauNVO tatsächlich – entgegen dem im klaren Wortlaut verkörperten Willen des Gesetzgebers – um eine gesetzliche Voraussetzung in dem Sinne, wie das VG Schleswig auf S. 8 des streitgegenständlichen Urteils (2 A 59/19) annimmt?" ist schon nicht berücksichtigungsfähig, weil sie erst nach Ablauf der Begründungsfrist für den Antrag auf Zulassung der Berufung formuliert worden ist (vgl. OVG NRW, Beschluss vom 23. Juli 2012 – 6 A 193/11 –, juris, Rn. 10 ff.).

31 Darüber hinaus haben die Beigeladenen die Entscheidungserheblichkeit dieser Frage(n) für eine Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts nicht dargelegt. Denn sie sind der Auffassung, dass ein Anspruch des Klägers auf bauaufsichtliches

Einschreiten selbst dann nicht besteht, wenn es sich entsprechend der Auslegung von § 13a Satz 2 BauNVO durch das Verwaltungsgericht um eine bauplanungsrechtswidrige Nutzung handeln sollte. Es sei wegen der Verpflichtung zum Rückgriff auf eine „Stichtagsregelung" keine Ermessensreduzierung auf Null gegeben.

3 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 3, § 159 Satz 1 VwGO, § 100 ZPO.

23 Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 47 Abs. 1 und 3, § 52 Abs. 1 GKG.

33 Das Urteil des Verwaltungsgerichts ist rechtskräftig (§ 124a Abs. 5 Satz 4 VwGO).

43 Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO, § 68 Abs. 1 Satz 5, § 66
5 Abs. 3 Satz 3 GKG).

Zitiervorschlag:
OVG Schleswig Beschl. v. 20.2.2023 – 1 LA 135/20, BeckRS 2023, 6766

BeckRS 2022, 43179

VG Karlsruhe (12. Kammer), Urteil vom 13.12.2022 – 12 K 732/22

Titel:
Erschlossenes Grundstück, Tiefenbegrenzung, Fiktion, Verwaltungsvereinfachung, Verwaltungspraktikabilität
Normenketten:
GG Art. 3 Abs. 1
KAG § 39 Abs. 1 S. 1
Amtlicher Leitsatz:
Die in einer kommunalen Satzung über die Erhebung von Erschließungsbeiträgen enthaltene Fiktion, kraft derer ein Grundstück bis zu einer bestimmten Tiefe als erschlossen gilt, sofern das Grundstück vom Innen- in den Außenbereich übergeht und diese Grenze weder durch den räumlichen Geltungsbereich eines Bebauungsplans oder einer Satzung gemäß § 34 Abs. 4 BauGB determiniert ist, ist mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar.
Rechtsgebiete:
Öffentliches Baurecht, Verwaltungsverfahren und -prozess
Schlagworte:
Erschlossenes Grundstück, Tiefenbegrenzung, Fiktion, Verwaltungsvereinfachung, Verwaltungspraktikabilität, Erschließungsbeitrag, Grundstückstiefe, Fiktion, Gebietsübergreifendes Grundstück
Fundstellen:
DÖV 2023, 681 (Ls.)
LSK 2022, 43179
ECLI:
ECLI:DE:VGKARLS:2022:1213.12K732.22.00
Rechtskraft:
unbekannt

Tenor:

Der Bescheid der Beklagten vom 16. Oktober 2019 wird insoweit aufgehoben, als er einen Betrag von 12.944,36 Euro übersteigt.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
Der Kläger trägt 90%, die Beklagte 10% der Kosten des Verfahrens.

Tatbestand:

1 Der Kläger wendet sich gegen seine Heranziehung zu einem Erschließungsbeitrag.

2 Er ist mit einem Anteil von 454,18/1.000 Teileigentümer des Grundstücks Flurstück …, „…-straße …", das im Gebiet der Beklagten liegt. In älteren Plänen trägt das auf diesem Grundstück errichtete Anwesen die Nummer … Das Grundstück liegt nicht im Geltungsbereich eines Bebauungsplans.

3 Der Ausbau der „…-straße" beschloss der Gemeinderat der Beklagten am 14. April 2015 mit samt eines entsprechenden Bauprogramms. Darüber hinaus fasste der Gemeinderat am 21. März 2017 einen Beschluss über die Bildung eines Abschnitts gemäß § 37 Abs. 2 KAG, der an der Einmündung „…-straße" beginnt und an der Kreuzung mit den Straßen „…" und „…-weg" endet. Hintergrund der Abschnittsbildung war ausweislich des Berichts über die öffentliche Sitzung des Gemeinderats der Beklagten am 21. März 2017, dass der Ausbau des unteren Teils der „…-straße" in Kürze beginnen werde, aber weitere Ausbaumaßnahmen in den nächsten Jahren nicht vorgesehen seien. Ohne Bildung eines Abschnitts wäre deshalb die Abrechnung der Ausbaumaßnahme 2017 nicht abrechenbar.

4 Südlich dieses Abschnitts liegen außer dem Grundstück des Klägers die Grundstücke Flurstücke … („…-straße …"; Nr. …), … („…-straße …"; Nr. …) und … („…-straße …"; Nr. …), die in den Jahren 1842, 1845, 1859 und 1841 bebaut wurden. Das Grundstück Flurstück … („…-straße …"; Nr. …) wurde 1879 bebaut. In nördlicher Richtung wurde 1872 auf dem Grundstück Flurstück … („…-straße …"; Nr. …) ein Gebäude errichtet, die hiervon östlich gelegenen Grundstücke wurden dagegen erst nach dem 1. Januar 1873 bebaut.

5 Am 12. April 2016 fasste der Gemeinderat der Beklagten den Beschluss, den Ausbau des ersten Bauabschnitts der „…-straße" auszuschreiben, und am 14. Februar 2017, die Bauleistungen an ein bestimmtes Bauunternehmen zu vergeben. Nachdem die letzte Unternehmerrechnung am 27. März 2018 bei der Beklagten eingegangen war, machte sie in ihrem Amtsblatt vom 20. September 2019 die erstmalige endgültige Herstellung des Abschnitts der „…-straße" zum 8. Mai 2018 sowie seine Überlassung an den Verkehr (Widmung) bekannt.

6 Den Kläger zog die Beklagte auf Grundlage ihrer Satzung über die Erhebung von Erschließungsbeiträgen vom 17. April 2012 mit Bescheid vom 16. Oktober 2019 zur Zahlung eines Erschließungsbeitrags heran. Ausgehend von einem Erschließungsaufwand von 244.625,19 Euro abzüglich eines Gemeindeanteils von 5% in Höhe von 12.231,26 Euro errechnete die Beklagte einen beitragsfähigen Erschließungsaufwand von 232.393,93 Euro. Als gesamte Nutzungsfläche im Abrechnungsgebiet nahm sie 5.105 m² und damit einen Beitragssatz von 45,5228 Euro je Quadratmeter Nutzungsfläche an. Da das Grundstück des Klägers vom Innenbereich in den Außenbereich übergehe, sei lediglich eine Fläche von 602 m² und nicht die gesamte Grundstücksfläche von 1.628 m² zu berücksichtigen. Das Grundstück sei mit zwei Vollgeschossen bebaut, so dass sich ein Nutzungsfaktor von 1,25 ergebe. Außerdem dürften nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts durch die Vergünstigungsregelung für mehrfach erschlossene Grundstücke die Erschließungsbeiträge für die übrigen Grundstückseigentümer (Mittelanlieger) nicht höher ansteigen als bis zum Eineinhalbfachen des Betrags, der auf sie bei einer vollen Belastung der mehrfach

erschlossenen Grundstücke entfallen würde. Der oben genannte Beitragssatz übersteige das Eineinhalbfache und dürfe für die Mittelanlieger deshalb höchstens 41,2974 Euro je Quadratmeter Nutzungsfläche betragen. Mithin errechne sich der Erschließungsbeitrag wie folgt: 602 m² x 1,25 = 752,5 m² ≈ 753 m² x 41,2974 Euro/m² = 31.096,94 € x 454,18/1.000 Miteigentumsanteile = 14.123,61 Euro.

7 Gegen diesen Bescheid erhob der Kläger am 12. November 2019 Widerspruch, den er im Wesentlichen damit begründete, dass es sich bei der abgerechneten „…-straße" um eine historische Ortsstraße handele. Über den Widerspruch hat das Landratsamt F. bislang nicht entschieden.

8 Im Anschluss an einen Hinweis des Berichterstatters fasste der Gemeinderat der Beklagten am 26. Juli 2022 einen Beschluss über die Abwägungsentscheidung nach § 125 Abs. 2 BauGB, nämlich, dass die derzeitige Trassenführung, die flächenmäßige Dimensionierung und der Ausbauzustand des Abschnitts der „…-straße" von der Kreuzung „…-weg" bis zur Einmündung in die „…-straße" dem endgültig angestrebten Zustand entspreche und ein weiterer Ausbau nicht beabsichtigt sei.

9 Der Kläger hat am 6. März 2022 Klage erhoben. Zu ihrer Begründung vertieft er seinen Vortrag, bei der „…-straße" handele es um eine historische Ortsstraße, die im Wesentlichen auf der Trasse des vor dem 1. Januar 1873 bestehenden Ortswegs Nr. … verlaufen sei; dem Ortsweg Nr. … sei auch eine innerörtliche Erschließungsfunktion zugekommen. Jedenfalls könne aus Indizien abgeleitet werden, dass die „…-straße" eine vorhandene Straße im Sinne des § 49 Abs. 6 KAG sei.

10 Er beantragt,
den Bescheid der Beklagten vom 16. Oktober 2019 aufzuheben.

11 Die Beklagte beantragt,
die Klage abzuweisen.

12 Sie macht geltend, die vorgelegten Pläne belegten nicht die Kongruenz des früheren Ortswegs Nr. … mit der heutigen „…-straße". Selbst wenn diese Kongruenz unterstellt würde, fehle dem Ortsweg Nr. … die für das Vorliegen einer historischen Ortsstraße notwendige innerörtliche Erschließungsfunktion zum 1. Januar 1873. Die „…-straße" sei auch keine vorhandene Erschließungsanlage, da seinerzeit lediglich eine, aber nicht mindestens zwei Baulinien festgesetzt worden seien, um eine Straße durch Aufteilung der Straßenfläche festzusetzen.

13 Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die gewechselten Schriftsätze und die beigezogene Behördenakte verwiesen.

Entscheidungsgründe:

14 I. Die Klage ist zulässig (dazu unter 1.), aber nur zu einem geringen Teil begründet (dazu unter 2.).

15 1. Die Klage ist zulässig. Insbesondere bedurfte es vor Erhebung der gemäß § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO statthaften Anfechtungsklage keiner Nachprüfung der Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit des Verwaltungsakts in einem Vorverfahren, da dieses ausnahmsweise nach § 68 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 in Verbindung mit § 75 Satz 1 und 2 VwGO entbehrlich ist. So hat das Landratsamt F. als zuständige Widerspruchsbehörde über den am 12. November 2019 erhobenen Widerspruch ohne zureichenden Grund sachlich bislang nicht entschieden.

16 2. Die Klage ist nur zu einem geringen Teil begründet und im Übrigen unbegründet. Die Heranziehung des Klägers zu einem 12.944,36 Euro übersteigenden

Erschließungsbeitrag durch Bescheid der Beklagten vom 16. Oktober 2019 ist rechtswidrig und verletzt den Kläger dadurch in seinen Rechten. Im Übrigen ist der angefochtene Bescheid rechtmäßig und verletzt den Kläger dadurch nicht in seinen Rechten (vgl. § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO).

17 Im Umfang ihres abgerechneten Abschnitts ist die „…-straße" weder als sogenannte historische Ortsstraße eine vorhandene Straße im Sinne des § 49 Abs. 6 KAG in Verbindung mit § 242 Abs. 1 BauGB, § 180 Abs. 2 BBauG und damit erschließungsbeitragsfrei (dazu unter a)), noch für die Zeit bis zum Inkrafttreten des Bundesbaugesetzes am 30. Juni 1961 (dazu unter b)). Vor dem streitgegenständlichen Ausbau war die „…-straße" noch nicht erstmalig endgültig hergestellt (dazu unter c)). Die sachliche Beitragsschuld ist entstanden (dazu unter d)). Die Berechnung der persönlichen Beitragsschuld ist nur aus dem im Tenor ersichtlichen Umfang rechtlich begründet (dazu unter e)).

18 a) Im Umfang ihres abgerechneten Abschnitts ist die „…-straße" nicht als sogenannte historische Ortsstraße erschließungsbeitragsfrei.

19 Ein Erschließungsbeitrag kann nur dann erhoben werden, wenn die Erschließungsanlage erstmalig endgültig hergestellt ist. Es handelt sich hierbei um einen einmaligen Vorgang ohne Wiederholung. Für bereits vor dem Inkrafttreten des Bundesbaugesetzes angelegte Straßen gilt die Überleitungsvorschrift des § 242 Abs. 1 BauGB beziehungsweise § 180 Abs. 2 BBauG, wonach für „vorhandene" Erschließungsanlagen kein Beitrag erhoben wird. Damit wurden und werden aus dem Anwendungsbereich des Erschließungsbeitragsrechts solche Anlagen ausgenommen, die am 30. Juni 1961 bereits als Anbaustraßen fertiggestellt waren; sie konnten und können nicht erneut „erstmals" hergestellt werden (Matloch/ Wiens, Das Erschließungsbeitragsrecht in Theorie und Praxis, 71. AL; 15. Update, B. IV. 1, Rn. 180).

20 Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg ist als historische Ortsstraße im – hier – (ehemals) württembergischen Landesteil eine fertige Ortsstraße zu verstehen, deren Entwicklung bei Inkrafttreten der württembergischen Allgemeinen Bauordnung in der ursprünglichen Fassung vom 6. Oktober 1872 (RegBl. S. 305) am 1. Januar 1873 hinsichtlich ihres Ausbau- und Verkehrszustands für den inneren örtlichen Verkehr von Haus zu Haus und für den regelmäßigen Anbau im Wesentlichen abgeschlossen war (VGH Baden-Württemberg, Urteile vom 1. Juni 1992 – 2 S 3058/90 – juris, Rn 17, vom 20. März 2015 – 2 S 1327/14 – juris, Rn. 30, vom 20. Juli 2017 – 2 S 620/16 – juris, Rn. 42, vom 29. Oktober 2019 – 2 S 465/18 – juris, Rn. 59, und vom 25. Mai 2022 – 2 S 3303/21 – juris, Rn. 47, sowie Beschluss vom 18. August 1994 – 2 S 834/93 – juris, Rn. 17).

21 Der „innerörtliche Verkehr" beschreibt denjenigen von Haus zu Haus innerhalb einer geschlossenen Ortslage im Gegensatz zu dem Verkehr zwischen Gemeinden, voneinander getrennten Ortslagen und verstreut liegenden Anwesen (vgl. VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 20. November 2020 – 2 S 2349/20 – juris, Rn. 12; OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 9. März 2000 – 3 A 3611/96 – juris, Rn. 12, m. w. N.). Für die Bestimmung der geschlossenen Ortslage kommt es darauf an, wo die Grenze zwischen Innen- und Außenbereich zu damaliger Zeit verlaufen ist. Bei der Bestimmung dieser Grenze ist davon auszugehen, dass den Kriterien, die heute nach § 34 BauGB für die Abgrenzung von unbeplantem Innenbereich und Außenbereich maßgeblich sind, zumindest eine indizielle

Bedeutung zukommt (VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 25. Mai 2022 – 2 S 3303/21 – juris, Rn. 48, m. w. N.).

22 Ob eine Straße eine historische Ortsstraße ist, richtet sich ferner danach, ob sie dem Anbau innerhalb der geschlossenen Ortslage „diente". Für das Dienen zum regelmäßigen Anbau ist mangels anderweitiger Anhaltspunkte die vorhandene Bebauung entlang einer Straße ein wesentliches Indiz. In der Rechtsprechung ist deshalb anerkannt, dass das Vorhandensein einer historischen Ortsstraße entscheidend von ihrer faktischen innerörtlichen Erschließungsfunktion abhängt, die durch den Baubestand repräsentiert wird, dem sie die erforderliche Zugänglichkeit vermittelt. Historische Ortsstraßen sind danach nur fertige Ortsstraßen, deren Entwicklung bei Inkrafttreten der württembergischen Allgemeinen Bauordnung hinsichtlich ihres Ausbau- und Verkehrszustands für den innerörtlichen Verkehr von Haus zu Haus und für den regelmäßigen Anbau im Wesentlichen abgeschlossen war. Für diese Beurteilung verbietet sich eine schematisierende, nur auf die Längenausdehnung und die Zahl der vorhandenen Gebäude abstellende Betrachtungsweise. Vielmehr sind die gesamten Umstände des Einzelfalles zu würdigen. In diesem Sinne ist anerkannt, dass historische Ortsstraßen solche öffentlichen Wege im Gemeindebezirk sind, die ohne Rücksicht auf ihre straßentechnische Beschaffenheit bei Inkrafttreten des Ortsstraßengesetzes im Hinblick auf ihre Lage, die räumliche Ausdehnung des Ortes und den Bedarf an bebauungsfähigen Grundstücken ihrem Wesen nach die Aufgabe hatten, die Bebauung entlang des Weges zu ermöglichen (VGH Baden-Württemberg, Urteile vom 24. Februar 1994 – 2 S 1287/93 – juris, Rn. 17, und vom 25. Mai 2022 – 2 S 3303/21 – juris, Rn. 49, jeweils m. w. N.). Auch größere Baulücken oder eine nur einseitige Bebauung schließen dabei die Annahme einer historischen Ortsstraße nicht unbedingt aus (VGH Baden-Württemberg, Urteile vom 24. Februar 1994, a. a. O., und vom 14. Dezember 2004 – 2 S 191/03 – juris, Rn. 27, sowie Beschluss vom 18. August 1994 – 2 S 834/93 – juris, Rn. 17, m. w. N.).

23 Bei Würdigung aller Umstände des Einzelfalls nach Maßgabe des § 108 Abs. 1 Satz 1 VwGO, nach der das Gericht nach seiner freien, aus dem Gesamtergebnis des Verfahrens gewonnenen Überzeugung entscheidet, gelangt die Kammer nicht zu der Annahme, dass es sich bei der „…-straße" um eine historische Ortsstraße handelt. Wenngleich für die Überzeugungsbildung keine absolute Gewissheit erforderlich ist, sondern eine solche für das praktische Leben brauchbare ausreichend ist, die vernünftigen Zweifeln Schweigen gebietet (stRspr, vgl. BVerwG, Urteile vom 12. November 1985 – 9 C 27.85 – juris, Rn. 16, vom 4. Juli 2019 – 1 C 37.18 – juris, Rn. 18, und vom 23. September 2020 – 1 C 36.19 – juris, Rn. 20, sowie Beschluss vom 8. Februar 2011 – 10 B 1.11 – juris, Rn. 8), bleiben sowohl bei Würdigung der einzelnen Erkenntnismittel, als auch bei ihrer Gesamtschau durchgreifende Zweifel daran, dass der Ortsweg Nr. … schon nach seinem Trassenverlauf demjenigen der „…-straße" entsprach (dazu unter aa)). Außerdem ist die Kammer nicht davon überzeugt, dass er eine fertige Ortsstraße war, deren Entwicklung bei Inkrafttreten der württembergischen Allgemeinen Bauordnung in der ursprünglichen Fassung vom 6. Oktober 1872 am 1. Januar 1873 hinsichtlich ihres Ausbau- und Verkehrszustands für den inneren örtlichen Verkehr von Haus zu Haus und für den regelmäßigen Anbau im Wesentlichen abgeschlossen war (dazu unter bb)).

24 aa) Die Kammer ist nicht davon überzeugt, dass der Trassenverlauf des Ortswegs

Nr. … zum Stichtag des 1. Januar 1873 mit demjenigen der „…-straße“ identisch war.

25 (1) Der Kläger macht hierzu insbesondere geltend, der Plan „Aufg. v. Geom. Gall 1836“ (Anlage K 6) solle belegen, dass die heutige „…-straße“ auf der Trasse des damaligen Ortswegs Nr. … verlaufe, obwohl dieser Plan nachweislich nach dem 1. Januar 1873 geändert worden sein müsse, da in ihm Gebäude eingezeichnet seien, die gesichert erst nach diesem Stichtag errichtet worden seien. Zu dieser Annahme gelangt der Kläger, weil die Gebäude „…-straße …, …, …, … und …“ allesamt vor dem 1. Januar 1873 errichtet worden und entlang des heutigen Trassenverlaufs der „…-straße“ ausgerichtet sind. Weiterhin macht er geltend, die Ausrichtung der Gebäude Nr. …, …, …, … und … sei entlang einer roten Linie erfolgt, die in einem Situationsplan aus dem Jahr 1841 (Anlage K 9) eingezeichnet und in einem Vermerk des Schultheißenamts (Anlage K 8) erwähnt sei. Aus geometrischen Handrissen (Anlagen K 9 und K 10) ergebe sich ihrerseits die Ausrichtung der Gebäude Nr. … und … entlang des Ortswegs Nr. …. Auf welcher rechtlichen Grundlage diese rote Linie beruhe, sei dabei unerheblich; jedenfalls handele es sich erkennbar um eine beachtliche Vorgabe bei der Errichtung von Gebäuden. Die Errichtung der Gebäude entlang dieser Linie entspreche dem Trassenverlauf des Ortswegs Nr. …, wie er im Plan „Aufg. v. Geom. Gall 1836“ (Anlage K 6) dargestellt sei. Aus einem geometrischen Handriss, der das Gebäude Nr. … zeige (Anlage K 11), ergebe sich, dass entlang des Ortswegs Nr. … auch an dessen nördlicher Seite die Möglichkeit zum Anbau bestanden habe. In Bezug auf den von der Beklagten vorgelegten Plan „SW 03.36“, in dem ein abweichender Verlauf des Ortswegs Nr. … in roter Farbe eingezeichnet sei (Anlage K 12), sei unklar, wer diesen Wegeverlauf eingezeichnet habe und wann. Die Einzeichnung in roter Farbe gebe darüber hinaus ohnehin einen allenfalls geplanten Zustand wieder, der niemals realisiert worden sei. Zudem liege das Gebäude „…-straße …“ – schlechterdings nicht nachvollziehbar – auf der Wegetrasse. Mit Blick auf die durchgängige Bebauung entlang der südlichen Seite des Ortswegs Nr. … und der Anbindung an die heutige „…-straße“ habe der Ortsweg Nr. … unmittelbaren Zugang zum gemeindlichen Ortskern vermittelt, so dass ihm innerörtliche Erschließungsfunktion zugekommen sei.

26 (2) Unter Bezugnahme auf geometrische Handrisse des Jahres 1892 (Anlage B 1 und B 2) vertritt die Beklagte hingegen die Auffassung, der Ortsweg Nr. … sei deutlich nördlicher verlaufen als die heutige Trasse der „…-straße“. Der vom heutigen Trassenverlauf der „…-straße“ abweichende Verlauf des Ortswegs Nr. … ergebe sich aus einem Ortskartenplan (Anlage B 4), in den der seinerzeit zuständige Oberamtsbaumeister am 23. Dezember 1886 eine Baulinie eingetragen habe. Ungeachtet dessen sei dem Ortsweg Nr. … auch keine innerörtliche Erschließungsfunktion zugekommen, da die vor dem 1. Januar 1873 errichteten Gebäude außerhalb des damaligen Ortskern belegen gewesen seien.

27 (3) Die Kammer vermag bei Würdigung des gesamten Vorbringens und sämtlicher vorgelegten Unterlagen nicht zu der Überzeugung zu gelangen, der Ortsweg Nr. … sei zum 1. Januar 1873 schon seiner Trassenführung nach mit der heutigen „…-straße“ (nahezu) deckungsgleich verlaufen.

28 So ist zwar nicht von der Hand zu weisen, dass sich die vor dem 1. Januar 1873 vorhandene Bebauung, der die Wirkung eines wesentlichen Indizes zukommt, mit vier Gebäuden südlich und mit einem Gebäude nördlich entlang einer gedachten Fläche reihte, wie sie auf dem Auszug aus dem Liegenschaftskataster, erstellt am

19. Dezember 2013 (Anlage K 5), dargestellt ist. Diese – unstreitig vor dem 1. Januar 1873 vorhandenen – Gebäude Nr. …, …, …, … und … sind entlang einer bereits in dem Situationsplan des Oberamts Freudenstadt von 1841 (Anlage K 9; vgl. auch Erwähnung im Vermerk des Schulheißenamts, Anlage K 8) enthaltenen roten Linie ausgerichtet, soweit sie zu diesem Zeitpunkt bereits existierten (Nr. … und …), und sollten offensichtlich entsprechend ausgerichtet werden, soweit eine Bebauung lediglich avisiert war (Nr. …, … und …).

29 Diese Bebauung ist auf dem vom Kläger vorgelegten Plan „Aufg. v. Geom. Gall 1836" (Anlage K 6) ebenfalls ersichtlich; entlang der Gebäude führt ausweislich dieses Plans der Ortsweg Nr. … entlang. Allerdings kommt diesem Plan nach Auffassung der Kammer allenfalls ein untergeordneter Aussagewert zur vorhandenen Bebauung zum Stichtag des 1. Januar 1873 zu. Denn erhebliche Zweifel nährt der Umstand, dass an der linken unteren Seite der Hinweis auf eine Ergänzung („Erg. 12.12.44 …") und ein Stand („21. [unleserlich] 48") aufgenommen wurde. Vor dem Hintergrund, dass der Plan zahlreiche Gebäude zeigt, die nachweislich nach dem 1. Januar 1873 entstanden sind (so beispielsweise Grundstücke Flurstücke …, …, … an der nördlichen Seite der „…-straße", Flurstücke … und … an der südlichen Seite), spricht alles dafür, dass die Ergänzungen aus dem Jahr 1944 datieren und nicht aus 1844 und der Plan damit eine deutlich spätere bauliche Situation wiedergibt.

30 Der mit einem (Eintragungs-)Hinweis des Oberamtsbaumeisters …vom 23. Dezember 1886 versehene Plan (Anlage K 12) vermag ebenfalls nicht als Nachweis dazu dienen, dass die Trasse des Ortswegs Nr. … zum Stichtag des 1. Januar 1873 mit derjenigen der „…-straße" – wenigstens im Wesentlichen – identisch war. Zutreffend weist der Kläger zwar insoweit darauf hin, dass das Gebäude Nr. … („…-straße …") auf der in diesem Plan in schwarzer Farbe eingetragenen Trasse des Ortswegs Nr. … liegt. Allerdings ist in roter Farbe neben der – gemäß Weisung vom 21. April 1886 (vgl. Vermerk des Schultheißenamts, Anlage K 8) eingetragenen – Baulinie in derselben Farbe ein weiterer Verlauf des Ortswegs Nr. … eingetragen. Jener knüpft westlich an die „alte", noch in schwarzer Farbe eingezeichneten Trasse des Ortswegs Nr. … an, verläuft sodann aber zwischen den Gebäuden Nr. … und … hindurch und knickt erst leicht und sodann stärker nach Norden ab. Die Kammer teilt insoweit nicht die Auffassung des Klägers, der in roter Farbe eingetragene Verlauf des Ortswegs Nr. … gebe lediglich eine Planung wieder, die niemals realisiert worden sei. Belege für diese Behauptung vermag er nicht vorzulegen und sie steht auch im Widerspruch zu anderen Erkenntnisquellen, allem voran zu den auf die Jahre 1894 und 1889/1890 datierenden geometrischen Handrissen (Anlagen B 1 und B 2 sowie Aktenvermerk des Landratsamts F. zu einem Vor-Ort-Termin am 26. August 2021), in denen der vormals in roter Farbe dargestellte Verlauf des Ortswegs Nr. … nunmehr in schwarzer Farbe eingezeichnet ist. Außerdem darf bei lebensnaher Betrachtung im Gegensatz zu der Annahme des Klägers davon ausgegangen werden, dass der Oberamtsbaumeister … seinerzeit nicht nur der Weisung des Königlichen Oberamts „zur Eintragung der genehmigten Baulinie in den angeschl. Ortskartenplan" (vgl. Anlage K 8) Folge leistete und die Baulinie in den dem Vermerk angeschlossenen Ortskartenplan eintrug, sondern auch den am 23. Dezember 1886 tatsächlich bestehenden Verlauf des Ortswegs Nr. ….

31 Auch aus den vom Kläger in Bezug genommenen geometrischen Handrissen

(Anlagen K 10 und 11) lässt sich nicht mit der erforderlichen Überzeugungsgewissheit ableiten, dass der Trassenverlauf des Ortswegs Nr. … mit demjenigen der „…-straße" übereinstimmte. Der geometrische Handriss, auf dem die Gebäude Nr. …, … und … eingezeichnet sind, belegt die unstreitige Tatsache ihrer Ausrichtung entlang einer Linie. Ob aber der Ortsweg Nr. … nördlich dieser Gebäudekanten vorbeilief, ergibt sich aus diesem Handriss nicht. Erst recht gilt dies hinsichtlich des weiteren Handrisses, auf dem allein nur das Gebäude Nr. … dargestellt ist. Der als Anlage K 11 vorgelegte geometrische Handriss bestätigt den Trassenverlauf des Ortswegs Nr. …, wie er auf dem als Anlage K 12 vorgelegten Plan dargestellt ist: So verlief der Ortsweg Nr. … anfänglich zwischen den Gebäuden Nr. … und …, um dann aber von der die weiteren Gebäude verbindenden Linie erst leicht und sodann stark nach Norden abzuknicken. Eben diesen Verlauf des Ortswegs Nr. … geben auch die von der Beklagten als Anlagen B 1 und B 2 vorgelegten geometrischen Handrisse aus dem Jahr 1892 wieder.

32 Schließlich belegen auch die weiteren vom Kläger vorgelegten Pläne und Unterlagen nicht in einer vernünftigen Zweifel Schweigen gebietenden Weise, dass die Trassen des Ortswegs Nr. … und der „…-straße" zumindest im Wesentlichen identisch waren. Eine Einstufung als historische Ortsstraße – für die Kammer freilich nicht bindend – nimmt das Staatliche Vermessungsamt Freundenstadt in seinem Schreiben vom 10. März 2004 (Anlage K 13) nur hinsichtlich der „…-straße" vor, nicht hingegen in Bezug auf die „…-straße". Dass jene 1913 eingemessen wurde, ist ohne Belang und ohne Indizwirkung. Soweit das Landratsamt F. in einem Schreiben an das Bürgermeisteramt der Beklagten vom 3. Februar 2016 (Anlage K 15) bemerkt, dass zwar „[m]it großer Wahrscheinlichkeit für den angesprochenen Bereich bereits vor dem Inkrafttreten der neuen allgemeinen Bauordnung vom 06.10.1972 eine Baulinie beschlossen" worden sei, stellt es zugleich klar, dass der Inhalt dieser Baulinie unbekannt sei. Insbesondere sei nicht bekannt, ob diese Baulinie Festsetzungen zur Erschließungsstraße enthalten habe. Der Rückschluss des den Vermerk erstellendenden Bearbeiters, es könne nicht mehr ausgeschlossen werden, dass im Zeitpunkt des 1. Januar 1873 entlang der bereits vorhandenen Gebäude eine Straße vorhanden gewesen sei, teilt die Kammer mit Blick auf die obigen Ausführungen daher nicht.

33 bb) Darüber hinaus ist die Kammer nicht gemäß § 108 Abs. 1 Satz 1 VwGO davon überzeugt, dass der Ortsweg Nr. …, den vom Kläger angenommenen Trassenverlauf unterstellt, zum Stichtag des 1. Januar 1873 auch dem innerörtlichen Verkehr diente.

34 Den Kriterien, die heute nach § 34 BauGB für die Abgrenzung von unbeplantem Innenbereich und Außenbereich maßgeblich sind, kommt – wie bereits dargelegt – zumindest eine indizielle Bedeutung zu (vgl. VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 25. Mai 2022 – 2 S 3303/21 – juris, Rn. 48, m. w. N.). Für die Beantwortung der Frage, welche Anforderungen an das Vorliegen eines Bebauungszusammenhangs im Sinne des § 34 Abs. 1 Satz 1 BauGB zu stellen sind, ist ausschlaggebend, ob und inwieweit eine tatsächlich aufeinanderfolgende Bebauung trotz etwa vorhandener Baulücken nach der Verkehrsauffassung den Eindruck der Geschlossenheit und Zusammengehörigkeit vermittelt und die zur Bebauung vorgesehene Fläche (noch) diesem Zusammenhang angehört (stRspr, vgl. statt vieler BVerwG, Beschluss vom 2. April 2007 – 4 B 7.07 – juris, Rn. 4, und Urteil vom 30. Juni 2015 – 4 C 5.14 – juris, Rn. 11, jeweils m. w. N.).

35 Im Ausgangspunkt ist anhand der vorgelegten Pläne festzustellen, dass zum Stichtag des 1. Januar 1873 ein den Innenbereich bildender Bebauungszusammenhang vornehmlich im südwestlichen Bereich des streitigen Verlaufs des Ortswegs Nr. … bestand. So ist auf sämtlichen Plänen im Bereich des heutigen Straßengevierts „Am …bach", „… Straße", „…-straße", „…-weg" und „…" eine den Eindruck der Geschlossenheit und Zusammengehörigkeit vermittelnde Kumulation von Gebäuden festzustellen.

36 Demgegenüber würde Gleiches für den Ortsweg Nr…. nur dann gelten, spiegelte der Plan „Aufg. v. Geom. Gall 1836" die vorhandene Bebauung zum 1. Januar 1873 korrekt wider. Zwischen den Beteiligten ist aber insoweit lediglich unstreitig, dass die Häuser Nr. …, …, …, … und … vor dem 1. Januar 1873 vorhanden waren. Der Plan „Aufg. v. Geom. Gall 1836", der im Bereich des Ortswegs Nr. … und nördlich davon zahlreiche im Zusammenhang stehende Häuser zeigt, wurde aber nachträglich ergänzt, wobei der Zeitpunkt der Änderung unklar ist. Möglicherweise – wofür viel spricht – mag dies am 12. Dezember 1944 geschehen sein, da der Plan an seiner linken unteren Stelle eine entsprechende Anmerkung enthält (Anlage K 6). Werden hingegen die übrigen Pläne zugrunde gelegt, wie beispielsweise die „Urkarte SW 03.36", den als Anlage zum Kurzbrief des Landratsamts F. vom 4. Februar 2014 (Anlagenheft zu SCHR der BEKL. v. 05.04.2022, S. 152) vorgelegten Plan oder den dem Aktenvermerk des Landratsamts F. vom 22. Januar 2016 als Anlage beigefügten Plan (Anlage K 12), so lagen die Häuser Nr. …, …, …, … und … vom Baubestand des damaligen Ortskerns deutlich abgerückt und vermochten durch ihre Anzahl und Lage allenfalls den Eindruck einer zum Außenbereich gehörenden Splittersiedlung zu vermitteln. Der Umstand, dass die Flächen der zwischen dem Ortskern und den Häusern Nr. …, …, …, … und … liegenden Grundstücke groß gewesen sein mögen, ist entgegen der vom Kläger in der mündlichen Verhandlung vorgetragenen Auffassung nicht doch ausnahmsweise in der Lage, einen Bebauungszusammenhang herzustellen. Denn auf dem als Anlage K 12 vorgelegten Plan ist gut zu erkennen, dass im Ortskern auch große Grundstücke mit mehreren Häusern (eng) bebaut waren, wohingegen die Gebäude im Gewann „…" im Vergleich dazu mit erheblichen, nicht mehr als Baulücken zu qualifizierenden Abständen untereinander weit auseinanderlagen und sich insbesondere mit Blick auf den damaligen Ortskern erheblich entfernt befunden haben.

37 Abschließend sei noch darauf hingewiesen, dass mit Blick darauf, dass die Kammer bereits nicht davon überzeugt ist, dass der Ortsweg Nr. … seinem Trassenverlauf nach als historische Ortsstraße der heutigen „…-straße" entsprach, für sie auch keine Veranlassung bestand, der in der mündlichen Verhandlung geäußerten Beweisanregung des Klägers nachzugehen, mit der er gerichtliche Ermittlungen zur Bebauung entlang der „…-straße" zwischen dem damaligen Ortskern und der Bebauung entlang des Ortswegs Nr. … erreichen wollte.

38 b) Die „…-straße" ist im veranlagten Abschnitt auch keine vorhandene Erschließungsanlage im Sinne des § 49 Abs. 6 KAG in Verbindung mit § 242 BauGB beziehungsweise § 180 BBauG.

39 Für eine vorhandene Erschließungsanlage, für die eine Erschließungsbeitragsschuld auf Grund der bis zum 29. Juni 1961 geltenden Vorschriften nicht entstehen konnte, kann nach § 49 Abs. 6 KAG auch nach den Bestimmungen dieses Gesetzes kein Erschließungsbeitrag erhoben werden. Diese Voraussetzungen liegen nicht vor.

40 Nach dem für die Beurteilung dieser Frage allein maßgebenden Landesrecht (vgl. BVerwG, Urteil vom 5. Oktober 1966 – IV C 112.65 – juris) konnte im ehemals württembergischen Landesteil, zu dem auch die Beklagte gehörte, nach dem Inkrafttreten der Neuen Allgemeinen Bauordnung vom 6. Oktober 1872 am 1. Januar 1873 beziehungsweise der Württembergischen Bauordnung vom 28. Juli 1910 (RegBl. S. 333) sowie dem Aufbaugesetz vom 18. August 1948 (RegBl. S. 127) eine Straße die Bestimmung zum Anbau und damit den Charakter einer „Bau straße" (vgl. Art. 7 Abs. 5 BauO 1910) nur erhalten, wenn sie nach Maßgabe eines verbindlichen Ortsbauplans, Baulinienplans oder Bebauungsplans ausgebaut wurde. Nur ein solcher Plan konnte einer Straße die Bestimmung zum Anbau vermitteln. Eine ohne Plan neu hergestellte Straße konnte keine Ortsstraße im Rechtssinne werden, unabhängig von ihrem technischen Ausbauzustand und unabhängig davon, ob an ihr Gebäude errichtet wurden oder nicht (VGH Baden-Württemberg, Urteile vom 29. Oktober 2019 – 2 S 465/18 – juris, Rn. 61, vom 23. September 1993 – 2 S 3019/91 – juris, Rn. 27, und vom 26. Oktober 1995 – 2 S 120/93 – juris, Rn. 25). Ob eine planerische Festsetzung getroffen wurde, kann bei Fehlen des Originalplans mit Hilfe anderer Dokumente, die die betreffende Festsetzung enthalten oder beschreiben, nachgewiesen werden (VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 4. Dezember 2003 – 5 S 1746/02 – juris, Rn. 21). Grundsätzlich war ab Inkrafttreten der Württembergischen Bauordnung die ausdrückliche Festsetzung einer Straße durch Aufteilung der Straßenfläche in Teileinrichtungen – wie § 5 der Verfügung des Ministeriums des Innern zum Vollzug der Bauordnung vom 10. Mai 1911 (im Folgenden: Vollzugsverfügung) zeigt – vom Gesetzgeber gewollter Standard (vgl. VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 17. August 2009 – 2 S 1380/09 – n. v., zitiert in VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 29. Oktober 2019 – 2 S 265/18 – juris, Rn. 59). Unabhängig von der Frage, ob ab Inkrafttreten der Württembergischen Bauordnung die Festsetzung einer Ortstraße allein durch zwei Baulinien ausreichend war (so wohl VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 23. September 1993 – 2 S 3019/91 – juris, Rn. 29), reicht jedenfalls die Festsetzung einer einseitigen Baulinie nicht aus, um eine Ortsstraße verbindlich festzusetzen, da es in diesem Fall – abgesehen von Ausnahmefällen auf Grund topografischer Besonderheiten – an einer flächenmäßigen Begrenzung des Straßenraums fehlte (VGH Baden-Württemberg, Urteile vom 29. Oktober 2019 – 2 S 465/18 – juris, Rn. 16, und vom 26. Oktober 1995 – 2 S 120/93 – juris, Rn. 28).

41 Im vorliegenden Fall vermochte keiner der Beteiligten einen verbindlichen Ortsbauplan, Baulinienplan oder Bebauungsplan aufzufinden. Ob dennoch eine planerische Festsetzung getroffen wurde, kann zwar bei Fehlen des Originalplans mit Hilfe anderer Dokumente, die die betreffende Festsetzung enthalten oder beschreiben, nachgewiesen werden. Dieser Nachweis ist dem Kläger, der hierfür beweisbelastet ist (vgl. VGH Baden-Württemberg, Urteile vom 27. Februar 1992 – 2 S 37/90 – juris, Ls. 1, und vom 5. März 1998 – 2 S 615/96 – juris, Rn. 23; VG Freiburg, Urteil vom 11. Juli 2012 – 4 K 1621/10 – juris, Rn. 18), mit den von ihm angeführten Indizien aber nicht gelungen.

42 aa) Der Kläger macht hierzu geltend, in Bezug auf die südliche Seite des Ortswegs Nr. … habe eine genehmigte Baulinie existiert, wie sie im Plan des Oberamts Freudenstadt von 1841 (Anlage K 9) oder dem als Anlage K 12 vorgelegten Plan eingezeichnet sei. Dabei sei davon auszugehen, dass diese Baulinie Festsetzungen zur Erschließungsstraße enthalten habe, weil nach § 4 der württembergischen

Neuen Allgemeinen Bauordnung vom 6. Oktober 1872 gesetzlich angeordnet gewesen sei, dass „[d]ie Feststellung neuer Ortsbaupläne […] namentlich zu geschehen" habe, „wenn und soweit für unbebaute Flächen eine ausgedehntere Ueberbauung in Aussicht" stehe. Aus einem Lageplan vom 5. Januar 1912 (Anlage K 24) ergebe sich die durchgängige Bebauung südlich des Ortswegs Nr. … und die teils bereits vorhandene, teils durch projektierte Baulinien geplante Bebauung nördlich des Ortswegs Nr. …. Aus diesem Plan ergebe sich, dass der Straßenraum des Ortsweges Nr. … gegen die beiderseits bebauten Grundstücke vermessungstechnisch räumlich klar abgegrenzt sei und im Wesentlichen auf der Trasse der heutigen „…-straße" verlaufe. Dieser Lageplan decke sich inhaltlich mit einem offensichtlich später erstellten weiteren Lageplan, in dem die verschiedenen Baulinien in brauner Farbe eingetragen seien (Anlage K 16). Die Gemeinde habe mit den nördlichen Baulinien somit erkennbar zwei Ziele verfolgt, nämlich zum einen den weiteren Anbau auf der nördlichen Seite des Ortswegs Nr. … planerisch zu sichern und zum anderen die straßenmäßige Erschließung der bereits bebauten beziehungsweise zu bebauenden Grundstücke herzustellen. Die südlich bereits bestehende Baulinie habe sie sich für die Festlegung des Straßenraums zunutze gemacht. Ein weiteres Indiz für die planmäßige Herstellung des Ortsweges Nr. … sei die Tatsache, dass jener spätestens bis zum Jahre 1913 beidseitig vermessen worden sei (Anlagen K 17 und K 24). Mit dieser beidseitigen Vermessung sei der Straßenraum des Ortsweges Nr. … nicht allein durch die bisherige südliche Baulinie von 21. April 1886, sondern auch auf der nördlichen Seite flächenmäßig definiert und begrenzt gewesen. Die weitere planerische Festlegung des Straßenraums für den Ortsweg Nr. … ergebe sich schließlich aus einem Lageplan des Vermessungsamtes vom 9. Februar 1959 (Anlage K 18), aus dem der dann bis heute gültige Verlauf und Umfang des Ortsweges Nr. … ersichtlich sei. Zudem habe sich die beiderseitige Bebauung in der Zeit vor Inkrafttreten des Bundesbaugesetzes vollzogen.

43 bb) Die Beklagte macht demgegenüber geltend, die im als Anlage K 12 vorgelegten Lageplan eingezeichnete Baulinie genüge nach den damals geltenden rechtlichen Vorgaben nicht, um von einer verbindlich festgesetzten Ortsstraße ausgehen zu können. Der Kläger verkenne, dass es für die Frage, ob eine vorhandene Erschließungsanlage vorliege, nicht darauf ankomme, ob eine vorhandene Straße rechts- und linksseitig bebaut gewesen sei. Insbesondere sei es nicht ausreichend, dass die beidseitige Bebauung des Ortsweges Nr. … nach genehmigten Baulinienplänen oder eine Vermessung der entlang der Straße liegenden Grundstücke erfolgt sei. Entscheidend sei, ob planerische Vorgaben hinsichtlich Verlauf und Breite der Straße existierten. Seit Inkrafttreten der Neuen Allgemeinen Bauordnung vom 6. Oktober 1872 seien mindestens zwei den Straßenraum begrenzende Baulinien erforderlich gewesen, um eine Ortsstraße verbindlich festsetzen zu können. Ab Inkrafttreten der Novelle sei die ausdrückliche Festsetzung einer Straße durch Aufteilung der Straßenfläche in Teileinrichtungen – wie § 5 der Vollzugsverfügung vom 10. Mai 1911 zeige – vom Gesetzgeber gewollter Standard gewesen. Es sei außerdem eindeutig zwischen der Festsetzung von Straßen (Straßengrenzen, Straßenbreiten, Höhenlagen) und der Festsetzung von Baulinien unterschieden worden. Ein entsprechender Wille der zuständigen gemeindlichen Gremien, mit den Baulinien eine Ortsstraße nach württembergischen Recht festzusetzen, sei anhand der vorliegenden Materialien nicht erkennbar.

44 c) Bei Würdigung des gesamten Vorbringens und der hierzu vorgelegten Unterlagen gelangt die Kammer nicht zu der Überzeugung im Sinne des § 108 Abs. 1 Satz 1 VwGO, dass der Ortsweg Nr. … eine vorhandene Erschließungsanlage im Sinne des § 49 Abs. 6 KAG in Verbindung mit § 242 BauGB beziehungsweise § 180 BBauG darstellt.

45 So handelt es sich bereits um eine bloße Spekulation des Klägers, die in den Plänen des Oberamts Freudenstadt von 1841 (Anlage K 9) oder dem als Anlage K 12 vorgelegten Plan eingezeichnete, entlang der südlichen Seite des Ortswegs Nr. … verlaufende Baulinie habe – zumindest auch – Festsetzungen zur Erschließungsstraße enthalten. Hiergegen spricht, dass diese Baulinie bereits in einem Plan von 1841 auftaucht, mithin lange vor Inkrafttreten der Neuen Allgemeinen Bauordnung vom 6. Oktober 1872, die fortan planerische Festsetzungen für die Anlage von Straßen verlangte. Außerdem ist nach dem Vermerk des Schultheißenamts (Anlage K 8) „[ü]ber Festsetzung von Baulinien […] hier lediglich nichts bekannt, es sind weder Beschlüsse über früher genehmigte Baulinien, noch Flurkarten in welche solche eingezeichnet wären, vorhanden." Der Regelungsgehalt der Baulinie war also schon damals unbekannt. Dem Vermerk mag allenfalls – wenigstens als Tendenz – entnommen werden, dass diese Baulinie allein nur der Ordnung der Baukörper diente („In den 2 Karten SW 111.36 hat man roth punktiert die Linie angegeben, nach welcher seither die auf dem … befindlichen Häuser vom Jahr 1841 an erbaut worden sind.").

46 Aus den vorgelegten Unterlagen lassen sich auch keine Erkenntnisse darüber gewinnen, dass sich die Gemeinde seinerzeit die bestehende, südlich verlaufende Baulinie willentlich zunutze machen wollte, um mit nördlich des Ortswegs Nr. … verlaufenden Baulinien die Straßenfläche verbindlich festzulegen. Bemerkenswert ist insoweit, dass die südliche Baulinie entlang der nördlichen Gebäudeseiten verläuft, nicht aber auf dem im als Anlage K 16 vorgelegten Plan südlichen Trassenrand des Ortswegs Nr. …. Zugunsten des Klägers mag insoweit noch angenommen werden, dass seinerzeit nach der Neuen Allgemeinen Bauordnung für das Königreich Württemberg 1872 in Abgrenzung zur Bauordnung für das Königreich Württemberg vom 28. Juli 1910 unter „Straßenbreite" der ganze Zwischenraum zwischen den gegenüberliegenden Baulinien, respektive Häuserreihen, zu verstehen war. Die „Straßenbreite" mag damals auch Vorgärten und Nebenwege eingeschlossen haben. Außerdem mag zutreffen, dass in ländlichen Verhältnissen sich zu einer Zeit, als die öffentlichen und privaten Interessen nur von untergeordneter Bedeutung waren, die zum Zwecke einer Ortserweiterung gebotenen Festsetzungen vielfach auf die Ausweisung von Baulinien beschränkten. Dies mag zu der Erkenntnis nötigen, dass die Abstände zwischen den Baulinien einer Straße in jenen Plänen der von der Gemeinde vorgesehenen Straßenbreite zwar entsprechen konnten, aber nicht entsprechen mussten (vgl. VG Stuttgart, Urteil vom 3. Dezember 2021 – 15 K 867/20 – juris, Rn. 38 f.). Allerdings unterschied die Württembergische Bauordnung vom 28. Juli 1910 und § 5 der Vollzugsverfügung vom 10. Mai 1911 zwischen Baulinien und Bausowie Straßengrenzen. Die Beklagte weist in diesem Zusammengang zutreffend darauf hin, dass an der nördlichen Seite des Ortswegs Nr. … Baulinien – und nicht Straßengrenzen – eingetragen sind, die nach dem 28. Juli 1910 und 10. Mai 1911 festgesetzt wurden. Diese Baulinien dienten demnach erkennbar nicht der Bestimmung einer Straßenfläche.

47 Gegen die vom Kläger vertretene Auffassung spricht im Übrigen, dass die auf dem von ihm als Anlage K 16 vorgelegten Plan nördlich des Ortswegs Nr. … eingezeichneten Baulinien nicht durchgängig entlang dieses Ortswegs durchgezogen sind. Insbesondere auf dem auf diesem Plan ersichtlichen Grundstück Flurstück … (Nr. …) endet die Baulinie an der Westseite des Gebäudes. Vergleichbares gilt für den östlichen Teil des Ortswegs Nr. …, soweit er auf diesem Plan dargestellt ist. So endet die Baulinie beispielsweise an der westlichen Grenze des Grundstücks Flurstück …, während sie an der südlichen Seite nach Westen weiterverläuft. Mit Blick auf die als Anlagen B 1 und B 2 vorgelegten geometrischen Handrisse sowie dem Aktenvermerk des Landratsamts F. zu einem Vor-Ort-Termin am 26. August 2021 beigefügten Handriss spricht demgegenüber Gewichtiges dafür, dass die Gemeinde mit den Baulinien – entsprechend deren gesetzlichen Zwecks – Vorgaben für die Bebauung der Grundstücke machen und nicht etwa die Straßenfläche bestimmen wollte.

48 c) Es bestehen ferner keine Anhaltspunkte dafür und dies wurde vom Kläger auch nicht geltend gemacht, dass die „…-straße" unter Geltung des Bundesbaugesetzes oder der Baugesetzbuchs bereits erstmalig endgültig hergestellt wurde und aus diesem Grunde die sachliche Beitragsschuld bereits entstanden war.

49 d) Die sachliche Beitragsschuld ist gemäß § 41 Abs. 1 Satz 1 KAG entstanden.

50 Nach dieser Bestimmung entsteht die Beitragsschuld, wenn die Erschließungsanlage sämtliche zu ihrer erstmaligen endgültigen Herstellung vorgesehenen Teileinrichtungen im erforderlichen Umfang aufweist und diese den Merkmalen der endgültigen Herstellung (§ 34 Nr. 3 KAG) entsprechen (dazu unter aa)), ihre Herstellung die Anforderungen des § 125 BauGB erfüllt (dazu unter bb)) und die Anlage öffentlich genutzt werden kann (dazu unter cc)). Es liegt auch die letzte Unternehmerrechnung vor (dazu unter dd)).

51 aa) Die Erschließungsanlage „…-straße" weist sämtliche zu ihrer erstmaligen endgültigen Herstellung vorgesehenen Teileinrichtungen im erforderlichen Umfang auf und diese entsprechen den Merkmalen der endgültigen Herstellung gemäß § 34 Nr. 3 KAG.

52 Nach dieser Bestimmung regeln die Gemeinden durch Satzung die Merkmale der endgültigen Herstellung der Erschließungsanlagen, für die die Gemeinde Erschließungsbeiträge erheben will oder zu erheben hat.

53 In der Satzung der Beklagten über die Erhebung von Erschließungsbeiträgen vom 17. April 2012 (im Folgenden: EBS) heißt es hierzu unter § 4 Abs. 1 Satz 1, dass Anbaustraßen endgültig hergestellt sind, wenn sie neben den im Bauprogramm vorgesehenen flächenmäßigen Teileinrichtungen (Fahrbahn, Gehwege, Radwege, Grünpflanzungen, Parkflächen usw.) über betriebsfertige Beleuchtungs- und Entwässerungseinrichtungen verfügen. Satz 2 regelt ferner, dass die flächenmäßigen Teileinrichtungen endgültig hergestellt sind, wenn – erstens – Fahrbahnen, Gehwege und Radwege eine Decke aus Asphalt, Beton, Pflaster oder Platten aufweisen; die Decke kann auch aus einem ähnlichen Material neuzeitlicher Bauweise bestehen, – zweitens – Parkflächen eine Decke entsprechend Nr. 1 aufweisen, wobei diese auch aus einer wasserdurchlässigen Deckschicht (zum Beispiel Rasenpflaster, Rasengittersteine, Schotterrasen) bestehen kann, – drittens – Grünpflanzungen gärtnerisch gestaltet sind, sowie – viertens – Mischflächen, die in ihrer gesamten Ausdehnung sowohl für den Fahr- als auch für den Fußgängerverkehr bestimmt sind, in den befestigten Teilen entsprechend Nr. 2

hergestellt und die unbefestigten Teile gemäß Nr. 3 gestaltet sind.

54 Die von der Beklagten vorgelegten Lichtbilder belegen einen satzungsgemäßen Ausbauzustand. Er wird vom Kläger auch nicht in Zweifel gezogen.

55 bb) Die Herstellung der Erschließungsanlage „…-straße" erfüllt auch die Anforderungen des § 125 BauGB .

56 Nach § 125 Abs. 1 BauGB setzt die Herstellung der Erschließungsanlagen im Sinne des § 127 Abs. 2 BauGB einen Bebauungsplan voraus. Liegt ein Bebauungsplan – wie hier – nicht vor, so dürfen diese Anlagen nur hergestellt werden, wenn sie den in § 1 Abs. 4 bis 7 BauGB bezeichneten Anforderungen entsprechen. Der erforderliche „Planersatz" liegt vor.

57 Im Rahmen der ihr von § 125 Abs. 2 BauGB auferlegten Planungsentscheidung hat sich die Gemeinde an den planungsrechtlichen Anforderungen des § 1 Abs. 4 bis 7 BauGB zu orientieren, wobei ihr eine planerische Gestaltungsfreiheit zur Seite steht. Bei dieser Prüfung nach § 125 Abs. 2 BauGB handelt es sich nicht um ein Geschäft der laufenden Verwaltung, so dass eine entsprechende Feststellung des Gemeinderats, die Herstellung zum Beispiel einer Anbaustraße entspreche den Anforderungen des § 1 Abs. 4 bis 7 BauGB, erforderlich ist. Diese planerische Entschließung kann im Einzelfall auch zusammen mit der Festlegung des sogenannten Bauprogramms (Ausbaupläne in technischer und räumlicher Sicht) erfolgen (vgl. VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 20. März 2015 – 2 S 1327/14 – juris, Rn. 36, und Beschluss vom 18. Dezember 2007 – 2 S 1657/06 – juris, Rn. 7). Außerdem ist es bei einem Abwägungsbeschluss nach § 125 Abs. 2 BauGB in rechtlicher Hinsicht unbeachtlich, ob sich in den Akten eine vor Beginn der Baumaßnahmen niedergelegte schriftliche Festlegung des Ergebnisses der Abwägung nach § 1 Abs. 4 bis 7 BauGB findet. Zwar mag eine entsprechende Dokumentation aus Nachweisgründen im Interesse der Gemeinde ratsam sein. Das Gesetz begründet jedoch keine derartige Pflicht, denn es schreibt kein bestimmtes förmliches Verfahren vor. Es handelt sich zudem um einen gemeindeinternen Vorgang, der jederzeit nachgeholt werden kann und dann die Herstellungsarbeiten nachträglich legitimiert. Soweit keinerlei Anhaltspunkte dafür bestehen, dass materiell die Herstellung den Anforderungen in § 1 Abs. 4 bis 7 BauGB nicht entspricht, kann eine solche zulässige Nachholung in einem einfachen Gemeinderatsbeschluss erfolgen, mit dem beschlossen wird, der derzeitige Ausbauzustand sei endgültig (VGH Baden-Württemberg, Urteile vom 21. Juni 2017 – 2 S 1946/16 – juris, Rn. 37, und vom 21. März 2002 – 2 S 2585/01 – juris, Rn. 29).

58 In rechtlicher Hinsicht ist es damit nicht zu beanstanden, dass der Gemeinderat der Beklagten am 26. Juli 2022 – und damit lange nach Vollendung der Herstellungsarbeiten – einen Beschluss nach Maßgabe des § 125 Abs. 2 BauGB gefasst hat. Durch die Fassung eines Beschlusses dahingehend, dass die derzeitige Trassenführung, die flächenmäßige Dimensionierung und der Ausbauzustand des Abschnitts der „…-straße" von der Kreuzung „…-weg" bis zur Einmündung in die „…-straße" dem endgültig angestrebten Zustand entspreche und ein weiterer Ausbau nicht beabsichtigt sei, ist der vormals fehlende Beschluss in zulässiger Weise nachgeholt worden. Es bestehen darüber hinaus auch keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass materiell die Herstellung den Anforderungen in § 1 Abs. 4 bis 7 BauGB nicht entspricht.

59 cc) Die Anlage kann öffentlich genutzt werden. Die hierzu erforderliche Widmung

hat die Beklagte ausdrücklich gefasst und in ihrem Amtsblatt öffentlich bekanntgemacht.

60 dd) Als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal für die Entstehung der sachlichen Beitragsschuld ist der Eingang der letzten Unternehmerrechnung bei der Beklagten maßgeblich (vgl. VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 27. Januar 2015 – 2 S 1840/14 – juris, Rn. 34). Dies ist im vorliegenden Fall die Rechnung des Ingenieurbüros … vom 27. März 2018.

61 e) Die Berechnung der persönlichen Beitragsschuld ist nur aus dem im Tenor ersichtlichen Umfang rechtlich zutreffend.

62 aa) Die von der Beklagten angesetzten beitragsfähigen Erschließungskosten sind ihrer Höhe nach nicht zu beanstanden.

63 § 3 Abs. 1 EBS sieht vor, dass die beitragsfähigen Erschließungskosten nach den tatsächlichen Kosten ermittelt werden, wobei dies auch – wie vorliegend – für bestimmte Abschnitte zulässig ist (vgl. § 3 Abs. 2 Satz 2 EBS).

64 (1) Bedenken hinsichtlich der Rechtsmäßigkeit der Abschnittsbildung bestehen nicht.

65 § 37 Abs. 2 KAG erlaubt es, dass bei Anbaustraßen und Wohnwegen die beitragsfähigen Erschließungskosten für bestimmte Abschnitte einer Anbaustraße oder eines Wohnweges ermittelt werden (Satz 1), wobei die Abschnitte nach örtlich erkennbaren Merkmalen oder nach rechtlichen Gesichtspunkten (zum Beispiel Grenzen von Bebauungsplangebieten, Umlegungsgebieten, förmlich festgelegten Sanierungsgebieten) bestimmt werden können (Satz 2). Als örtliches Merkmal kommen etwa Querstraßen, Straßeneinmündungen, Plätze, Brücken, Wasserläufe oder das Ende einer fortlaufenden (ein- oder zweiseitigen) Bebauung in Betracht in Betracht (VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 19. September 2018 – 2 S 1116/18 – juris, Rn. 37).

66 Hieran gemessen ist die von der Beklagten vorgenommene Abschnittsbildung rechtlich nicht zu beanstanden. Sie hat den ausgebauten Abschnitt der „…-straße" an die sie querenden Straßen und Straßeneinmündungen – Kreuzung „…-weg" bis zur Einmündung in die „…dstraße" – ausgerichtet. Mit Blick darauf, dass zum Zeitpunkt des Ausbaubeschlusses ein weiterer Ausbau der „…-straße" nicht geplant war und auf andere Weise die Herstellung der Abrechenbarkeit des in Rede stehenden Abschnitts nicht hätte herbeigeführt werden können (so ausdrücklich der Bericht über die öffentliche Sitzung des Gemeinderats der Beklagten vom 21. März 2017), ist die Abschnittsbildung willkürfrei erfolgt (vgl. VGH Baden-Württemberg, a. a. O., juris, Rn. 39).

67 (2) Die Beklagte hat die Höhe der diesen Abschnitt betreffenden beitragsfähigen Erschließungskosten auch zutreffend ermittelt.

68 An tatsächlichen Kosten weist die Kostenzusammenstellung der Beklagten für die Berechnung der Erschließungsbeiträge für den Straßenbau 224.473,96 Euro und für die Kanalisation (Mischwasserkanal) 80.604,90 Euro aus.

69 Als beitragsfähigen Erschließungs(gesamt) aufwand hat die Beklagte 244.625,19 Euro errechnet aus der Addition von 224.473,96 Euro für den Straßenausbau inklusive der Straßenbeleuchtung sowie 20.151,23 Euro (= ¼ von 80.604,90 Euro) für die Straßenentwässerung im Wege eines Mischsystems. Der pauschalierte Ansatz von einem Viertel der Kosten für die Straßenentwässerung im Wege eines Mischsystems ist zulässig.

70 In rechtlicher Hinsicht bestimmt unter anderem § 35 Abs. 1 Nr. 2 KAG, § 2 Abs. 4

Satz 1 Nr. 2 EBS, dass die beitragsfähigen Erschließungskosten die anderweitig nicht gedeckten Kosten für die erstmalige endgültige Herstellung der Erschließungsanlagen einschließlich der Einrichtungen für ihre Entwässerung und Beleuchtung umfassen. Der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg erkennt insoweit für den Regelfall 25% der Herstellungskosten eines Mischwasserkanals als beitragsfähigen Straßenentwässerungskostenanteil an (VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 25. August 1992 – 2 S 1298/92 – juris, Rn. 7).

71 bb) Die Beklagte ist weiterhin zu Recht von umlagefähigen Erschließungskosten in Höhe von insgesamt 232.393,93 Euro ausgegangen. Nach § 5 EBS trägt die Beklagte 5% der beitragsfähigen Erschließungskosten. Ausgehend von einem beitragsfähigen Erschließungsgesamtaufwand von 244.625,19 Euro sind hiervon 12.231,26 Euro abzuziehen, so dass sich umlagefähige Erschließungskosten von insgesamt 232.393,93 Euro ergeben.

72 cc) Nicht rechtsfehlerfrei hat die Beklagte hingegen das Abrechnungsgebiet definiert.

73 Nach § 39 Abs. 1 Satz 1 KAG, § 6 Abs. 1 Satz 1 EBS werden durch eine Anbaustraße oder durch einen Wohnweg Grundstücke erschlossen, denen diese Anlage die wegemäßige Erschließung vermittelt, die das Bauplanungsrecht als gesicherte Erschließung für ihre bestimmungsgemäße Nutzung verlangt. Nach § 6 Abs. 2 Satz 1 EBS gilt als Grundstücksfläche, die der Verteilung der umlagefähigen Erschließungskosten zugrunde gelegt wird, grundsätzlich die Fläche des Buchgrundstücks. Gehen Grundstücke vom Innenbereich in den Außenbereich über und ergibt sich die Grenze zwischen Innen- und Außenbereich nicht aus den Grenzen des räumlichen Geltungsbereichs eines Bebauungsplans oder einer Satzung gemäß § 34 Abs. 4 BauGB, so gilt als Grundstücksfläche die tatsächliche Grundstücksfläche bis zu einer Tiefe von 40 m von der Erschließungsanlage; reicht die bauliche, gewerbliche oder eine der baulichen oder gewerblichen gleichartige (erschließungsbeitragsrechtlich relevante) Nutzung über diese Begrenzung hinaus, so ist die Grundstückstiefe maßgebend, die durch die hintere Grenze der Nutzung bestimmt wird (§ 6 Abs. 2 Satz 3 EBS). Nach § 6 Abs. 3 Satz 1 EBS bilden die durch eine Erschließungsanlage erschlossenen Grundstücke das Abrechnungsgebiet, und werden die Erschließungskosten für den Abschnitt einer Anbaustraße ermittelt und abgerechnet, so gilt der Abschnitt als Erschließungsanlage im Sinne des Satzes 1. Die nach Abzug des Anteils der Gemeinde anderweitig nicht gedeckten Erschließungskosten (umlagefähige Erschließungskosten) werden gemäß § 6 Abs. 4 EBS auf die Grundstücke des Abrechnungsgebiets in dem Verhältnis verteilt, in dem die Nutzungsflächen der einzelnen Grundstücke zueinander stehen. Nach § 6 Abs. 5 EBS sind für die Verteilung der umlagefähigen Erschließungskosten die Verhältnisse im Zeitpunkt des Entstehens der Beitragsschuld maßgebend (Verteilungszeitpunkt).

74 (1) In Anwendung der vorstehenden Bestimmungen – insbesondere des § 6 Abs. 2 Satz 3 EBS – ist das Grundstück Flurstück … mit 711 m² und das Grundstück Flurstück … mit 907 m² in die Oberverteilung einzustellen.

75 (a) § 6 Abs. 2 Satz 3 EBS findet im Kommunalabgabengesetz eine taugliche Satzungsermächtigung. Denn nach § 38 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit § 31 Abs. 2 KAG kann durch Satzung bestimmt werden, dass bei Grundstücken im unbeplanten Innenbereich die Grundstücksfläche nur bis zu einer bestimmten Tiefe der Beitragsbemessung zugrunde gelegt wird (Tiefenbegrenzung), sofern die

darüber hinausgehenden Flächen nicht tatsächlich angeschlossen, bebaut oder gewerblich genutzt sind.

76 (b) Die Beklagte hat die Bestimmung des § 6 Abs. 2 Satz 3 EBS aber nicht angewendet.

77 Im Ausgangspunkt zutreffend ist, dass die Grundstücke Flurstücke … und … vom Innenbereich in den Außenbereich übergehen. So ist festzustellen, dass sie jeweils in ihrem nördlichen Teil mit Wohnhäusern bebaut sind, die sich in einer Reihe mit der übrigen Bebauung entlang der „…-straße" befinden. Die südlichen Grundstücksteile hingegen sind – wie die benachbarten Grundstücke auch – unbebaut. Diese Grundstücksbereiche wären auch nicht bebaubar, da die Bebauung entlang des „…-wegs" und des „…-wegs" anders ausgerichtet ist – nämlich von Norden nach Süden – und die rückwärtigen Grundstücksteile der Grundstücke Flurstücke … und … sich nicht lediglich als Baulücken darstellen.

78 Mit Blick auf die Satzungsbestimmung ist ferner festzustellen, dass sich die Grenze zwischen Innen- und Außenbereich nicht aus den Grenzen des räumlichen Geltungsbereichs eines Bebauungsplans oder einer Satzung gemäß § 34 Abs. 4 BauGB ergibt.

79 Liegt damit der Tatbestand des § 6 Abs. 2 Satz 3 EBS vor, so wird eine metrische Tiefenbegrenzung fingiert, da „als Grundstücksfläche die tatsächliche Grundstücksfläche bis zu einer Tiefe von 40 m von der Erschließungsanlage [gilt]". Diese Fiktion (vgl. Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. Auflage, Teil B, Rn. 85) greift nur dann nicht ein, wenn – so § 6 Abs. 2 Satz 3 Halbs. 2 EBS – die bauliche, gewerbliche oder eine der baulichen oder gewerblichen gleichartige (erschließungsbeitragsrechtlich relevante) Nutzung über diese Begrenzung hinausreicht. (Nur) in diesem Fall ist die Grundstückstiefe maßgebend, die durch die hintere Grenze der Nutzung bestimmt wird.

80 Nach den hierzu erstellten Unterlagen der Beklagten hat sie die Fiktionsregel nicht angewandt, sondern den Übergang vom Innenzum Außenbereich in unmittelbarer Nähe der Wohnhäuser, die auf den Grundstücken Flurstücke … und … errichtet sind, gezogen und daher nur Flächen von 472 m² (Flurstück …) und 602 m² (Flurstück …) in die Oberverteilung eingestellt. Der Wortlaut des § 6 Abs. 2 Satz 3 EBS gibt die von der Beklagten gewählte Vorgehensweise jedoch nicht her. Die Fiktion tritt nur dann nicht ein, wenn die bauliche Nutzung über diese Grenze hinausreicht, nicht aber, wenn sie – wie hier – hinter dieser Grenze zurückbleibt.

81 Bedenken gegen die Vereinbarkeit der nur „in eine Richtung" geltenden Fiktion mit höherrangigem Recht hat die Kammer, allem voran mit Blick auf Art. 3 Abs. 1 GG, keine. Zwar zeigt der vorliegende Fall anschaulich, dass Grundstückseigentümer, deren Grundstück vom Innenin den Außenbereich übergeht, gegenüber solchen Grundstückseigentümern ungleich behandelt werden, deren Grundstück vollständig im Innenbereich liegen, wenn die bauliche Nutzung unterhalb der fingierten Tiefenbegrenzung zurückbliebt und damit eine Grundstücksfläche in die Oberverteilung eingestellt wird, die größer ist als die bauliche Nutzbarkeit, die mit dem erschließungsbeitragsrechtlichen Vorteil korreliert. Die Heranziehung der Eigentümer mit vom Innenin den Außenbereich übergehenden Grundstücken in durch die Fiktion bewirkter typisierenden Form ist aber vor dem Hintergrund der Verwaltungsvereinfachung und -praktikabilität ausnahmsweise gerechtfertigt (vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 28. März 2007 – 10 B 43.06 – juris, Rn. 9, und vom 28. März 1995 – 8 N 3.93 – juris, Rn. 14, jeweils m. w. N.). Denn die Abgrenzung des

unbeplanten Innenvom Außenbereich ist angesichts der Einzelfallabhängigkeit und trotz der hierzu entwickelten höchstrichterlichen Rechtsprechung stets mit Unsicherheiten behaftet. Die Fiktion schafft hier Rechtssicherheit durch eine vorhersehbare und gleichmäßige Heranziehung der beitragspflichtigen Grundstücke. Dem steht nicht entgegen, dass die Fiktion dann nicht eintritt, wenn die bauliche Nutzung tatsächlich über die metrisch bestimmte Tiefenbegrenzung von 40 Metern hinausreicht. Vielmehr gebietet hier sogar der Gleichbehandlungsgrundsatz das Zurücktreten der durch die Fiktion bewirkten erhebungstechnischen Vereinfachung, da andernfalls – namentlich bei einer deutlich über eine Tiefe von 40 Metern hinausgehenden baulichen Nutzung – erhebliche, nicht mehr zu rechtfertigende Unterschiede bei den Erschließungsbeiträgen auftreten könnten.

82 (c) Übertragen auf den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass das Grundstück Flurstück … mit 711 m² und das Grundstück des Klägers, Flurstück …, mit 907 m² in die Oberverteilung einzustellen sind.

83 (2) Das Grundstück Flurstück … ist mit seiner gesamten Fläche von 2.524 m² – und nicht lediglich mit 360 m² – in die Oberverteilung einzustellen. Angesichts einer doppelten Erschließung durch den „…-weg" ist die Nutzungsfläche aber nach § 14 Abs. 1 EBS zu halbieren.

84 Die Kammer geht dabei davon aus, dass dieses Grundstück vollständig im Innenbereich belegen ist. Zu dieser Auffassung gelangt sie unter Würdigung sämtlicher vorgelegter sowie ergänzend in der mündlichen Verhandlung eingeführter Unterlagen, Pläne, Katasterauszüge, Satellitenbilder und Lichtbildaufnahmen. So besteht – wovon auch die Beklagte ausgeht – zweifelsohne ein „Baufenster" entlang der „…-straße", da insoweit die auf dem östlich gelegenen Nachbargrundstück vorhandene Bebauung den Rahmen für die Art und das Maß der zulässigen baulichen Nutzung vorgibt. Bei dem Grundstück Flurstück … besteht aber darüber hinaus die Besonderheit, dass es – mindestens – über ein weiteres „Baufenster" in seinem südlichen Bereich verfügt, nämlich vermittelt durch die westlich und östlich des Grundstück gelegene Bebauung („…-weg …" und „…-weg …"). Darüber hinaus geht die Kammer angesichts der westlich des „…-wegs" gelegenen Bebauung davon aus, dass das in Rede stehende Grundstück auch entlang seiner gesamten westlichen Grundstücksseite bebaubar wäre.

85 Ungeachtet dessen ist das Grundstück Flurstück … ferner im Lichte des § 6 Abs. 2 Satz 3 EBS mit seiner vollen Fläche in die Oberverteilung einzustellen, da mit Blick auf das südliche „Baufenster" insoweit § 6 Abs. 2 Satz 3 Halbs. 2 EBS eingreift.

86 (3) Zu dem Kreis der erschlossenen Grundstücke im Sinne von § 39 Abs. 1 Satz 1 KAG, § 6 Abs. 1 Satz 1 EBS gehören außerdem die am „…-weg" belegenen Grundstücke Flurstücke … („…-weg 1"), … („…-weg 2") und ….

87 Bei diesen Grundstücken handelt es sich um sogenannte nicht gefangene Hinterliegergrundstücke, da sie nicht direkt an der abgerechneten Erschließungsanlage anliegen, sondern durch ein anderes Grundstück – im konkreten Fall durch die die Grundstücke Flurstücke … („…-straße …") und … („…-straße …") – von ihr getrennt werden, aber selbst an einer weiteren Erschließungsanlage – hier dem „…-weg" – unmittelbar anliegen.

88 Während der Erschließungsvorteil regelmäßig in erster Linie von einem baulich (oder erschließungsbeitragsrechtlich vergleichbar) nutzbarem Anliegergrundstück „abgeschöpft" wird (VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 25. November 2004 – 2

S 730/04 – juris, Rn. 20) – hier den Grundstücken Flurstücke … („…-straße …") und … („…-straße …") –, kann ein Erschlossensein des Hinterliegergrundstücks anzunehmen sein, wenn es tatsächlich durch eine Zufahrt über das Anliegergrundstück mit der Anbaustraße verbunden ist und diese Verbindung in rechtlich gesicherter Weise auf Dauer zur Verfügung steht (stRspr, BVerwG, Urteile vom 28. März 2007 – 9 C 4.06 – juris, Rn. 16, und vom 12. November 2014 – 9 C 4.13 – juris, Rn. 13). Doch auch ohne eine solche Zufahrt kann ein Erschlossensein des Hinterliegergrundstücks anzunehmen sein, wenn die Eigentümer der übrigen Grundstücke nach den bestehenden tatsächlichen Verhältnissen schutzwürdig erwarten können, dass auch ein Grundstück, dessen Erschlossensein nach der baurechtlichen Situation zu verneinen wäre, in den Kreis der erschlossenen Grundstücke einbezogen wird und sich so die Beitragslast der übrigen Grundstücke vermindert. Eine dahingehende Erwartung ist dann schutzwürdig, wenn nach den tatsächlichen Verhältnissen im Zeitpunkt des Entstehens der sachlichen Beitragspflichten mit einer erschließungsbeitragsrechtlich relevanten Wahrscheinlichkeit typischerweise mit einer Inanspruchnahme der Anbaustraße (auch) durch das Hinterliegergrundstück gerechnet werden kann, die dessen Belastung mit einem Erschließungsbeitrag rechtfertigt (BVerwG, Urteile vom 15. Januar 1988 – 8 C 111.86 – juris, Rn. 18, und vom 30. Mai 1997 – 8 C 27.96 – juris, Rn. 9). Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn entweder das Hinterliegergrundstück zwar durch ein selbstständig bebaubares Anliegergrundstück desselben Eigentümers von der Erschließungsanlage getrennt, jedoch tatsächlich durch eine Zufahrt über dieses Grundstück mit der Anlage verbunden ist, oder wenn bei Eigentümeridentität Hinter- und Anliegergrundstück einheitlich genutzt werden (vgl. zuletzt BVerwG, Urteil vom 12. November 2014 – 9 C 4.13 – juris, Rn. 13). Soweit die frühere Rechtsprechung in Fällen der Eigentümerverschiedenheit eine schutzwürdige Erwartung schon dann angenommen hat, wenn das Hinterliegergrundstück durch eine tatsächliche, jedoch rechtlich nicht gesicherte Zufahrt mit der Anlage verbunden war, bedarf es nach der neueren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in diesen Fällen des Hinzutretens weiterer Umstände. Ein solcher kann etwa darin liegen, dass das Hinterliegergrundstück ausschließlich über die streitgegenständliche Anbaustraße an das Straßennetz angebunden ist (sogenanntes gefangenes Hinterliegergrundstück). In Entsprechung dazu kann ein besonderer Umstand aber auch darin gesehen werden, dass ein nicht an die Anbaustraße anliegendes, bereits anderweitig erschlossenes Grundstück auf Grund seiner tatsächlichen Nutzung, etwa im Hinblick auf starken Kunden- oder Lieferantenverkehr, auf das Vorhandensein einer weiteren, durch die streitgegenständliche Straße vermittelten Zufahrt nach den tatsächlichen Verhältnissen unabhängig von der baurechtlichen Beurteilung der Situation geradezu angewiesen ist (BVerwG, Urteil vom 7. März 2017 – 9 C 20.15 – juris, Rn. 41).

89 Im vorliegenden Fall sind die Grundstücke Flurstücke …, … und … durch die unmittelbar an die „…-straße" angrenzenden, anderen Eigentümern gehörenden Grundstücke von dieser Erschließungsstraße getrennt. Sie liegen unmittelbar an der Anbaustraße „…-weg" und erlangen durch sie ihre wegemäßige Erschließung (vgl. BVerwG, Urteil vom 26. September 1983 – 8 C 86.81 – juris, Ls. 1; VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 26. Juni 2012 – 2 S 3258/11 – juris, Rn. 35). Allerdings handelt es sich bei dem „…-weg" um eine Sackgasse, die in die „…-

straße" mündet. Die Erreichbarkeit dieser Grundstücke ist von der Inanspruchnahme des hier streitgegenständlichen Abschnitts der „…-straße" vollständig abhängig. Angesichts dieser tatsächlichen Verhältnisse treten besondere Umstände hinzu, kraft deren die Eigentümer der übrigen Grundstücke schutzwürdig erwarten können und dürfen, dass die genannten Grundstücke in den Kreis der erschlossenen Grundstücke einbezogen werden.

90 dd) Auch die Bestimmung der Nutzungsflächen durch die Beklagte ist nicht gänzlich ordnungsgemäß erfolgt.

91 (1) Ausgangspunkt bildet § 7 Abs. 1 EBS, nach dem die Nutzungsfläche eines Grundstücks sich durch Vervielfachung seiner Grundstücksfläche mit einem Nutzungsfaktor ergibt; das Ergebnis wird auf eine volle Zahl gerundet, wobei Nachkommastellen ab 0,5 auf die nächstfolgende volle Zahl aufgerundet und Nachkommastellen, die kleiner als 0,5 sind, auf die vorausgehende volle Zahl abgerundet werden. Für den vorliegenden Fall des unbeplanten Innenbereichs ist gemäß § 7 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 12 Abs. 1 Satz 1 und 2 EBS bei bebauten Grundstücken die Zahl der tatsächlich vorhandenen, bei unbebauten, aber bebaubaren Grundstücken die Zahl der auf den Grundstücken in der näheren Umgebung überwiegend vorhandenen Geschosse maßgebend, wobei als Geschosse Vollgeschosse im Sinne der Landesbauordnung Baden-Württemberg in der im Verteilungszeitpunkt (§ 6 Abs. 5) geltenden Fassung gelten.

92 Ergänzend gilt gemäß § 14 Abs. 1 EBS, dass für Grundstücke, die durch weitere voll in der Baulast der Gemeinde stehende Anbaustraßen erschlossen werden (zum Beispiel Eckgrundstücke, Grundstücke zwischen zwei Anbaustraßen), die nach den §§ 6 bis 13 ermittelte Nutzungsfläche des Grundstücks bei einer Erschließung durch zwei Anbaustraßen zur Hälfte, durch drei Anbaustraßen zu einem Drittel, durch vier und mehr Anbaustraßen mit dem entsprechend ermittelten Bruchteil zugrunde gelegt wird. Das Ergebnis wird auf eine volle Zahl gerundet; Nachkommastellen werden ab 0,5 auf die nächstfolgende volle Zahl aufgerundet und Nachkommastellen, die kleiner als 0,5 sind, werden auf die vorausgehende volle Zahl abgerundet.

93 (2) Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass die Berechnung der Beklagten zum Nutzungsfaktor grundsätzlich nicht zu beanstanden sind, allerdings mit Ausnahme derjenigen zum Grundstück Flurstück ….

94 Die Beklagte hat dieses Grundstück unter Hinweis auf § 11 Abs. 1 EBS mit einem Nutzungsfaktor von 1,00 in ihre Berechnung eingestellt. Die dort normierten Sonderregelungen für Grundstücke in beplanten Gebieten sind aber von vornherein nicht anwendbar, da das Grundstück im unbeplanten Innenbereich liegt.

95 Ausweislich der zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemachten Lichtbildaufnahmen ist in Ansehung von § 12 Abs. 1 Nr. 2 EBS festzustellen, dass in der näheren Umgebung eine Bebauung mit zwei Vollgeschossen vorherrscht. In der Folge ist auch für dieses Grundstück ein Nutzungsfaktor von 1,25 gemäß § 7 Abs. 3 Nr. 3 EBS anzusetzen.

96 ee) Der Erschließungsbeitrag berechnet sich damit wie folgt:

Flurstück	m²	Fläche gem. § 6 Abs. 2 Satz 3 EBS	Nutzungsfaktor	Nutzungsfläche	Nutzungsfläche gerundet	ggf. Eckgrundstücksermäßigung
…	954		1	954	954	954

…	414		1,25	518	518	130
…	516		1,25	645	645	323
…	516		1,25	645	645	323
…	930		1,25	1163	1163	582
…	694		1,25	868	868	434
…	790		1,25	988	988	494
…	1214	711	1,25	888,75	889	889
…	1628	907	1,25	1133,75	1134	1134
…	2524		1,25	3155	3155	1578
…	800		1	800	800	400
…	1266		1	1266	1266	633
…	845		1	845	845	423
Gesamt					13870	8297

Beitragsfähiger Gesamtaufwand				232.393,93 Euro
Beitragssatz je m²				28,00939255 Euro/m²
Erschließungsbeitrag für gesamtes Grundstück d Kl.				31.762,65115 Euro
454,18/1000-Miteigentumsanteile				14.425,9609 Euro

97 Die Beklagte hat die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts umgesetzt, nach der eine Belastungsobergrenze für sogenannte Mittelanlieger besteht. Hiernach darf die Anwendung einer Vergünstigungsregelung nicht dazu führen, dass die Eigentümer von Mittelgrundstücken infolge der Eckermäßigung mehr als das 1,5-fache des Betrags zahlen müssen, der auf diese Grundstücke bei einer vollen Belastung der mehrfach erschlossenen Grundstücke entfallen würde; bei Überschreiten dieser Grenze muss vielmehr die Gemeinde entsprechende Mehrbeträge selbst tragen (vgl. BVerwG, Urteil vom 30. Mai 1997 – 8 C 6.96 – juris, Rn. 31, m. w. N.).

98 Übertragen auf den vorliegenden Fall ergibt sich eine Ermäßigung zu Gunsten des Klägers, da eine Überschreitung von mehr als dem Eineinhalbfachen vorliegt:

Gerundete Nutzungsfläche ohne Eckgrundstücksermäßigung					13.870 m²
Beitragsfähiger Gesamtaufwand					232.393,93 Euro
Beitragssatz					16,75514996 Euro/m²
Faktor 1,5					1,5
Flurstück …	1628 m²	907 m²			28.500,51009 Euro

454,18/1000-Miteigentumsanteile			12.944,36167 Euro

99 II. Die Kostenentscheidung beruht auf § 155 Abs. 1 Satz 1 VwGO.

100 III. Die Kammer sieht gemäß § 167 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 VwGO davon ab, das Urteil wegen der Kosten für vorläufig vollstreckbar zu erklären.

Zitiervorschlag:
VG Karlsruhe Urt. v. 13.12.2022 – 12 K 732/22, BeckRS 2022, 43179

BeckRS 2022, 30942

VG Magdeburg (7. Kammer), Urteil vom 19.09.2022 – 7 A 660/20 MD

Titel:
Festsetzung von Abfallgebühren
Normenketten:
GG Art. 3 Abs. 1
VwGO § 55a, § 86 Abs. 1 S. 1, § 92, § 113, § 154 Abs. 1, § 158 Abs. 2, § 161, § 162 Abs. 2 S. 2, § 173 S. 1
LSA KAG § 2 Abs. 2, § 5 Abs. 1 u. 2
LSA AbfG § 4, § 6 Abs. 1
GKG § 52 Abs. 3
ZPO § 282 Abs. 2, § 283, § 708 Nr. 11, § 711
BMG § 3 Abs. 1 u. 2
KrWG § 17 Abs. 1
Amtliche Leitsätze:
1. Die rückwirkende Inkraftsetzung einer Abfallgebührensatzung ist dann nach § 2 Abs. 2 S. 4 KAG-LSA rechtlich unbedenklich, wenn sich die gebührenerhebende Körperschaft im Vergleich zu der wirksamen Vorgängersatzung mit der neuen Satzung keine Mehreinnahmen verschaffen kann. (Rn. 53)
2. Das Gericht hält an seiner Rechtsauffassung, dass bei der Erstellung der Gebührenkalkulation nicht allein die tatsächlich angeschlossenen Grundstücke maßgeblich sind, auf denen Abfälle zur Beseitigung aus privaten Haushalten oder anderen Herkunftsbereichen als privaten Haushalten anfallen, sondern vielmehr der Kreis der normativ Anschlusspflichtigen zu berücksichtigen ist, fest. (Rn. 37) (Rn. 37 und 39)
3. Bei der Erstellung einer Gebührenkalkulation für zurückliegende Zeiträume ist die Behörde gehalten, Grundstücke auf ihre seinerzeitige Anschlusspflicht hin zu über-prüfen und realitätsnahe Zahlen zu ermitteln. Dabei genügen die Heranziehung von Veranlagungsdatenbanken und konkrete Nachfragen bei einer erkannten Unplausibilität im Einzelfall den Anforderungen an eine ausreichende Ermittlung. Möglich ist dabei auch, auf Datenbanken des Statistischen Landesamtes zuzugreifen. Über das Maß der Zumutbarkeit hinaus sind hingegen keine Ermittlungen anzustellen. (Rn. 44)
4. Die Annahme eines Mindestentleerungsvolumens i.H.v. 180 l je Einwohnergleichwert und Jahr begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Dieser Wert liegt nach allgemein zugänglichen Quellen noch unterhalb

der in Deutschland durchschnittlich anfallenden Restabfallmenge je Person und Jahr.
5. Einem Beteiligten ist eine Schriftsatzfrist zur Stellungnahme nach § 173 S. 1 VwGO i.V.m. § 283 ZPO auf Antrag in der mündlichen Verhandlung nicht einzu-räumen, wenn dieser bereits vor dem Termin der mündlichen Verhandlung den Einwand selbst erhoben hat und sich die Gegenseite eine Woche vor dem Termin mit neuem Vorbringen dagegen verteidigt. In diesen Fällen ist anzunehmen, dass der Beteiligte in der Lage ist, spätestens im Termin der mündlichen Verhandlung auf das Vorbringen der Gegenseite zu erwidern.

Rechtsgebiete:

Sonstiges besonderes Verwaltungsrecht, Verwaltungsverfahren und -prozess

Schlagworte:

Abfallgebühren, Abfallgebührensatzung, Gebührenkalkulation, Restabfall, Mindestentleerungsvolumen, Umrechnungsfaktor, Schlechterstellungsverbot, Schriftsatzfrist, Erwiderungsrecht, Benutzungszwang, Anschlusszwang, Amtsermittlungspflicht, Abfallentsorgung, Festsetzung, von Amts wegen, Vollziehung, Vergleich, Satzung, Mieter, angeschlossener Grundstück, Prognose, Einwohnerzahlen, Bevölkerungsprognose, Bioabfallentsorgung, Eigenkompostierung

ECLI:

ECLI:DE:VGMAGDE:2022:0919.7A660.20.00

Rechtskraft:

unbekannt

Tenor:

Das Verfahren wird eingestellt, soweit die Beteiligten den Rechtsstreit für erledigt erklärt haben. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Verfahrens tragen die Klägerin und der Beklagte jeweils zur Hälfte.

Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar. Der jeweilige Vollstreckungsschuldner kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der jeweilige Vollstreckungsgläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Tatbestand:

1 Die Klägerin wendet sich nunmehr nur noch gegen die endgültige Festsetzung von Abfallgebühren für den Erhebungszeitraum vom 01.01.2019 bis 31.12.2019.

2 Die Klägerin ist Eigentümerin des an die Abfallentsorgung des Beklagten angeschlossenen Grundstücks und betreibt dort ein Kieswerk.

3 Mit Bescheid vom 24.04.2020 setzte der Beklagte gegenüber der Klägerin für den Erhebungszeitraum 2019 endgültig Abfallgebühren in Höhe von 42,65 € (Nr. 1) und für den Erhebungszeitraum 2020 vorläufig Abfallgebühren in Höhe von 51,29 € (Nr. 2) fest. Wegen bereits gezahlter Abschläge für den Erhebungszeitraum 2019 wurden insgesamt Abfallgebühren in Höhe von 49,30 € festgesetzt. Der Festsetzung lagen die Abfallgebührensatzung 2019 sowie die Abfallgebührensatzung 2020 des Beklagten jeweils in der Fassung vom 19.03.2020

zugrunde. Bei der Berechnung für den Erhebungszeitraum 2019 ging der Beklagte von einem Einwohnergleichwert 1 sowie insgesamt 4 Entleerungen des 60-l-Restabfallbehälters aus. Ein Einwohnergleichwert entspreche einer Grundgebühr in Höhe von 33,77 € und eine Entleerung einer Gebühr in Höhe von 2,22 €, weshalb sich ein Betrag in Höhe von 42,65 € ergebe.

4 Gegen diesen Bescheid erhob die Klägerin am 25.05.2020 Widerspruch und bezog sich zur Begründung auf die rechtskräftige Entscheidung des VG Magdeburg vom 15.08.2019 (u.a. Az. 7 A 228/18 MD). Unter Berücksichtigung der dortigen Ausführungen beruhe der Bescheid auf einem Kalkulationsfehler und damit auf einem Satzungsfehler. Weiterhin seien ca. 30.000 Einwohner nicht an die Bioabfall- und mehrere tausend Bürger, welche über eine Nebenwohnung verfügen würden, nicht an die Restabfallentsorgung angeschlossen.

5 Auf Antrag der Klägerin setzte der Beklagte mit Bescheid 03.06.2020 die Vollziehung des Bescheides vom 24.04.2020 aus.

6 Mit Widerspruchsbescheid vom 09.11.2020 wies der Beklagte den Widerspruch zurück und führte zur Begründung aus, die von der Klägerin in der Widerspruchsbegründung benannten Urteile des VG Magdeburg würden sich ausdrücklich auf den rechtswidrigen Kalkulationszeitraum 2017 bis 2019 beziehen. Der angefochtene Bescheid beruhe jedoch auf den neu erlassenen Abfallgebührensatzungen 2019 und 2020 und den hierauf basierenden Neukalkulationen. Der Mangel für das Jahr 2019 sei aufgrund der Neukalkulation geheilt worden, weshalb im Ergebnis die vorgetragenen Argumente gegenstandslos seien. Die Aussage der Klägerin, dass ca. 30.000 Einwohner nicht an die Bioabfallentsorgung und mehrere tausend Bürger, die über einen Nebenwohnsitz im Landkreis C. verfügen würden, nicht an die öffentliche Abfallentsorgung angeschlossen seien, sei unzutreffend. Die Rechtmäßigkeit der Abfallgebührensatzung hänge nicht vom tatsächlichen Anschluss oder Nichtanschluss ab. Vielmehr sei die prognostisch ermittelte Anzahl der Anschlusspflichtigen als Berechnungsgrundlage in die Gebührenkalkulation aufzunehmen. Die in den Kalkulationen für die Jahre 2019 und 2020 verwendeten Einwohnerzahlen würden auf einer sachgerechten Prognose der Einwohnerzahlen inklusive der zu veranlagenden Nebenwohnsitzbewohner unter Verwendung der aktuellen Zahlen des Statistischen Bundesamtes, der 6. Regionalen Bevölkerungsprognose 2014 bis 2030 des Landes Sachsen-Anhalt und Kenntnissen des Beklagten zu den Nebenwohnsitzen beruhen. Die in der Abfallbilanz zu findenden Einwohnerzahlen seien stichtagsbezogene Angaben. Die Angaben des Statistischen Landesamtes, zum Jahresende 31. Dezember eines jeden Jahres, würden die Grundlage der in der Gebührenkalkulation angegebenen Einwohnerzahlen bilden. Die eingearbeiteten Daten würden auf einen Mittelwert des Jahres interpoliert und um die Nebenwohnsitze ergänzt werden.

7 Dagegen hat die Klägerin am 16.11.2020 Klage erhoben und unter Wiederholung und Vertiefung ihres Vorbringens aus dem Widerspruchsverfahren zur Begründung weiter ausgeführt, in der Kalkulation würde im Unterflursystem statt 5.000 l Fassungsvermögen für die großen Unterflurbehälter lediglich ein Wert von 3.100 l angesetzt werden. Dies führe dazu, dass alle anderen Gebührenzahler diesen Rabatt, von dem lediglich die Stellen einer Wohnungsbaugesellschaft profitieren würden, mit bezahlen müssten. Für die vom Beklagten vorgenommenen Berechnungen zum durchschnittlichen Volumen der Unterflursysteme gebe es kein

Regelwerk, welches diese Vorgehensweise vorsehe. Bei der Berechnung des Füllvolumens sei auch die Einwurfsart zu berücksichtigen, beispielsweise der Einwurf in einem Sack oder einzeln. Dies sei vorliegend nicht geschehen.

8 Abgesehen davon seien 3.608 Bürger, welche über eine Nebenwohnung verfügen würden, nicht angeschlossen. Insgesamt seien auch weiterhin 2.517 Einwohner (2019) bzw. 2.699 (2020) nicht angeschlossen und würden nicht in die Kalkulation einbezogen. Die Einwohner von Nebenwohnungen seien in den Kalkulationsunterlagen nirgendwo genannt. Aus diesem Grund sei die Kalkulation im Bereich der normativ Anschlusspflichtigen fehlerhaft.

9 Im Hinblick auf die nicht an die Bioabfallentsorgung angeschlossenen Grundstücke sei noch zu berücksichtigen, dass bis zum 25.08.2021 lediglich 1.346 Anträge auf Eigenkompostierung bei dem Beklagten gestellt worden seien. Daraus ergebe sich für das hier fragliche Gebührenjahr eine Nichtberücksichtigung normativ Anschlusspflichtiger in Höhe von ca. 27.000 Einwohnern. Diejenigen, die nicht selbst kompostieren könnten, seien an die Bioabfallentsorgung anzuschließen. Eine Satzung und Kalkulation, die dies nicht berücksichtige, sei im Ergebnis rechtsfehlerhaft und könne keine taugliche Ermächtigungsgrundlage sein.

10 Auch aus der Kalkulation für den Zeitraum vom 01.01.2021 bis 31.12.2022 würde sich ergeben, dass tausende normativ Anschlusspflichtige bis heute nicht angeschlossen seien. Dort sei für das Jahr 2019 eine Einwohnerzahl in Höhe von 112.860 und für das Jahr 2020 in Höhe von 111.731 angegeben. Diese Statistik habe der Beklagte selbst aufgestellt. Auch deshalb sei die Kalkulation offensichtlich rechtswidrig.

11 Nach einer Studie des Umweltbundesamtes aus den Jahren 2019/2020 würde je Einwohner und Jahr Restabfall in Höhe von ca. 128 kg im Haushalt anfallen. Der Beklagte habe seiner Kalkulation für eine Person 3 Mindestentleerungen pro Jahr á 60 l zugrunde gelegt. Da laut der Studie mit 39,9% nativ-organische Abfälle (Bioabfall) Hauptbestandteil der Restabfallmenge und diese getrennt zu sammeln seien, reduziere sich die Restabfallmenge um diesen Anteil in Höhe von ca. 50,3 l, wenn man davon ausgehe, dass einem Liter Restabfall einem Kilogramm Gewicht entspreche. Im Gebiet des Beklagten falle danach nur ca. 77,7 l Restabfall pro Bürger an und nicht 180 l, wie vom Beklagten in seiner Gebührenkalkulation angenommen. Demnach dürften max. 2 Pflichtentleerungen mit jeweils 60-l-Restabfallbehältern in die Kalkulation einfließen. Nach der Regelung des Beklagten würden die Bürger einen Gebührenanteil von mindestens einer 60-l-Restabfalltonne zu viel entrichten. Ausgehend von einer Leerungsgebühr in Höhe von 2,22 € pro Person und 112.860 Einwohnern ergebe dies im streitgegenständlichen Zeitraum einen Betrag in Höhe von 250.000 €. In diesem Zusammenhang sei auch zu berücksichtigen, dass die Bürger die Behälter nicht in dem Maße befüllen könnten, weil Restabfall nicht in dieser Höhe anfalle. Um das Behältervolumen dennoch auszunutzen, sei anzunehmen, dass andere Abfälle unrechtmäßig mit verfüllt werden würden. Insoweit sei auch die Kalkulation offenkundig fehlerhaft.

12 Die Klägerin hat ursprünglich beantragt,

den Bescheid des Beklagten vom 24.04.2020 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 09.11.2020 aufzuheben.

13 Nachdem der Beklagte mit Bescheid vom 03.03.2021 die Abfallgebühren für den Erhebungszeitraum 01.01.2020 bis 31.12.2020 endgültig in Höhe von 48,80 € festgesetzt hat, haben die Beteiligten mit Schriftsätzen vom 05.03.2022 und

22.04.2022 den Rechtsstreit für erledigt erklärt, soweit dieser die Rechtmäßigkeit der Abschlagszahlung für das Gebührenjahr 2020 zum Streitgegenstand hatte.

14 Im Hinblick auf die noch zu treffende Kostenentscheidung nach § 161 Abs. 2 S. 1 VwGO bezieht sich die Klägerin auf die Ausführungen des Gerichts in dem Urteil vom 13.01.2022 (Az. 7 A 678/20 MD). Danach habe der Beklagte diesen Teil der Kosten des Verfahrens zu tragen, da die Abfallgebührensatzung 2020 gegen das Schlechterstellungsverbot verstoße und damit rechtswidrig sei.

15 Die Klägerin beantragt nunmehr,

die Ziffer 1 des Bescheides des Beklagten vom 24.04.2020 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 09.11.2020 aufzuheben.

16 Der Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

17 Er tritt der Klage unter Bezugnahme auf die Ausführungen im Widerspruchsverfahren sowie die Ausführungen des Gerichts in dem Urteil vom 13.01.2022 (Az. 7 A 678/20 MD) zur Kalkulation der Abfallgebührensatzung 2019 entgegen. Zur weiteren Begründung führt der Beklagte aus, unabhängig von der Frage, ob nicht an die Abfallentsorgung angeschlossene, aber eigentlich anzuschließenden Grundstücke (sog. „normativ Anschlusspflichtige") tatsächlich bei der Kalkulation der Abfallgebühren einzubeziehen seien, habe der Landkreis infolge der Urteile des Gerichts vom 15.08.2019 insoweit erhebliche Ermittlungen zur Zahl der anschlusspflichtigen Kleingartenanlagen angestellt. Beispielsweise seien die kreisangehörigen Einheits- und Verbandsgemeinden gebeten worden, im Wege der Amtshilfe Daten über Anzahl, Lage und Eigentümer kleingärtnerisch genutzter Grundstücke zu übermitteln. Zu den Daten der in Vereinen organisierten Kleingartenanlagen seien die Daten von Kleingartenanlagen, die nicht in Vereinen organisiert sein, hinzugekommen. Aus der Stadt C. und der Verbandsgemeinde E. habe es hierzu genaue Auskünfte gegeben. Aufgrund dieser und der angenommenen Übertragbarkeit auf die anderen Gemeinden des Landkreises sei mit Datenstand 21.11.2019 eine Schätzung mittels Hochrechnung für die in den weiteren Gemeinden des Landkreises zu erwartenden Kleingartenparzellen erfolgt. Insoweit sei keine fehlerhafte Maßstabsbildung anzunehmen.

18 Soweit die Klägerin rüge, Einwohner seien nicht an die Bioabfallentsorgung angeschlossen, weshalb die Kalkulation fehlerhaft sei, verkenne diese dabei, dass bei Bioabfall wegen der fehlenden Überlassungspflicht bei Eigenkompostierung kein Anschlusszwang bestehe, so dass bereits auf der Ebene der Durchsetzung eines Anschlusszwanges keine Ungleichbehandlung angenommen werden könne. Ob Grundstücke zusätzlich an die Bioabfallentsorgung angeschlossen seien oder nicht, entscheide nicht über ihre Gebührenpflicht und sei nicht relevant für die Ermittlung der für die Grundgebühr maßgeblichen Einwohnergleichwerte. Aus diesem Grund könnten die Ausführungen des Gerichts in dem Urteil vom 15.08.2019 nicht auf die Bioabfallentsorgung übertragen werden.

19 Auch die Festlegung eines Mindestbehältervolumens sei zulässig. Dabei müsse das Mindestvolumen nicht von vornherein auf das absolut erreichbare Minimum festgelegt werden, weil dem Einrichtungsträger bei der Festlegung des Behältervolumens zugestanden werden müsse, einer illegalen Abfallentsorgung entgegenzuwirken. Das von dem Beklagten angenommene Mindestvolumen je Woche und Person liege unter der in der Rechtsprechung anerkannten Höhe von 10 l je Person und Woche. Darüber hinaus gehe die Klägerin fehl in der Annahme, dass

1 kg Restabfall einem Volumen von 1 l entspreche. In der Praxis würden als Umrechnungsfaktor bei losem Hausmüll unterschiedliche Umrechnungsfaktoren angewandt werden. Der Faktor schwanke zwischen 5,64 l je 1 kg und 10 l je 1 kg.

20 Im Hinblick auf die noch zu treffende Kostenentscheidung für den erledigt erklärten Teil des Verfahrens sei dem Gericht in seinem Urteil vom 13.01.2022 nicht zuzugeben, die Abfallgebührensatzung 2020 verstoße gegen das Schlechterstellungsverbot aus § 2 Abs. 2 S. 4 KAG-LSA. Mit der Regelung in § 4 Abs. 1 Nr. 1 Abfallgebührensatzung 2020 werde die Regelung in § 4 Abs. 1 Nr. 1 Abfallgebührensatzung in der Fassung vom 13.12.2018 ersetzt, welche für das Gebührenjahr 2020 eine Grundgebühr in Höhe von 39,90 € vorgesehen habe. Die Grundgebühr für das Jahr 2020 belaufe sich auf 39,44 € und sei daher geringer als nach der Vorgängersatzung. Insoweit ergebe sich eine Besserstellung für die Gebührenschuldner. Die Abfallgebührensatzung 2019 trete nach § 10 der Abfallgebührensatzung 2020 gleichzeitig mit Inkrafttreten der Abfallgebührensatzung 2020 außer Kraft. Der Zeitraum, für den die Gebührensatzungen jeweils Geltung beanspruchen würden, würde sich daher nicht überschneiden. Der Bekanntmachung der Abfallgebührensatzung 2019 sei ein Sinn beizumessen, ohne dass ihre Geltung für eine juristische Sekunde im Jahr 2020 angenommen werden müsste. Die Regelung zum Schlechterstellungsverbot sei zudem schon ihrem Wortlaut nach nur anwendbar, wenn die Gesamtheit der Abgabepflichtigen schlechter gestellt werde, weil eine Satzung durch eine rückwirkend erlassene Satzung ersetzt werde. Die Abfallgebührensatzung 2020 habe nicht die Abfallgebührensatzung 2019 ersetzt. Sie knüpfe zwar an die mit ihrem Inkrafttreten außer Kraft getretene Satzungsregelung nahtlos an, ohne aber einen Zeitraum zu erfassen, der durch die Abfallgebührensatzung 2019 geregelt wäre. Ferner gelte das Schlechterstellungsverbot von vornherein nicht, wenn ohne die Gebührenerhöhung gegen das Kostendeckungsverbot verstoßen werden würde. Dies wäre hier der Fall, wenn man den Gebührensatz aus 2019 auch für 2020 anwenden würde. Denn die bei Beschlussfassung vorliegende Kalkulation für 2020 habe höhere Gebührensätze ausgewiesen als für 2019. Das Schlechterstellungsverbot solle außerdem nur verhindern, dass die Kommunen einen im Nachhinein erkannten Fehler nutzen würden, um sich Mehreinnahmen im Vergleich zu der ersetzten Regelung zu verschaffen. Bei gleichzeitig beschlossenen und veröffentlichten Satzungen werde, selbst wenn die Abfallgebührensatzung 2019 eine juristische Sekunde im Jahr 2020 gegolten hätte, kein erkannter Fehler genutzt, um sich im Nachhinein Mehreinnahmen zu verschaffen. Abgesehen davon wäre es allenfalls für den Zeitraum von einer Sekunde der parallelen Geltung im Jahr 2020 durch die Rückwirkung zu Mehreinnahmen gekommen, die betragsmäßig kaum messbar wären.

21 Wegen des weiteren Sachverhalts wird auf die Gerichtsakte sowie den beigezogenen Verwaltungsvorgang des Beklagten Bezug genommen. Diese Unterlagen waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung und Beratung des Gerichts.

Entscheidungsgründe:

22 Das Verfahren war in entsprechender Anwendung des § 92 Abs. 3 S. 1 VwGO einzustellen, nachdem die Beteiligten den Rechtsstreit übereinstimmend für erledigt erklärt haben, soweit mit dem streitgegenständlichen Bescheid gegenüber der Klägerin vorläufig Gebühren für die Abfallentsorgung in der Zeit vom

01.01.2020 bis 31.12.2020 festgesetzt wurden.

23 Die im Übrigen noch anhängige Klage hat keinen Erfolg. Sie ist zulässig, aber unbegründet.

24 Der Bescheid des Beklagten vom 24.04.2020 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 09.11.2020 über die endgültige Festsetzung von Abfallgebühren für die Zeit vom 01.01.2019 bis 31.12.2019 ist rechtmäßig und verletzt die Klägerin nicht in ihren Rechten (vgl. § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO). Er war daher nicht aufzuheben.

25 Rechtsgrundlage für die Erhebung von Abfallgebühren ist §§ 4 und 6 Abfallgesetz des Landes Sachsen-Anhalt (AbfG LSA) in der Fassung vom 01.02.2010 (GVBl. 2010, 44), zuletzt geändert durch Gesetz vom 10.12.2015 (GVBl. 2015, 610) i.V.m. §§ 2 Abs. 1 und 2, 5 Kommunalabgabengesetz des Landes Sachsen-Anhalt (KAG-LSA) in der Fassung der Bekanntmachung vom 13.12.1996 (GVBl. LSA 1996, 405), zuletzt geändert durch Gesetz vom 15.12.2020 (GVBl. LSA 2020, 712) i.V.m. §§ 4 Abs. 1, 23 der Satzung über die Abfallentsorgung für den Landkreis C. (Abfallentsorgungssatzung) in der Fassung vom 01.03.2018 (Amtsblatt für den Landkreis C. vom 14.03.2018, Nr. 9, S. 41 ff.) i.V.m. §§ 1 S. 1, 2 Abs. 1 S. 1, 3,4 Abs. 1, 5 Abs. 1, 6 der Satzung über die Erhebung von Gebühren für die Abfallentsorgung im Landkreis C. 2019 (Abfallgebührensatzung) in der Fassung vom 19.03.2020 (Amtsblatt für den Landkreis C. vom 05.04.2020, Nr. 14, S. 57 ff.). Danach werden vom Gebührenschuldner für die Inanspruchnahme der öffentlichen Abfallentsorgung des Landkreises und zur Deckung der Kosten für die Durchführung der Abfallentsorgung einschließlich der damit verbundenen abfallwirtschaftlichen Maßnahmen Gebühren nach dem satzungsrechtlich festgelegten Gebührenmaßstab und festgelegten Gebührensätzen erhoben. Die Gebührenpflicht entsteht mit dem Tag des Anschlusses an die öffentliche Abfallentsorgung durch Bereitstellung der Abfallbehälter.

26 Der Umstand, dass die Abfallgebührensatzung gemäß deren § 10 rückwirkend zum 01.01.2019 in Kraft getreten ist und damit gleichzeitig die Abfallgebührensatzung vom 13.12.2018 (Amtsblatt für den Landkreis C. vom 30.01.2019, Nr. 4) außer Kraft getreten ist, begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Gemäß § 2 Abs. 2 S. 1 KAG-LSA können Satzungen nur innerhalb der verfassungsrechtlichen Grenzen rückwirkend erlassen werden. Nach S. 2 kann eine Satzung insbesondere rückwirkend erlassen werden, wenn sie ausdrücklich eine Satzung ohne Rücksicht auf deren Wirksamkeit ersetzt, die eine gleiche oder gleichartige Abgabe regelte. Ein solcher Fall liegt hier vor, da Regelungsgegenstand der bisher geltenden Satzung sowie der diese ersetzende Satzung die Erhebung von Gebühren für die Abfallentsorgung war bzw. ist. Um den Anforderungen des § 2 Abs. 2 S. 2 KAG-LSA gerecht zu werden, ist erforderlich und auch ausreichend, dass die satzungsrechtliche Bestimmung unmissverständlich deutlich macht, dass die ersetzende Satzung anstelle des bis zu ihrer Verkündung geltenden Satzungsrechts Geltung auch für die Vergangenheit beansprucht (vgl. OVG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 31.03.2000 - 1 K 12/00 - zitiert nach juris). In der Regelung des § 10 Abfallgebührensatzung kommt unmissverständlich zum Ausdruck, dass das gesamte im Jahr 2019 geltende Abfallgebührenrecht rückwirkend zum 01.01.2019 durch die Satzung vom 19.03.2020 ersetzt werden soll. Vernünftige Zweifel darüber, welches Satzungsrecht ab dem 01.01.2019 Geltung beanspruchen sollte, sind deshalb nicht gerechtfertigt und werden auch von der Klägerin nicht

vorgetragen. Mit der Rückwirkung der Satzung zum 01.01.2019 liegt auch kein Verstoß gegen § 2 Abs. 2 S. 4 KAG-LSA vor, weil diese Bestimmung auf die rückwirkende Ersetzung unwirksamer Satzungen keine Anwendung findet (vgl. OVG Sachsen-Anhalt, Urteile vom 08.10.2015 - 4 L 57/14 -, vom 11.09.2012 - 4 L 155/09 - und Beschluss vom 17.12.2007 - 4 L 275/07 -; alle zitiert nach juris). Bei § 2 Abs. 2 S. 4 KAG LSA steht nicht der Schutz der Abgabenpflichtigen im Vordergrund, sondern die abgabenerhebende Körperschaft soll lediglich gehindert werden, sich durch nachträgliche Satzungsänderungen über eine rückwirkende Anordnung Mehreinnahmen zu verschaffen, als ihr nach der bisherigen Satzung zustehen würden. Zu solchen verbotenen Mehreinnahmen gegenüber einem früheren Zustand kann es nicht kommen, wenn die frühere Satzung nichtig war und deshalb keine Grundlage bilden konnte, um Abgaben zu erheben (vgl. OVG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 16.06.2021 - 4 M 28/21 - nicht veröffentlicht). Ein solcher Fall liegt hier vor. Mit Urteil vom 15.08.2019 (Az. 7 A 228/18 MD) hat die Kammer entschieden, dass sich die Vorgängersatzung des Beklagten (Abfallgebührensatzung in der Fassung vom 13.12.2018), die auch auf das Gebührenjahr 2019 Anwendung finden sollte, als insgesamt nichtig erweist. Aus diesem Grund konnte die Vorgängersatzung auch nicht die Grundlage für die Erhebung von Abfallgebühren für das Gebührenjahr 2019 bilden.

27 Die von der Klägerin vorgebrachten Einwände gegen die der hier maßgeblichen Abfallgebührensatzung zu Grunde liegende Gebührenbedarfsberechnung führen nicht zu der Annahme der Rechtswidrigkeit des streitgegenständlichen Bescheides, denn die vorgebrachten Mängel sind nicht geeignet, daraus einen Verstoß der ermittelten Gebührensätze gegen das Kostenüberschreitungsverbot nach § 5 Abs. 1 S. 2 HS 1 KAG-LSA herzuleiten.

28 Nach § 6 Abs. 1 AbfG LSA erheben die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger für die Leistungen der kommunalen Abfallentsorgung auf der Grundlage von Satzungen nach den Vorschriften des Kommunalabgabengesetzes und unter Beachtung der nachfolgenden Absätze Gebühren, soweit nicht ein privatrechtliches Entgelt gefordert wird. Der Beklagte betreibt die öffentliche Abfallentsorgung gem. § 1 Abs. 2 Abfallentsorgungssatzung als eine öffentliche Einrichtung. Nach § 5 Abs. 1 S. 2 KAG LSA soll das Gebührenaufkommen die Kosten der Einrichtung decken, jedoch nicht überschreiten. Die Kosten der Einrichtungen sind gemäß § 5 Abs. 2 KAG-LSA nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen zu ermitteln. Dies erfolgt im Rahmen einer Gebührenkalkulation, welche der Abfallgebührensatzung zugrunde liegt.

29 Die Gebührenkalkulation ist der Berechnungsvorgang zur Bestimmung der Gebührensätze. Erforderlich ist dabei die Ermittlung der voraussichtlich anfallenden ansatzfähigen Kosten und der voraussichtlichen Anzahl der maßstabsbezogenen Einheiten. Da die im Rahmen einer Vorabentscheidungskalkulation zugrunde gelegten ansatzfähigen Kosten sowie die zugrunde gelegte Zahl der Leistungseinheiten letztlich zumindest teilweise auf Schätzungen, Prognosen und Werturteilen beruhen, kann bei der Überprüfung der Kalkulation auch nur der Wissensstand zum Zeitpunkt ihrer Erstellung zugrunde gelegt werden. Die gerichtliche Kontrolle eines Gebührensatzes ist insofern lediglich eine Rechtmäßigkeitsüberprüfung und beschränkt sich darauf, ob der festgelegte Gebührensatz im Ergebnis mit höherrangigen Recht vereinbar ist. Dem kommunalen Satzungsgeber steht bei der Kalkulation ein Prognosespielraum zu,

der gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar ist. Die Prognose kann insofern gerichtlich nur darauf überprüft werden, ob im Zeitpunkt der Billigung der Gebührenkalkulation durch den Satzungsgeber die Berechnungsfaktoren vertretbar angenommen werden konnten (vgl. BVerwG, Urteil vom 17.04.2002 - 9 CN 1.01- zitiert nach juris). Der Gebührensatz für die einzelne Maßstabseinheit ergibt sich aus der Teilung der ansatzfähigen Gesamtkostenmasse durch die Anzahl der Maßstabseinheiten (vgl. insgesamt dazu: Hessischer VGH, Beschluss des Senats vom 10.05.2012 - 5 C 3180/09.N - zitiert nach juris; Wagner in: Driehaus, Kommunalabgabenrecht, Stand: September 2018, § 6 Rn. 676). Der Ermittlung der Kosten kann ein mehrjähriger Kalkulationszeitraum zugrunde gelegt werden, der drei Jahre allerdings nicht überschreiten soll (§ 5 Abs. 2b S. 1 KAG LSA). Der Beklagte hat als Satzungsgeber seiner Kalkulation einen Zeitraum vom 01.01.2019 bis 31.12.2019 zugrunde gelegt.

30 Gemessen daran verstößt die Gebührenkalkulation nicht gegen höherrangiges Recht, insbesondere nicht gegen den Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG, weil der Beklagte ausreichende Ermittlungen über die Anschlusspflichtigen aus privaten Haushalten bzw. anderen Herkunftsbereichen angestellt und es daher auch nicht willentlich unterlassen hat, gegenüber 2.517 Einwohnern aus privaten Haushalten und 3.608 Einwohnern mit einem Nebenwohnsitz im Geltungsbereich des Beklagten den Anschluss- und Benutzungszwang an die öffentliche Abfallentsorgung durchzusetzen (dazu unter 1.). Auch der Einwand der Klägerin, 27.000 Einwohner seien nicht an die Bioabfallentsorgung angeschlossen, führt nicht zur Rechtswidrigkeit der Gebührenkalkulation (dazu unter 2.). Der Beklagte ist in seiner Gebührenkalkulation in rechtlich nicht zu beanstandender Weise von einem Mindestrestabfallbehältervolumen in Höhe von 180 l je Einwohner und Jahr ausgegangen (dazu unter 3.). Die Gebührenkalkulation erweist sich auch nicht deshalb als rechtswidrig, weil der Beklagte im Rahmen der Unterflursysteme mit einem Fassungsvermögen von 5.000 l lediglich 3.100 l in die Berechnung des Abfallaufkommens eingestellt hat (dazu unter 4.).

31 1. Der Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG bedeutet für den Gesetzgeber die allgemeine Weisung, bei steter Orientierung am Gerechtigkeitsgedanken Gleiches gleich, Ungleiches seiner Eigenart entsprechend verschieden zu behandeln (vgl. BVerfG, Urteil vom 17.12.1953 - 1 BvR 147/52 - BVerfGE 3, 58/135). Dies gilt jedoch nicht unter allen Umständen, sondern nur, wenn die Gleichheit oder Ungleichheit der Sachverhalte so bedeutsam sind, dass ihre Beachtung unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten geboten erscheint (vgl. BVerfG, Beschluss vom 22.01.1959 - 1 BvR 154/55 - BVerfGE 9, 124/129 f.). Dabei ist dem Gesetzgeber in den Grenzen des Willkürverbots weitgehende Gestaltungsfreiheit zuzugestehen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 01.07.1964 - 1 BvR 375/62 - BVerfGE 18, 121/124). Ob er im Einzelnen die zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechteste Lösung gefunden hat, ist angesichts dessen nicht zu prüfen (vgl. BVerwG, Urteil vom 16.09.1981 - 8 C 48.81 - und Beschluss vom 25.03.1985 - 8 B 11.84 - beide zitiert nach juris). Dies gilt auch für die das Abgabenrecht beherrschende Ausprägung des Art. 3 Abs. 1 GG als Grundsatz der Abgabengerechtigkeit (vgl. BVerfG, Urteil vom 22.05.1963 - 1 BvR 78/56 - BVerfGE 16, 147/185 und Beschluss vom 17.01.1957 - 1 BvL 4/54 - BVerfGE 6, 55/70). Durchbrechungen des Gleichheitssatzes durch Typisierungen und Pauschalierungen können - insbesondere bei der Regelung von Massenerscheinungen - durch Erwägungen der Verwaltungsvereinfachung und -

praktikabilität gerechtfertigt sein (vgl. BVerfG, Beschluss vom 19.04.1977 - 1 BvL 17/75 - BVerfGE 44, 283/288 und Beschluss vom 28.01.1970 - 1 BvL 4/67 - BVerfGE 27, 375/387; BVerwG, Urteil vom 16.09.1981, a.a.O.), solange die durch jede typisierende Regelung entstehende Ungerechtigkeit noch in einem angemessenen Verhältnis zu den erhebungstechnischen Vorteilen der Typisierung steht (vgl. BVerfG, Urteil vom 20.12.1966 - 1 BvR 320/57, 70/63 - BVerfGE 21, 12/27f. und Beschluss vom 26.04.1978 - 1 BvL 29/76 - BVerfGE 48, 227/239) und die Zahl der „Ausnahmen" gering ist (BVerwG, Urteile vom 16.09.1981, a.a.O., und vom 01.08.1986 - 8 C 112.84 - sowie Beschluss vom 19.09.1983 - 8 N 1.83 - beide zitiert nach juris). Die Grenze liegt dort, wo ein sachlich einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung wesentlich gleicher oder die gesetzliche Gleichbehandlung wesentlich ungleicher Sachverhalte auch mit Blick auf die Verwaltungsvereinfachung fehlt (vgl. BVerwG, Urteil vom 25.08.1982 - 8 C 182.81 - zitiert nach juris; BVerfG, Beschlüsse vom 16.06.1959 - 2 BvL 10/59 - BVerfGE 9, 334/337 und vom 14.04.1964 - 2 BvR 69/62 - BVerfGE 17, 319/330).

32 Gemäß §§ 1 S. 1, 4 Abs. 1 Nr. 1 und 2 Abfallgebührensatzung erhebt der Beklagte für die Inanspruchnahme und zur Deckung der Kosten der öffentlichen Einrichtung „Abfallentsorgung" neben Grundgebühren auch Leerungsgebühren nach der Zahl der Leerungen und der Größe des Restabfallbehälters. Die Grundgebühr beträgt gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 1 Abfallgebührensatzung 33,77 € je Einwohnergleichwert und Jahr. Dieser von dem Beklagten im Wege einer Kalkulation ermittelte Gebührensatz für die Grundgebühr wird der genannten Abgabengerechtigkeit gerecht und verstößt daher nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG.

33 Der Beklagte hat die der Kalkulation zugrunde gelegte Maßstabseinheit ordnungsgemäß mit den ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeiten ermittelt.

34 Wie bereits in seinem Urteil vom 15.08.2019 (Az. 7 A 228/18 MD, zitiert nach juris) ausgeführt, nimmt das Gericht - auch unter Berücksichtigung der neuerlichen Ausführungen des Beklagten - weiterhin an, dass bei der der Gebührenkalkulation nicht allein die tatsächlich angeschlossenen Grundstücke maßgeblich sind, auf denen Abfälle zur Beseitigung aus privaten Haushalten oder anderen Herkunftsbereichen als privaten Haushalten anfallen, sondern vielmehr der Kreis der normativ Anschlusspflichtigen zu berücksichtigen ist (vgl. zu diesem Ansatz der Sachverhalt in BVerwG, Urteil vom 01.12.2005 - 10 C 4.04 - zitiert nach juris), weil aufgrund des hohen Anteils von Vorhaltekosten bzw. Fixkosten (ca. 60%) die Kosten der öffentlichen Abfallentsorgung nicht proportional zum tatsächlichen Maß der Inanspruchnahme steigen. Für den einzelnen Gebührenschuldner ist daher im Sinne der Abgabengerechtigkeit nicht unerheblich, ob eine Divergenz zwischen den tatsächlichen Nutzern der öffentlichen Einrichtung und den normativ Anschlusspflichtigen vorliegt. Insoweit unterscheidet sich die Gebühr für die Nutzung der öffentlichen Abfallentsorgung von anderen Benutzungsgebühren im Sinne von § 5 Abs. 1 KAG-LSA für öffentliche Einrichtungen mit einem weit geringeren Fixkostenanteil ohne Anschluss- und Benutzungszwang. Die Regelungen in § 5 KAG-LSA treffen lediglich Bestimmungen zu der Gebührenbemessung bei der Benutzung von öffentlichen Einrichtungen. Einen Anschluss- und Benutzungszwang an öffentliche Einrichtungen sehen die Regelungen gerade nicht vor, weshalb nach § 5 KAG-LSA eine unterschiedliche Heranziehung zu Gebühren für die Benutzung einer öffentlichen Einrichtung nach deren Art nicht ausgeschlossen ist. Bei nicht anschlusspflichtigen öffentlichen Einrichtungen liegt die Inanspruchnahme im

Benehmen des Nutzers und erwächst nicht aus einer normativen Verpflichtung, weshalb in diesen Fällen die Gebührenlast auch nur unter den Gebührenpflichtigen aufzuteilen ist. Diese unterschiedliche Inanspruchnahme von öffentlichen Einrichtungen i.S.v. § 5 Abs. 1 KAG-LSA verkennt der Beklagte bei seiner Argumentation.

35 In diesem Zusammenhang führt das Gericht in dem benannten Urteil zur Maßstabsbildung anhand der normativ Anschlusspflichtigen weiter aus:

„Für diese Annahme spricht auch, dass es nach den Regelungen der hier maßgeblichen Abfallentsorgungssatzung des Beklagten gerade nicht in dessen Ermessen steht, inwieweit dieser von der Durchsetzung des Anschlusszwanges Gebrauch macht. Sofern die satzungsrechtlichen Voraussetzungen des Anschlusszwanges vorliegen, ist das betreffende Grundstück an die öffentliche Abfallentsorgung anzuschließen. Diese zwingend anzuschließenden Grundstücke haben daher auch Eingang in die Gebührenkalkulation zu finden. Auch wenn der Beklagte gleichwohl bei der Erstellung der Kalkulation einen Prognosespielraum innehat, den das Gericht nur eingeschränkt überprüfen kann, ist vorliegend aber zu berücksichtigen, dass sich der Beklagte im Zeitpunkt der Erstellung der Kalkulation am 30.01.2018 jedenfalls hinsichtlich der anschlusspflichtigen gewerblich genutzten Grundstücke zum Stichtag 30.06.2017 nicht einer solchen Prognose bedienen durfte, sondern den Wissensstand im Zeitpunkt der Erstellung zugrunde legen musste. Der vom Beklagten selbst gewählte Stichtag zum 30.06.2017 betraf einen Zeitpunkt in der Vergangenheit, der es ohne weiteres ermöglichte, bei der Erstellung der Kalkulation Grundstücke auf ihre seinerzeitige Anschlusspflicht hin zu überprüfen und realitätsnahe Zahlen zu ermitteln. Besonders schwer wiegt hier, dass nach § 4 Abs. 5 Abfallentsorgungssatzung in der Fassung vom 23.11.2016, welche bis zum 14.03.2018 Geltung beanspruchte und damit auch noch im Zeitpunkt der Erstellung der Kalkulation, nur auf Antrag eine Ausnahme vom Anschluss- und Benutzungszwang vom Beklagten erteilt wurde. Damit war es dem Beklagten ohne erheblichen Aufwand möglich, insbesondere die in Vereinen organisierten Kleingartenanlagen in den Blick zu nehmen und nur diejenigen bei der Erstellung der Kalkulation unberücksichtigt zu lassen, für welche eine solche Ausnahme nach § 4 Abs. 5 Abfallentsorgungssatzung erteilt wurde. Danach sind jedenfalls für das Jahr 2017 die bekannt gewordenen anschlusspflichtigen Grundstücke und damit der Ist-Zustand zugrunde zu legen und ist gerade keine Prognoseentscheidung anzustellen (so auch zu bekannten Einnahmen und Ausgaben: OVG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 24.11.2010 - 4 L 115/09 - zitiert nach juris). Nach § 4 Abs. 1 der Abfallentsorgungssatzungen in der Fassung vom 23.11.2016 und 14.03.2018 besteht für jeden Eigentümer eines Grundstückes in der Gebietskörperschaft des Beklagten die Verpflichtung, sich an die öffentliche Abfallentsorgung anzuschließen, soweit die dort genannten Voraussetzungen vorliegen. Im Umkehrschluss hat auch der Beklagte die Verpflichtung, diejenigen Grundstücke an die Abfallentsorgung anzuschließen, die die Voraussetzungen erfüllen. (…)"

36 Auch diese Ausführungen beanspruchen für den hier zu entscheidenden Fall gleichermaßen Geltung. Zum einen findet die Abfallentsorgungssatzung des Beklagten in der Fassung vom 14.03.2018 weiterhin Anwendung, wonach gemäß deren § 4 Abs. 1 und 3 ein Anschluss- und Benutzungszwang an die öffentliche Abfallentsorgung des Beklagten für Eigentümer oder sonst dinglich Berechtigten

eines Grundstückes, auf dem Abfälle aus privaten Haushalten und/oder Abfälle zur Beseitigung aus anderen Herkunftsbereichen als privaten Haushaltungen anfallen, besteht. Wie bereits in dem seinerzeit zu entscheidenden Fall liegt es auch hier nicht im Ermessen des Beklagten, inwieweit dieser von der Durchsetzung des Anschluss- und Benutzungszwangs Gebrauch macht. Aus diesem Grund besteht für den Beklagten auch für das Gebührenjahr 2019 die Verpflichtung fort, diejenigen Grundstücke an die Abfallentsorgung anzuschließen, die die Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 und 3 Abfallentsorgungssatzung erfüllen. Zum anderen wählte der Beklagte bei der Erstellung der Gebührenkalkulation für das Gebührenjahr 2019 am 20.02.2020 mit dem Stichtag 30.06.2019 erneut einen Zeitpunkt in der Vergangenheit aus, der ihm das Aufstellen von Prognosen verbietet.

37 Bei der Gebührenkalkulation für das Gebührenjahr 2019 war der Beklagte daher gehalten, Grundstücke auf ihre seinerzeitige Anschlusspflicht hin zu überprüfen und realitätsnahe Zahlen zu ermitteln. Anders als noch in dem Gebührenjahr 2017 ist der Beklagte diesen Anforderungen nunmehr gerecht geworden. So hat der Beklagte unter anderem im Wege der Amtshilfe Daten über Anzahl, Lage und Eigentümer kleingärtnerisch genutzter Grundstücke ermittelt und die dabei gewonnenen Daten der Gebührenkalkulation zu Grunde gelegt. So stieg die Zahl der Einwohnergleichwerte für Kleingartenanlagen im Vergleich zur Gebührenkalkulation für das Gebührenjahr 2017 von 11 auf 1.149. Im Hinblick auf die Ermittlung der Anschlusspflichtigen aus anderen Herkunftsbereichen als privaten Haushaltungen bediente sich der Beklagte seit Frühjahr 2019 einer Software, mit deren Hilfe Änderungsdatensätze zu Gewerbebetrieben wie An-, Ab- und Ummeldungen in das Veranlagungsprogramm des Beklagten eingepflegt wurden. Nicht an die öffentliche Abfallentsorgung angeschlossene Gewerbebetriebe haben ein Anschreiben erhalten, ob das Gewerbe angeschlossen wird bzw. ob der Gewerbetreibende den Nachweis erbringen kann, dass er keine andienungspflichtigen Abfälle besitzt. Sofern daraufhin die Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 Abfallentsorgungssatzung vorlagen, erfolgte der Anschluss an die öffentliche Abfallentsorgung. Zum Nachweis dieser Ausführungen hat der Beklagte dem Gericht Vorgänge zu unterschiedlichen Gewerbebetrieben zur Verfügung gestellt, die diese Vorgehensweise belegen. Im Hinblick auf die Ermittlung der Einwohnergleichwerte aus privaten Haushalten erfolgt eine Aktualisierung der Personenzahl je Haushalt durch eine mehrmals jährliche Verarbeitung der Änderungsmitteilungen der Einwohnermeldeämter sowie einen Abgleich zwischen den je Grundstück vorliegenden Einwohnermeldeinformationen und den zusammengefassten Informationen der Veranlagungsdatenbank. Zusätzlich werden direkte Meldungen der Haushalte zum Beispiel bei Umzug, Zuzug oder Wegzug berücksichtigt. Bei einer erkannten Unplausibilität zwischen den Daten der Veranlagungsdatenbank und den Meldedaten zu einem der Haushalte erfolgt zusätzlich die Nachfrage beim betroffenen Haushalt oder beim Vermieter. An der Richtigkeit dieser Angaben hat das Gericht keine Zweifel. Solche Zweifel sind auch von der Klägerin nicht vorgebracht worden. Zuzugeben ist der Klägerin zwar insoweit, dass die von dem Beklagten gewählte Mieter- bzw. Nutzerveranlagung jedenfalls dann fehleranfälliger ist als die grundstücksbezogene Eigentümerveranlagung, wenn eine Kalkulation für zurückliegende Zeiträume aufgestellt werden muss und dabei der Prognosespielraum eingeschränkt ist. Hingegen hat der Beklagte aus einer Kombination von Veranlagungsdatenbanken

und konkreten Nachfragen im Einzelfall die ihm möglichen Anstrengungen unternommen, die tatsächliche Zahl der Anschlusspflichtigen zu ermitteln. In diesem Zusammenhang hat die Klägerin auch nicht substantiiert dargelegt, woher deren Kenntnis stammt, dass 3.608 Bürger, welche über eine Nebenwohnung verfügen würden, und 2.517 Einwohner nicht an die öffentliche Abfallentsorgung angeschlossen seien und der Beklagte um diese Zahl von Anschlusspflichtigen bei der Erstellung der Gebührenkalkulation Kenntnis gehabt habe. Diese aufgezeigten Diskrepanzen lassen sich auch nicht aus der Gebührenkalkulation unter Berücksichtigung der dem Gericht allgemein zugänglichen Quellen ableiten. So ist dem Erläuterungsbericht zur Abfallgebührenkalkulation des Landkreises C. für das Jahr 2019 auf Seite 4 zu entnehmen, dass bei der Ableitung der Einwohnergleichwerte für private Haushalte die tatsächliche Anzahl der jeweiligen Personenhaushalte wiedergegeben wurde. Diese ermittelten Zahlen finden auf Seite 2 der Unterlagen zur Kalkulation der Gebührensätze für den Zeitraum 01.01.2019 bis 31.12.2019 Eingang in die Gebührenkalkulation gegliedert nach der Anzahl der Personenhaushalte beginnend bei einem 1-Personenhaushalt und endend bei einem 12-Personenhaushalt. Bei einer Rückrechnung der dort angegebenen Haushalte auf die Anzahl der Einwohner ergibt sich eine ermittelte Einwohnerzahl in Höhe von 111.990. Im Vergleich dazu meldete das Statistische Landesamt Sachsen-Anhalt in seinem Statistischen Jahrbuch zur Bevölkerung der kreisfreien Städte und Landkreise mit dem Stand 31.12.2019 für den Landkreis C. 111.190 Einwohner, die dort zu dieser Zeit ihren Wohnsitz eingenommen haben (vgl. zu den Zahlen des Statistischen Landesamtes Sachsen-Anhalt: Statistisches Jahrbuch Sachsen-Anhalt 2020, Stand: 30.10.2020, S. 134, abrufbar unter: https://statistik.sachsen-anhalt.de/fileadmin/Bibliothek/Landesaemter/StaLa/startseite/Daten_und_VeroeffentlicVeroef/Veroeffentlichungen/Statistisches_Jahrbuch/6Z001-2020-Korr-28-09-2021.pdf, abgerufen am 19.09.2022). Dabei zeigt sich, dass der Beklagte mit seinen ermittelten Ist-Werten sogar nach oben von den amtlich ermittelten Werten abweicht und damit eine höhere Anzahl an Einwohnern in seiner Kalkulation berücksichtigt hat, als tatsächlich zum Stichtag der Kalkulation am 30.06.2019 ihren Hauptwohnsitz im Gebiet des Beklagten hatten. Daraus lässt sich ableiten, dass der Beklagte in seiner Kalkulation bei der Anzahl der privaten Haushalte nicht nur diejenigen mit Hauptwohnsitz berücksichtigt hat, sondern auch diejenigen mit einem Nebenwohnsitz. Sollten darüber hinaus Personen im Gebiet des Beklagten ihren Haupt- oder Nebenwohnsitz genommen haben, ohne dies gegenüber den Meldebehörden anzuzeigen, so kann dies nicht zum Nachteil des Beklagten im Rahmen seiner Gebührenkalkulation gereichen. Bei der Ermittlung der Ist-Werte ist es geboten, aber auch ausreichend, wenn der Beklagte seine Veranlagungsdatenbank mit den Daten der Meldebehörde abgleicht und mögliche Veränderungen einpflegt. Im Umkehrschluss muss der Beklagte darüber hinaus keine Ermittlungen darüber anstellen, wie hoch die Zahl der Personen ist, die ihrer Verpflichtung nach § 17 Abs. 1 Bundesmeldegesetz (BMG) zur Anmeldung bei Einzug in eine Wohnung (Haupt- oder Nebenwohnung) nicht nachkommen und sich damit auch dem Anschluss an die öffentliche Abfallentsorgung entziehen. Derartige Ermittlungen gehen über das Maß der Zumutbarkeit hinaus, da damit die Grenze der Funktionsfähigkeit der Verwaltung überschritten werden würde.

3 In diesem Zusammenhang führt auch der Einwand der Klägerin, aus der

8 Kalkulation für den Zeitraum vom 01.01.2021 bis 31.12.2022 würde sich ergeben, dass der Beklagte die Statistik zur Einwohnerzahl selbst aufstelle, nicht zur Rechtswidrigkeit der hier maßgeblichen Gebührenkalkulation und damit zum Erfolg der Klage. Auch wenn der Klägerin zuzugeben ist, dass in der Gebührenkalkulation für den Zeitraum vom 01.01.2021 bis 31.12.2022 die Einwohnerzahl für das Jahr 2019 mit 112.860 (vgl. Anlage 2 zur Abfallgebührensatzung 2021-2022 des Landkreises C., S. 6, abrufbar unter https://sitzungsdienst.landkreis-C..de/bi/vo0050.php? kvonr=1823, abgerufen am 19.09.2020) angegeben wurde und insoweit von der in der hier maßgeblichen Gebührenkalkulation eingestellte Einwohnerzahl in Höhe von 111.990 abweicht, lässt sich daraus bereits kein Fehler in der Gebührenkalkulation herleiten. Das Gericht hat vorliegend nicht darüber zu entscheiden, welche der beiden Einwohnerzahlen sich als korrekt erweist. Die von der Klägerin aufgegriffene Gebührenkalkulation für die Gebührenjahre 2021 und 2022 ist vorliegend ohne Belang, da sie sich nicht auf die hier maßgebliche Gebührenkalkulation für das Gebührenjahr 2019 auswirkt. Wie bereits erläutert, bestehen keine durchgreifenden rechtlichen Bedenken gegen die von dem Beklagten angenommene Einwohnerzahl für das Gebührenjahr 2019 in Höhe von 111.990, da diese Zahl auch das Ergebnis des Statistischen Landesamtes Sachsen-Anhalt widerspiegelt. Durch welche Erhebungen der Beklagte in der Gebührenkalkulation für 2021 und 2022 für das Jahr 2019 auf die Einwohnerzahl in Höhe von 112.860 gelangte, hätte dieser darzulegen, sofern die Rechtmäßigkeit dieser Gebührenkalkulation überprüft werden müsste. Dies ist hier hingegen nicht der Fall.

39 Da dem Gericht aus diesem Grund schon konkrete und greifbare Anhaltspunkte dazu fehlen, dass die Angaben der Klägerin zu nicht angeschlossenen Haupt- und Nebenwohnsitzen der Wirklichkeit entsprechen könnten und der Beklagte in Kenntnis dieser Zahlen es bewusst unterlassen hat, diese Anschlusspflichtigen in die Gebührenkalkulation einzustellen, waren auch keine weiteren Ermittlungen von Amts wegen dazu anzustellen. Nach § 86 Abs. 1 S. 1 VwGO obliegt den Tatsachengerichten die Pflicht, jede mögliche Aufklärung des entscheidungserheblichen Sachverhalts bis zur Grenze der Zumutbarkeit zu versuchen, sofern dies für die Entscheidung des Rechtsstreits erforderlich ist (so u.a. BVerwG, Beschluss vom 06.11.2020 - 6 B 31.20 - zitiert nach juris). Diese Amtsermittlungspflicht findet ihre Grenzen in den Fällen, in denen für den Wahrheitsgehalt der Behauptung nicht wenigstens eine gewisse Wahrscheinlichkeit spricht, d.h. wenn die Behauptung mit anderen Worten ohne greifbare Anhaltspunkte willkürlich „aus der Luft gegriffen", „ins Blaue hinein", also, „erkennbar ohne jede tatsächliche Grundlage" aufgestellt worden ist (vgl. BVerwG, u.a. Beschluss vom 30.05.2014 - 10 B 34.14 - zitiert nach juris). So liegt der Fall hier. Dem Angebot der Klägerin, Herrn F. als Zeugen dazu befragen, ging das Gericht bereits deshalb nicht nach, weil Rückfragen bei den Einwohnermeldeämtern des Beklagten nicht geeignet sind, die Tatsache, Einwohner mit Haupt- oder Nebenwohnsitz seien nicht an die öffentliche Abfallentsorgung des Beklagten angeschlossen, unter Beweis zu stellen. Die Einwohnermeldeämter erfassen die in § 3 Abs. 1 und 2 BMG benannten Daten zu einer Person, wie beispielsweise derzeitige Anschriften und frühere Anschriften gekennzeichnet nach Haupt- und Nebenwohnung. Nicht erfasst werden hingegen Daten zum Anschluss an die öffentliche Abfallentsorgung. Aus diesem Grund mag der benannte Zeuge unter

Umständen Informationen darüber erhalten haben, wie hoch die Zahl der angemeldeten Haupt- und Nebenwohnungen im Gebiet des Beklagten ist. Inwieweit diese Wohnungen aber an die öffentliche Abfallentsorgung angeschlossen sind, kann der benannte Zeuge damit nicht erfahren haben. Auf welcher Grundlage die Klägerin daher wissen möchte, dass angeblich 3.608 Einwohner mit ihrer Hauptwohnung und 2.517 Einwohner mit ihrer Nebenwohnung nicht an die öffentliche Abfallentsorgung des Beklagten angeschlossen sein sollen, bleibt weiterhin im Unklaren und lässt sich nicht im Ansatz aus den dem Gericht vorgelegten Unterlagen des Beklagten sowie allgemein zugänglichen Quellen herleiten.

40 Allein der Umstand, dass die Zahl der in privaten Haushaltungen lebenden Personen von der Gesamtbevölkerungszahl im Landkreis C. abweicht, begründet ebenfalls keine Zweifel an der vom Beklagten vorgelegten Kalkulation. Der Beklagte hat sich bei seiner Kalkulation zu Recht an der Regelung des § 17 Abs. 1 KrWG orientiert und nach privaten Haushaltungen und anderen Herkunftsbereichen unterschieden. Der abfallrechtliche Begriff der privaten Haushaltungen setzt nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts die Möglichkeit einer eigenständigen Haushaltsführung voraus, die eine selbstbestimmte Lebensgestaltung ermöglicht und die auf Dauer angelegt ist. In derart gestalteten Wohnbereichen anfallende Abfälle sind solche im Sinne von § 17 Abs. 1 S. 1 KrWG. Voraussetzung für eine private Haushaltung und für die Eigenständigkeit des Lebens in diesem Sinne sind im Wesentlichen räumliche Einrichtungen wie Aufenthalts- und Schlafräume sowie Küche bzw. Küchenzeile, Bad und WC, die für eine den menschlichen Bedürfnissen angepasste tägliche Lebensgestaltung unerlässlich sind. Auch müssen weitere Vorrichtungen vorhanden sein, die das Unterbringen des Hausrats der Bewohner - wie Geschirr, Wäsche, Radio, Fernsehen etc. - ermöglichen. Die tägliche Lebensgestaltung in einem derartigen Wohnbereich muss im Wesentlichen selbstbestimmt sein, um von einer privaten Haushaltung ausgehen zu können. Die Bewohner einer privaten Haushaltung müssen hiernach eigenständig, also ohne Vorgaben Dritter, die Entscheidungen über den täglichen Lebensablauf wie das morgendliche Aufstehen, die Einnahme von Mahlzeiten, das Verlassen der Wohnung oder das Schlafengehen treffen können. Eine private Haushaltung findet schließlich nicht in Räumen statt, die lediglich vorübergehend bewohnt werden. Hochwertig ausgestattete Bereiche des Hotelgewerbes verfügen zwar auch über mehrgliedrige Wohn- und Schlafbereiche sowie auch über Kücheneinrichtungen. Wegen der nur zeitlich begrenzten Inanspruchnahme der Räume und wegen des fehlenden privaten Hausrats handelt es sich aber nicht um eine private Haushaltung (vgl. jeweils zur Vorgängervorschrift des § 13 Abs. 1 KrW-/AbfG: BVerwG, Urteile vom 07.08.2008 - 7 C 51.07 - und 27.04.2006 - 7 C 10.05 -, beide zitiert nach juris). In Abgrenzung hierzu zählen z. B. Altenpflegeheime, Kinderwohnheime, Mannschaftsunterkünfte von Militärangehörigen, Justizvollzugsanstalten, stationäre psychiatrische Einrichtungen, Maßregelvollzugseinrichtungen, Flüchtlingsunterkünfte und (Not-) Unterkünfte für Wohnungslose grundsätzlich nicht zu den privaten Haushaltungen; es sei denn, diese Gemeinschaftsunterkünfte weisen im Einzelfall vollständig bewirtschaftete oder in sich geschlossene Wohneinheiten mit eingerichteter Küche bzw. Kochnische auf (vgl. Beckmann, Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Stand: April 2022, § 17 KrWG, Rn. 44 m. w. N.). Insoweit sind im Einklang mit der

vorgenannten Differenzierung bei der Ermittlung der Einwohner in privaten Haushaltungen im Landkreis C. im Jahr 2019 durch das Statistische Landesamt zwar die Bewohner an Haupt- und Nebenwohnsitzen unterschiedslos erfasst worden, was zu Mehrfachzählungen führen kann. Auf diese Methodik war in der Verfügung vom 05.09.2022 hingewiesen worden. Personen, die zwar melderechtlich ihren Haupt- bzw. Nebenwohnsitz in einer der vorgenannten Gemeinschaftsunterkünfte haben, werden hingegen in der Statistik nicht als Einwohner in einem privaten Haushalt erfasst. Insoweit weicht die vom Statistischen Landesamt aufgrund einer Fortschreibung des Zensus 2011 ermittelte Zahl der Einwohner in privaten Haushalten von der Gesamtbevölkerungszahl im Landkreis C. in nachvollziehbarer Weise ab (108.100 zu 111.190, Statistisches Jahrbuch Sachsen-Anhalt 2020, a. a. O., S. 60, 68 und 134). Die in Gemeinschaftsunterkünften im vorgenannten Sinne gemeldeten Einwohner werden bei der Ermittlung der Einwohnergleichwerte für andere Herkunftsbereiche erfasst (vgl. Anlage 4 zur Abfallgebührensatzung, z. B. Ziffern 3.1. und 3.2.).

41 Zudem hat die Klägerin bereits nicht im Ansatz dargelegt, dass sich die von Herrn F. nach eigenen Angaben eingeholten Auskünfte auf den nach den Kalkulationsunterlagen maßgeblichen Stichtag, den 30.06.2019, beziehen.

42 Das Gericht hatte zur weiteren Sachverhaltsaufklärung auch keinen Anlass, den von der Klägerin angebotenen Zeugen Herrn G., Geschäftsführer der Unternehmen H. GmbH und Recyclinghof K. GmbH, zu vernehmen. Ausweislich allgemein zugänglicher Quellen im Internet hat das Unternehmen H. GmbH in den Jahren 2015 bis 2017 die Entsorgung von Leichtverpackungsabfällen für den Beklagten übernommen (vgl. Artikel in der Online-Ausgabe der AZ, „Cont-Trans wendet sich ab", vom 16.05.2018, abrufbar unter https://www.az-online.de/altmark/C./cont-trans-wendet-sich-9869648.html, abgerufen am 19.09.2022). Anschließend übernahm diese Tätigkeit die Recyclinghof K. GmbH. Während der Ausübung dieser Tätigkeit will Herr G. in der Zeit von 2014 bis 2020 2.000 Anrufe von Privatpersonen und Gewerbebetrieben erhalten haben, die die Aufstellung einer gelben Tonne begehrten. Dabei habe Herr G. auch erfahren, dass einige von diesen Anrufern nicht über einen Restabfallbehälter des Beklagten verfügen würden. Damit kann der angebotene Zeuge zum einen die von der Klägerin aufgestellte Behauptung, 3.608 Einwohner mit einer Nebenwohnung im Gebiet des Beklagten sowie weitere 2.517 Einwohner seien im Gebührenjahr 2019 nicht an die öffentliche Abfallentsorgung angeschlossen gewesen, nicht im Ansatz belegen. Es besteht bereits eine erhebliche Diskrepanz zwischen der Zahl der (angeblichen) Anrufe und der (angeblich) nicht angeschlossenen Einwohner, was bereits den angebotenen Zeugen als geeignetes Beweismittel in Frage stellt. Zudem fanden nach den Angaben der Klägerin die Anrufe und die Datenerhebung in einem Zeitraum von über sechs Jahren statt, sodass bereits nicht deutlich gemacht wurde, in welcher Weise für das Gebührenjahr 2019 die konkret unter Beweis gestellten Zahlen ermittelt worden sein sollen. Darüber hinaus ist auch nicht dargelegt, inwieweit der angebotene Zeuge über Kenntnisse darüber verfügen soll, dass der Beklagte bewusst diese Zahl der Anschlusspflichtigen in der Kalkulation für das Gebührenjahr 2019 unberücksichtigt gelassen hat. Nur die Verknüpfung zwischen nicht an die Abfallentsorgung angeschlossenen Anschlusspflichtigen und der seitens des Beklagten gewollten Nichtdurchsetzung des Anschlusszwangs dieses Personenkreises kann sich auf die Rechtmäßigkeit der Gebührenkalkulation und

damit entscheidungserheblich auswirken. Diesen Zusammenhang zeigt die Klägerin mit ihrem Beweisangebot hingegen nicht auf.

43 2. Der Einwand der Klägerin, ca. 27.000 Einwohner seien nicht an die Bioabfallentsorgung angeschlossen, kann nicht die Annahme eines Fehlers in der Gebührenkalkulation des Beklagten rechtfertigen.

44 Es ist der Klägerin zwar zuzugeben, dass nicht sämtliche privaten Haushalte im Gebiet des Beklagten hinsichtlich des Anfalls von bioorganischem Abfall an die Entsorgungseinrichtung des Beklagten angeschlossen sind. Ausgehend von einer Einwohnerzahl in Höhe von 111.190 ließen in dem hier maßgeblichen Zeitpunkt lediglich 84.106 Einwohner ihren bioorganischen Abfall über die Entsorgungseinrichtung des Beklagten entsorgen (vgl. Abfallbilanz 2019 für das Land Sachsen-Anhalt, Stand: 31.12.2019, S. 9; abrufbar unter: https://lau.sachsen-anhalt.de/fileadmin/Bibliothek/Politik_und_Verwaltung/MLU/LAU/Wir_ueber_uns/Publikationen/Abfallbilanzen/Abfallbilanz-2019_bf.pdf; abgerufen am 19.09.2022). Danach waren 27.084 Einwohner nicht an die Bioabfallentsorgung des Beklagten angeschlossen. Anders als bei der Entsorgung von Restabfall besteht bei bioorganischem Abfall aus privaten Haushaltungen nach § 4 Abs. 6 Abfallentsorgungssatzung indes die Möglichkeit der Befreiung von der Pflicht zur gesonderten Überlassung und des Anschlusszwangs, wenn und soweit die anfallenden bioorganischen Abfälle durch die Abfallerzeuger oder -besitzer auf den von ihnen im Rahmen ihrer privaten Lebensführung genutzten Grundstücken ordnungsgemäß kompostiert werden (Eigenverwertung). Aufgrund dieser Regelung verstößt es nicht grundsätzlich gegen Satzungsrecht, wenn Erzeuger oder Besitzer von bioorganischem Abfall nicht an die entsprechende Entsorgungseinrichtung des Beklagten angeschlossen sind. Mit der Möglichkeit der Eigenverwertung besteht für Eigentümer oder die sonst am Grundstück dinglich Berechtigten - anders als bei Restabfall aus privaten Haushaltungen - nicht die Pflicht zum Anschluss an die öffentliche Abfallentsorgung des Beklagten, weshalb der Beklagte im Umkehrschluss auch nicht gehalten ist, gegenüber diesen den Anschlusszwang durchzusetzen. Insoweit gehören diejenigen, die von der Eigenverwertung Gebrauch machen, nicht zum Kreis der normativ Anschlusspflichtigen. Aus dem Vortrag der Klägerin, in der Zeit vom 01.01.2015 bis zum 25.08.2021 seien lediglich 1.346 Anträge auf Eigenkompostierung bei dem Beklagten gestellt worden, lässt sich auch nicht der Schluss ziehen, dass der Beklagte es willentlich unterlässt, normativ Anschlusspflichtige an die Bioabfallentsorgung anzuschließen. Die Klägerin verkennt dabei, dass es im Falle der Eigenverwertung bioorganischen Abfalles und somit der Ausnahme vom Anschluss- und Benutzungszwang nicht eines schriftlichen Antrages bei dem Beklagten und im Nachgang einer schriftlichen Genehmigung durch diesen bedarf. Dies sehen die satzungsrechtlichen Regelungen in § 4 Abs. 6 und § 21 Abfallentsorgungssatzung nicht vor. Erforderlich ist nach § 21 Abs. 1 bis 3 Abfallentsorgungssatzung lediglich die schriftliche Anzeige der Eigenverwertung und eine Auskunft gegenüber dem Beklagten über die Art, Beschaffenheit, Menge und Herkunft des anfallenden und zu entsorgenden Abfalles. Sofern Einwohner darüber hinaus einen Antrag bei dem Beklagten auf Ausnahme vom Anschluss- und Benutzungszwang für ihren bioorganischen Abfall gestellt haben, geht dies über die satzungsrechtlichen Anforderungen hinaus, was jedoch unschädlich ist. Die Anzahl der Anträge bei dem Beklagten lässt aber insoweit keinen Rückschluss auf die Zahl derjenigen zu, die wegen Eigenverwertung

tatsächlich nicht ihren bioorganischen Abfall dem Beklagten andienen und somit nicht zum Kreis der normativ Anschlusspflichtigen gehören.

45 Dafür, dass es sich bei den (angeblich) ca. 27.000 Einwohnern um solche handelt, die die Entsorgungseinrichtung des Beklagten für die Entsorgung ihres bioorganischen Abfalls nutzen, ohne dafür Gebühren zu entrichten, liegen keine Anhaltspunkte vor. Erst dies könnte einen Verstoß gegen die Abgabengerechtigkeit aus Art. 3 Abs. 1 GG begründen. Dies wird aber auch von der Klägerin nicht behauptet.

46 Dem von der Klägerin angebotenen Beweis zur Tatsache, dass ca. 27.000 Einwohner nicht an die Entsorgung des bioorganischen Abfalls bei dem Beklagten angeschlossen sind, durch Vernehmung der Zeugen Herr F. und Herr J. war in entsprechender Anwendung des § 244 Abs. 3 Nr. 3 StPO nicht nachzugehen. Das Beweisangebot bezieht sich gerade nicht auf die allenfalls entscheidungserhebliche Tatsache, die Bioabfallentsorgung des Beklagten werde von einem Personenkreis in Anspruch genommen, ohne dass diese tatsächlich Angeschlossenen aber Eingang in die Gebührenkalkulation gefunden hätten.

47 Sofern die Klägerin in diesem Zusammenhang sinngemäß gegen die Rechtmäßigkeit des Bescheides einwendet, die Kosten für die Entsorgung des bioorganischen Abfalles würden unzulässig durch die Erhebung der Grundgebühr, die von allen Gebührenpflichtigen unabhängig vom Anschluss an die Bioabfallentsorgung zu tragen sei, zu einem Teil mitfinanziert werden, führt dieser Einwand nicht zum Erfolg der Klage. Mittlerweile ist höchstrichterlich geklärt, dass die Erhebung einer einheitlichen Gebühr einschließlich der darin liegenden Querfinanzierung der Entsorgungskosten für Bioabfälle grundsätzlich zulässig ist. Weder das Äquivalenzprinzip noch der Gleichheitssatz verlangen es, dass Benutzungsgebühren strikt nach dem Maß der durch die jeweilige Benutzung verursachten Kosten erhoben werden müssen (vgl. zum Ganzen: BVerwG, Urteil vom 20.12.2000 - 11 C 7.00 - zitiert nach juris).

48 3. Soweit der Beklagte in § 4 Abs. 1 Nr. 2 Abfallgebührensatzung ein Mindestentleerungsvolumen in Höhe von 180 l je Einwohnergleichwert und Jahr annimmt, bestehen auch dagegen keine rechtlichen Bedenken. Die Verpflichtung zum Vorhalten eines Mindestbehältervolumens für häuslichen Restabfall ist dabei eine Bemessungsgröße für die Erhebung einer Volumengebühr für die Restabfallentsorgung nach dem Behältervolumenmaßstab, einem zulässigen Wahrscheinlichkeitsmaßstab für die Bemessung der Abfallgebühr. Als solche ist sie unter Berücksichtigung der gebührenrechtlichen Ermächtigungsgrundlage in § 6 Abs. 1 S. 1 AbfG LSA i.V.m. § 5 Abs. 3 S. 2 KAG LSA grundsätzlich zulässig und von dem weiten Ermessen des Einrichtungsträgers bei der Gebührengestaltung gedeckt. Mit der Festlegung eines Mindestbehältervolumens wird pauschal eine bestimmte durchschnittliche Mindestinanspruchnahme der Abfallentsorgungseinrichtung unterstellt. Der dabei eintretende „Realitätsverlust" ist mit der Notwendigkeit einer gesicherten, wilde Ablagerungen verhindernden Abfallentsorgung und dem Vorteil einer hohen Kalkulationssicherheit sachlich gerechtfertigt (vgl. BVerwG, Beschluss vom 26.04.2018 - 9 BN 4.18 -; OVG Lüneburg, Urteil vom 10.11.2014 - 9 KN 37/14 -; OVG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 21.05.2014 - 1 L 91/09 -; Hessischer VGH, Beschluss vom 07.03.2012 - 5 C 206/10.N -; OVG Saarland, Urteil vom 18.05.2011 - 1 A 7/11 -; alle zitiert nach juris).

4 9 Auch unter Berücksichtigung der von der Klägerin zitierten Studie des Umweltbundesamtes aus den Jahren 2019/2020 (Vergleichende Analyse von Siedlungsrestabfällen aus repräsentativen Regionen in Deutschland zur Bestimmung des Anteils ein Problemstoffen und verwertbaren Materialien, Abschlussbericht, Stand April 2020, im Folgenden: Studie; abrufbar unter: https://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/479/publikationen/texte_111-2020_analyse_von_siedlungsrestabfaellen_abschlussbericht.pdf, abgerufen am 19.09.2022) erachtet das Gericht das Mindestrestabfallvolumen von 180 l je Einwohnergleichwert und Jahr als rechtmäßig. Ein grobes Missverhältnis zwischen der satzungsrechtlich angenommenen Mindestinanspruchnahme und dem Maß der tatsächlichen Inanspruchnahme und somit eine Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist nur dann gegeben, wenn die durchschnittliche Inanspruchnahme deutlich geringer oder höher wäre als die durch die Mindestgebühr erfasste Leistung (vgl. Hessischer VGH, Beschluss vom 07.03.2012 - 5 C 206/10.N - zitiert nach juris). Ein solches Missverhältnis ist vorliegend nicht erkennbar. Nach der Studie fällt je Einwohner und Jahr Hausmüll in Höhe von 128,2 kg an. Dieser Hausmüll beinhaltet aber nicht nur Restabfall, sondern auch Stoffgruppen wie beispielsweise Altpapier, Altglas, Metalle, Kunststoffe und nativ-organische Abfälle (vgl. zu den einzelnen Mengenangaben, Studie S. 93 f.). Dennoch kann nicht - wie von der Klägerin angenommen - das durchschnittlich anfallenden Restabfallvolumen je Einwohner und Jahr im Wege eines Abzuges der Menge an nativ-organischen Abfällen in Höhe von 50,4 kg von dieser Gesamtmenge errechnet werden. Zwar sollten die Stoffgruppen wie Altpapier, Altglas und Kunststoffe nicht über den Restabfallbehälter entsorgt werden. Jedoch basierte die Studie des Umweltbundesamtes auf Stichproben des Hausmülls zu unterschiedlichen Zeitpunkten (zur Methodik der Studie dort S. 44 ff.). Bei diesen Stichproben haben sich die benannten Stoffgruppen allerdings in den Restabfallbehältern befunden, sodass auch diese Mengen dem jährlich anfallenden Restabfall eines Einwohners zu zurechnen war. Unter Berücksichtigung aller vorgefundenen Stoffgruppen in den Restabfallbehältern errechnete das Umweltbundesamt ein durchschnittliches Restabfallaufkommen in Höhe von 128,2 kg, welches von den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern zu entsorgen war. Anders als die Klägerin meint, ist für die Kammer nicht ersichtlich, dass die Menge von 128,2 kg Restabfall einem Behältervolumen von 128,2 l entspricht, was bedeuten würde, dass die durchschnittliche Dichte von Restabfall der von (destilliertem) Wasser gleichkommt (vgl. https://www.imeter.de/imeter-methoden/dichte/22-bereich-anwendungen/dichte-von-feststoffen-und-fluessigkeiten.html, abgerufen am 19.09.2022). In der Wissenschaft existiert kein einheitlicher Umrechnungsfaktor für mengenbezogenen Restabfall in volumenbezogenen Restabfall. Es ist insoweit den Ausführungen des Beklagten zu folgen, dass der Umrechnungsfaktor in Wissenschaft und Praxis schwankt. Im Allgemeinen ist davon auszugehen, dass 1 m³ (1.000 l) Abfall je nach Verdichtungsgrad, Feuchtigkeit und Mischungsverhältnis 150 bis 200 kg wiegt (vgl. OVG Lüneburg, Urteil vom 10.11.2014 - 9 KN 316/13 -, zitiert nach juris; Hessischer VGH, Beschluss vom 07.03.2012, a. a. O.). Daraus ergibt sich ein Umrechnungsfaktor von mindestens 5 und maximal 6,7. Die vom Gericht in der mündlichen Verhandlung in Bezug genommene Anwendungsrichtlinie für Abfall- und Wertstoffbehälter der Gütegemeinschaft Abfall- und Wertstoffbehälter e.V. in Köln bezieht sich bei der

Umrechnung auf die DIN EN 840 und setzt bei der Ermittlung des maximal zulässigen Gesamtgewichtes auch eines Restabfallbehälters einen Wert von 0,4 kg/dm³ an (dort S. 3, abrufbar unter: https://www.ggawb.de/fileadmin/user_upload/downloads/Anwendungsrichtlinien_Abfall_Wertstoffbehaelter_GGAWB_d.pdf; abgerufen am 19.09.2022). Dies würde ausgehend von 1.000 l einem Umrechnungsfaktor von 2,5 entsprechen. Das Institut für Abfall, Wasser und Infrastruktur-Management Ahlen hat im Rahmen der Ermittlung der Raumdichten von Rest- und Bioabfall in der Region Hannover im Jahr 2017 bei einer Restabfallbehältergröße von 60 l eine durchschnittliche Abfallmenge von 173 kg/m³ festgestellt (dort S. 32, abrufbar unter: https://www.aha-region.de/fileadmin/Download/Gebühren/Ermittlung_Raumdichten_Rest-Bioabfall.pdf; abgerufen am 19.09.2022). Dies entspricht einem Umrechnungsfaktor von 5,8. Demgegenüber nimmt das Statistische Landesamt Baden-Württemberg bei losem Hausmüll den Umrechnungsfaktor 10 an (vgl. Umrechnungsfaktoren, S. 1, abrufbar unter: https://www.statistik-bw.de/DatenMelden/Formularservice/33_A_Umrechnungsfaktoren.pdf?TSPD_101_R0=083bd47448ab2000279b4290667be76e58360223c6c562fe5137f5d628071403ab7e8e87a0e956bf0880b3a08614300037c0b53d5e99c88868cae628f26c06ba909f164b16f98966840fed89130111c3bcae40e92b75f35…93; abgerufen am 19.09.2022). Nach dem danach für die Klägerin günstigsten Faktor von 2,5 l Behältervolumen auf 1 kg Restabfall ergibt sich bei einer durchschnittlichen Restabfallmenge von 128,2 kg ein Restabfallvolumen von 320,5 l. Damit liegt der Beklagte mit seinem Mindestbehältervolumen von 180 l je Einwohnergleichwert und Jahr weit unter diesem Volumen.

50 In diesem Zusammenhang war der Klägerin auf ihren Antrag hin in der mündlichen Verhandlung eine Schriftsatzfrist zur Stellungnahme auf den Schriftsatz des Beklagten vom 12.09.2022 nicht einzuräumen. Das Erwiderungsrecht gemäß § 173 S. 1 VwGO i.V.m. § 283 ZPO bezieht sich auf neue Angriffs- oder Verteidigungsmittel im Sinne von § 282 Abs. 2 ZPO (vgl. BVerwG, Beschluss vom 22.04.2003 - 8 B 144.02 - zitiert nach juris). Bei dem Vorbringen des Beklagten im Schriftsatz vom 12.09.2022, der Umrechnungsfaktor von mengenbezogenem Restabfall in volumenbezogenen Restabfall werde in der Wissenschaft und Praxis nicht einheitlich angenommen und schwanke zwischen 5,64 l und 10 l, handelt es sich zwar um ein derartiges neues Verteidigungsmittel im Sinne von § 282 Abs. 2 ZPO. Dieser Schriftsatz ist dem Prozessbevollmächtigten der Klägerin bereits am 13.09.2022 über das besondere elektronische Anwaltspostfach übersandt worden. Bis zum Termin der mündlichen Verhandlung am 19.09.2022 hatte dieser damit sechs Tage Gelegenheit, die vom Beklagten angegebenen Quellen zu den einzelnen dargelegten Umrechnungsfaktoren nachzuvollziehen und die von ihm eingenommene Gegenposition eines Umrechnungsfaktors von 1 l zu 1 kg Restabfall substantiiert zu verteidigen. Hinzutritt, dass der Prozessbevollmächtigte der Klägerin erstmals mit Schriftsatz vom 01.09.2022 das Mindestabfallbehältervolumen des Beklagten infrage gestellt und dabei den Umrechnungsfaktor von 1:1 angenommen hat. Der Prozessbevollmächtigte der Klägerin hat auf Nachfrage des Gerichts im Termin der mündlichen Verhandlung mitgeteilt, dass er diesen Wert von Herrn J. erfahren habe, welcher hinsichtlich anderer Tatsachen aufgrund einer langjährigen Tätigkeit in verantwortlicher Position im städtischen Abfallbetrieb der B-Stadt als sachverständiger Zeuge

benannt worden war. Es ist daher anzunehmen, dass der Prozessbevollmächtigte der Klägerin sich bereits zu diesem Zeitpunkt mit der Problematik des Umrechnungsfaktors von mengenbezogenem Restabfall in volumenbezogenen Restabfall auseinandergesetzt hat und nach einer entsprechenden Recherche zu dem von ihm vertretenen Ergebnis gelangt ist. Die Annahme unterschiedlicher Umrechnungsfaktoren in Wissenschaft und Praxis dürfte dem Prozessbevollmächtigten daher im Zeitpunkt des Zugangs des Schriftsatzes des Beklagten am 13.09.2022 nicht gänzlich fremd gewesen sein, weshalb diesem insgesamt die Auseinandersetzung mit dem Vorbringen des Beklagten bis zur mündlichen Verhandlung am 19.09.2022 zumutbar war. Eines Schriftsatznachlasses bedurfte es daher nicht.

51 4. Der Einwand der Klägerin, der Beklagte habe bei seiner Gebührenkalkulation das maximale Füllvolumen von 5.000 l eines sog. Unterflurbehälters in die Gebührenberechnung einzustellen und nicht das durchschnittliche tatsächliche Nutzungsvolumen in Höhe von 3.100 l, verhilft der Klage bereits deshalb nicht zum Erfolg, weil das hier bezeichnete Unterflursystem weder in der Abfallgebührensatzung noch in der maßgeblichen Abfallentsorgungssatzung sowie in der Gebührenkalkulation für das Gebührenjahr 2019 Eingang gefunden hat. Damit hatte das erst zu einem späteren Zeitpunkt eingeführte Unterflursystem keinen Einfluss auf die Berechnung der hier streitigen Gebührenhöhe. Über die Frage der rechtmäßigen Berücksichtigung des tatsächlichen Nutzungsvolumens musste das Gericht daher keine Entscheidung treffen.

52 5. Da sich der streitgegenständliche Bescheid auch nicht aus anderen Gründen als rechtswidrig erweist, war dieser nicht aufzuheben.

53 6. Dem Beklagten waren nach § 161 Abs. 2 S. 1 VwGO die Kosten des für erledigt erklärten Teils des Rechtstreites nach billigem Ermessen aufzuerlegen, da sich die vorläufige Festsetzung der Abfallgebühren für das Gebührenjahr 2020 unmittelbar vor dem Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses als rechtswidrig erwiesen hätte. Wie bereits in seinem Urteil vom 13.01.2022 (Az. 7 A 678/20 MD, zitiert nach juris) geht das Gericht weiterhin davon aus, dass die für das Gebührenjahr 2020 maßgebliche Abfallgebührensatzung des Beklagten (Abfallgebührensatzung 2020 in der Fassung vom 19.03.2020, Amtsblatt für den Landkreis C. vom 05.04.2020, Nr. 14, S. 64 ff.) gegen das Schlechterstellungsverbot aus § 2 Abs. 2 S. 4 KAG-LSA verstößt und bereits aus diesem Grund rechtswidrig ist und daher nicht als Grundlage für die Erhebung von Abfallgebühren für das Gebührenjahr 2020 herangezogen werden kann. Mit diesem Verbot soll die abgabenerhebende Körperschaft gehindert werden, sich durch nachträgliche Satzungsänderung über eine rückwirkende Anordnung mehr Einnahmen zu verschaffen, als ihr nach der bisherigen Satzung zustehen würden. Zu solchen verbotenen Mehr-Einnahmen gegenüber einem früheren Zustand kann es nicht kommen, wenn die frühere Satzung nichtig war und deshalb keine Grundlage bilden konnte, um Abgaben zu erheben (vgl. OVG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 16.06.2021 - 4 M 28/21 - nicht veröffentlicht). In dem benannten Beschluss des OVG Sachsen-Anhalt geht dieses zwar davon aus, dass die Abfallgebührensatzung 2020 des Antragsgegners nicht gegen das Schlechterstellungsverbot verstoße, weil zum einen die Grundgebühr für das Gebührenjahr 2020 nach § 4 Abs. 1 Abfallgebührensatzung 2020 im Vergleich zu § 4 Abs. 1 der Satzung über die Erhebung von Gebühren über die Abfallentsorgung im Landkreis C. (Abfallgebührensatzung) vom 13.12.2018 in der

Fassung der Bekanntmachung vom 30.01.2019 um 0,46 € von 39,90 € auf 39,44 € pro Einwohnergleichwert herabgesetzt worden sei und zum anderen die Abfallgebührensatzung des Beklagten vom 13.12.2018 aller Voraussicht nach nichtig gewesen sei, weshalb das Schlechterstellungsverbot in diesem Fall nicht zur Anwendung gelangen könne. Dieser Auffassung schließt sich das Gericht jedoch nicht an. Anders als das OVG Sachsen-Anhalt vertritt das Gericht weiter die Auffassung, dass die Vorgängersatzung der Abfallgebührensatzung 2020 nicht die Abfallgebührensatzung des Beklagten vom 13.12.2018 ist, sondern die Abfallgebührensatzung 2019. Nach § 10 S. 1 und 2 Abfallgebührensatzung 2019 trat mit deren Inkrafttreten zum 01.01.2019 die Abfallgebührensatzung vom 13.12.2018 außer Kraft, so dass diese Abfallgebührensatzung für das Gebührenjahr 2020 keine Wirkung mehr entfalten und die Grundlage für eine Gebührenerhebung bilden konnte. Zudem ergibt sich aus der Abfallgebührensatzung 2019 auch nicht der Wille des Satzungsgebers, dass diese Satzung ausschließlich für das Gebührenjahr 2019 Geltung beanspruchen sollte. Anders als der Eindruck den möglicherweise die Überschrift der Satzung („2019") vermittelt, ist der sachliche und zeitliche Anwendungsbereich nach dem insoweit nur maßgeblichen Wortlaut der Regelung des § 10 S. 1 Abfallgebührensatzung 2019 nicht nur auf das Gebührenjahr 2019 begrenzt gewesen (zur rechtsförmlichen Gestaltung von Inkrafttretensregelungen: Bundesministerium für Justiz, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, Bundesanzeiger 2008, Nr. 160a, Rn. 438 f.). Für eine juristische Sekunde, nämlich bis zur Veröffentlichung der Abfallgebührensatzung 2020 vom 19.03.2020, ebenfalls im Amtsblatt Nr. 14 vom 05.04.2020, beanspruchte die Abfallgebührensatzung 2019 zumindest auch Geltung für die auf das Jahr 2019 folgenden Jahre. Zudem findet sich unter anderem in § 4 Abs. 1 Nr. 1 Abfallgebührensatzung 2019 die Regelung zur Höhe der jährlichen Grundgebühr wieder, welche nicht auf das Gebührenjahr 2019 beschränkt ist. Die Annahme einer zeitlich nicht auf das Gebührenjahr 2019 beschränkten Geltung der Abfallgebührensatzung 2019 lässt sich auch mit der Regelung in § 10 S. 1 und 2 Abfallgebührensatzung 2020 rechtfertigen. Danach tritt die Satzung zum 01.01.2020 in Kraft und gleichzeitig tritt die zum 01.01.2019 in Kraft getretene Abfallgebührensatzung 2019 außer Kraft. Hätte der Satzungsgeber mit der Abfallgebührensatzung 2019 eine befristete Regelung für das Gebührenjahr 2019 treffen wollen, so hätte dieser keine Rückwirkung der Abfallgebührensatzung 2020 zum 01.01.2020 sowie ein gleichzeitiges Außerkrafttreten der Abfallgebührensatzung 2019 regeln müssen, da mit dem zeitlichen Ablauf des Gebührenjahres 2019 die Abfallgebührensatzung 2019 gleichsam ihre rechtliche Wirkung verloren hätte, ohne dass es einer Außerkraftsetzung bedurft hätte. Anders als der Beklagte meint, knüpft die Abfallgebührensatzung 2020 daher nicht zeitlich unmittelbar an die bis dahin geltende Abfallgebührensatzung 2019 an. Darüber hinaus erweist sich die Abfallgebührensatzung 2019 auch als rechtmäßig (vgl. Urteil der Kammer vom 13.01.2022, a.a.O.), weshalb diese auch bis zum Inkrafttreten der Abfallgebührensatzung 2020 die Grundlage für die Abfallgebührenerhebung bilden konnte und daher auch als Vorgängersatzung in den Blick zu nehmen ist. Vergleicht man nunmehr die jeweils in § 4 Abs. 1 Nr. 1 Abfallgebührensatzung 2019 und Abfallgebührensatzung 2020 geregelte Höhe der jährlichen Grundgebühr, so zeigt sich, dass mit der Abfallgebührensatzung 2020 ein Anstieg der Grundgebühr von 33,77 € auf 39,44 € zu verzeichnen ist. Dieser

Anstieg der Grundgebühr verschafft dem Beklagten durch eine rückwirkende Inkraftsetzung der Abfallgebührensatzung 2020 damit verbotene Mehr-Einnahmen gegenüber einem früheren Zustand, was einen Verstoß gegen das Schlechterstellungsverbot nach § 2 Abs. 2 S. 4 KAG-LSA darstellt. Unerheblich ist dabei, ob der Beklagte sich tatsächlich solche Mehr-Einnahmen verschafft hat. Nach Auffassung des Gerichts kommt es für die Annahme des Schlechterstellungsverbotes lediglich auf die objektive Möglichkeit der Verschaffung solcher Mehr-Einnahmen an. Ausweislich der gegenübergestellten Gebührensätze bestand vorliegend diese Möglichkeit.

54 Sofern der Beklagte die Auffassung vertritt, die Klägerin könne sich nicht auf das Schlechterstellungsverbot berufen, weil die Abfallgebührensatzung 2019 und die Abfallgebührensatzung 2020 an demselben Tag, nämlich am 19.03.2020, vom Kreistag des Beklagten beschlossen und am 05.04.2020 im Amtsblatt des Beklagten veröffentlicht worden seien, vermag diese Auffassung das Gericht nicht zu überzeugen. Entscheidungserheblich kommt es für die Anwendung des Schlechterstellungsverbotes darauf an, dass die rückwirkend erlassene Satzung bis dahin geltendes Satzungsrecht ersetzt und dabei einen Zeitraum erfasst, der durch die bisher geltende Satzung geregelt war. Ausweislich der obigen Ausführungen liegt hier der Fall so. Der Zeitpunkt der Veröffentlichung des Satzungsrechts im Amtsblatt ist danach im vorliegenden Fall unerheblich.

55 Dem Einwand des Beklagten, die Klägerin könne sich auch deshalb nicht auf das Schlechterstellungsverbot berufen, weil der Klägerin mit den Beschlüssen über die Abfallgebührensatzungen 2019 und 2020 an demselben Tag ein Vertrauensschutz in die „alte" Rechtslage nicht zuteilwerde, folgt das Gericht nicht. Bei dieser Argumentation lässt der Beklagte außer Betracht, dass das Schlechterstellungsverbot nach den obigen Ausführungen nicht dem Schutz der Abgabepflichtigen dienen soll, sondern dem Verbot von Mehr-Einnahmen. Aus diesem Grund kommt es auch nicht darauf an, inwieweit der Abgabepflichtige auf den Bestand der bisher geltenden Rechtslage vertrauen durfte. Entscheidend ist vielmehr, ob sich der Beklagte mit der rückwirkenden Regelung Mehreinnahmen verschafft hat. Dies hat das Gericht bereits bejaht.

56 Bezüglich des noch streitigen Teils der Klage bestimmt sich die Kostenfolge nach § 154 Abs. 1 VwGO. Im Sinne einer einheitlichen Kostenentscheidung waren die Kosten des Verfahrens nach § 155 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 VwGO verhältnismäßig zu teilen. Danach entspricht die getroffene Kostenquotelung entsprechend der Gebührenforderung des Beklagten für die Gebührenjahre 2019 und 2020 dem anteiligen Obsiegen und Unterliegen der Beteiligten.

57 7. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus § 167 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 VwGO i.V.m. §§ 708 Nr. 11, 711 ZPO.

Zitiervorschlag:
VG Magdeburg Urt. v. 19.9.2022 – 7 A 660/20 MD, BeckRS 2022, 30942

BeckRS 2022, 28885

LSG Bayern (4. Senat), Urteil vom 28.07.2022 – L 4 P 31/22 LP

Titel:
Pflegeversicherung: Erstattung von bayerischem Landespflegegeld
Normenketten:
SGB I § 56

SGB VI § 118 Abs. 4
BayLPflGG Art. 4 Abs. 2

Amtliche Leitsätze:

1. Das Landespflegegeld ist wegen seines höchstpersönlichen Charakters nicht im Wege der Sonderrechtsnachfolge (§ 56 Abs. 1 SGB I) übergangsfähig. (Rn. 30)

2. Ein Rückforderungsanspruch des Bayerischen Landesamts für Pflege nach Art. 4 Abs. 2 BayLPflGG i.V.m. der entsprechenden Anwendung des § 118 Abs. 4 SGB VI setzt nicht voraus, dass das nach dem Tod eines Berechtigten ausgezahlte Landespflegegeld "für die Zeit nach dem Tod des Berechtigten" erbracht worden ist. (Rn. 31)

Rechtsgebiet:

Sozialrecht

Schlagworte:

Pflegeversicherung, bayerisches Landespflegegeld, Tod des Pflegebedürftigen, Rückforderungsanspruch, Erstattung, Sonderrechtsnachfolge, höchstpersönlicher Charakter

vorgehend:

SG München, Urteil vom 16.03.2022 - S 59 P 445/21 LP (Rechtskraft: unbekannt)

ECLI:

ECLI:DE:BAYLSG:2022:0728.L4P31.22LP.0A

Rechtskraft:

unbekannt

Tenor:

I. Auf die Berufung des Beklagten wird das Urteil des Sozialgerichts München vom 16. März 2022 aufgehoben und die Klage gegen den Bescheid vom 30. August 2021 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 20. Oktober 2021 abgewiesen.
II. Der Kläger trägt die Kosten des Verfahrens.
III. Der Streitwert wird auf 1.000 Euro festgesetzt.

Tatbestand:

1 Streitig ist die Erstattung von ausgezahltem bayerischem Landespflegegeld.

2 Der Kläger und Berufungsbeklagte ist der Sohn der 1927 geborenen und am 14.11.2020 verstorbenen M (im Folgenden: Pflegebedürftige). Diese bezog ab dem 02.09.2020 Leistungen der Pflegeversicherung entsprechend dem Pflegegrad 3.

3 Am 24.10.2020 beantragte die Pflegebedürftige beim Beklagten und Berufungskläger Landespflegegeld nach dem Bayerischen Landespflegegeldgesetz (BayLPflGG). Sie verstarb am 14.11.2020. Einziger Erbe ist der Kläger, der mit seiner Mutter im Zeitpunkt ihres Todes weder in einem gemeinsamen Haushalt lebte noch von ihr unterhalten worden war.

4 Mit Bescheid vom 20.11.2020 bewilligte der Beklagte für die Pflegebedürftige das beantragte Landespflegegeld ab dem Pflegegeldjahr 2019/2020 (01.10.2019 - 30.09.2020).

5 Nachdem eine Melderegisterprüfung am 28.03.2021 ergeben hatte, dass die Pflegebedürftige am 14.11.2020 verstorben war, forderte der Beklagte mit

Schreiben vom 01.04.2021 die C Bank auf, das nach dem Tod der Pflegebedürftigen ausbezahlte Landespflegegeld in Höhe von 1000 € zu erstatten. Die C Bank teilte mit Schreiben vom 14.04.2021 mit, dass das Konto keine entsprechende Deckung mehr aufweise. Die Zahlung des Beklagten sei am 20.11.2020 auf dem Konto der Pflegebedürftigen eingegangen und taggleich per Überweisung an den Kläger als Zahlungsempfänger verfügt worden.

6 Mit Bescheid vom 30.08.2021 forderte der Beklagte vom Kläger die Erstattung des am 20.11.2020 ausbezahlten Landespflegegeldes gemäß Art. 4 Abs. 2 BayLPflGG in Verbindung mit § 118 Abs. 4 SGB VI. Den dagegen erhobenen Widerspruch des Klägers wies der Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 20.10.2021 zurück.

7 Dagegen hat der Kläger am 04.11.2021 Klage zum Sozialgericht München (SG) erhoben und geltend gemacht, dass der Tod seiner Mutter nicht zum Erlöschen des Anspruchs und zum Wegfall des Rechtsgrundes für die Auszahlung geführt habe. Gemäß § 59 Satz 2 SGB I würden Ansprüche auf Geldleistungen nur erlöschen, wenn sie im Zeitpunkt des Todes des Berechtigten weder festgestellt seien noch ein Verwaltungsverfahren über sie anhängig sei. Im Zeitpunkt des Todes der Leistungsberechtigten sei jedoch ein Verwaltungsverfahren anhängig gewesen. Der Rechtsgrund aus der früheren Bewilligung bestehe fort. Zudem läge ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Grundgesetzes (Art. 3 Abs. 1 GG) sowie gegen das im Grundgesetz verankerte Rechtsstaatsprinzip vor, wenn der Anspruch auf Auszahlung von der Zufälligkeit abhänge, ob die Behörde den Betrag vor dem Versterben des Betroffenen bereits ausgezahlt habe oder nicht.

8 Der Beklagte hat vorgetragen, dass der Anspruch auf Landespflegegeld mit dem Tod der Anspruchsberechtigten am 14.11.2020 untergegangen sei, da der Anspruch nach Art. 2 Abs. 4 Satz 3 BayLPflGG nicht vererblich sei. Ein Rechtsgrund sei auch nicht durch den Bescheid vom 20.11.2020 gegeben, da der Bescheid gem. § 39 Abs. 1 SGB X mangels Bekanntgabe nicht wirksam geworden sei.

9 Das SG hat der Klage mit Urteil vom 16.03.2022 stattgegeben und den Bescheid des Beklagten in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 20.10.2021 aufgehoben. Die Erstattung von Landespflegegeld könne nicht auf Art. 4 Abs. 2 BayLPflGG in Verbindung mit § 118 Abs. 4 SGB VI gestützt werden. Die Vorschrift des § 118 Abs. 4 Satz 1 SGB VI sei in der entsprechenden Anwendung gemäß Art. 4 Abs. 2 BayLPflGG so zu lesen, dass die Erstattungspflicht nicht gegenüber dem Träger der Rentenversicherung, sondern gegenüber dem Freistaat Bayern bestehe. Dagegen setze § 118 Abs. 4 Satz 1 SGB VI auch in der entsprechenden Anwendung gemäß Art. 4 Abs. 2 BayLPflGG voraus, dass Geldleistungen für die Zeit nach dem Tod des Berechtigten zu Unrecht erbracht worden seien. Diese Voraussetzungen seien hier nicht erfüllt. Es könne zwar sein, dass das Landespflegegeld aufgrund des vorangegangenen Todes der Pflegebedürftigen und der Nichtvererblichkeit des Anspruchs zu Unrecht ausbezahlt worden sei. Jedenfalls aber handele es sich nicht um eine Geldleistung „für die Zeit nach dem Tod des Berechtigten". Denn das am 20.11.2020 ausgezahlte Landespflegegeld habe sich nicht auf die Zeit nach dem Tod der am 14.11.2020 verstorbenen Leistungsberechtigten bezogen, sondern auf das Pflegegeldjahr 2019/2020, welches am 30.09.2020 beendet war, sodass es sich um eine Geldleistung für die Zeit vor dem Tod der Berechtigten gehandelt habe.

10 Der Verweis des Art. 4 Abs. 2 BayLPflGG auf § 118 Abs. 3 bis 4a SGB VI stelle eine Rechtsgrund- und keine bloße Rechtsfolgenverweisung dar. Deshalb könne die Vorschrift nicht auf solche Fälle entsprechend angewendet werden, in denen

Landespflegegeld nach dem Tod des Berechtigten für ein noch zu Lebzeiten des Berechtigten abgeschlossenes Pflegegeldjahr rückwirkend ausbezahlt worden ist. Wäre eine bloße Rechtsfolgenverweisung beabsichtigt gewesen, hätte der Landesgesetzgeber in Art. 4 Abs. 2 BayLPflGG die Voraussetzungen, unter denen die Vorschrift entsprechend anwendbar sein soll, genau bezeichnen müssen, zumal es sich bei der Vorschrift des § 118 Abs. 3 bis 4a SGB VI um eine Eingriffsnorm handele, die einschneidende Rückzahlungsverpflichtungen für weitreichende Personenkreise haben könne, die nicht von der Erbschaft profitieren (z.B. Vermieter oder sonstige Zahlungsempfänger). Dies gelte umso mehr, als andere Tatbestandsmerkmale des § 118 Abs. 4 SGB VI, wie die Unrechtmäßigkeit der Auszahlung, unstrittig auch in der entsprechenden Anwendung gelten sollen, so dass eine reine Rechtsfolgenverweisung ohnehin nicht in Betracht komme. Die Auffassung des Beklagten laufe darauf hinaus, nur die Geltung eines einzelnen Tatbestandsmerkmals in einem ihm vorteilhaften Sinne auszuschließen.

11 Für eine Auslegung, wonach Art. 4 Abs. 2 BayLPflGG die entsprechende Anwendung des § 118 Abs. 3 bis 4a SGB VI auf die rückwirkende Auszahlung von Landespflegegeld für ein noch vollständig erlebtes Landespflegegeldjahr anordne, fänden sich in den Gesetzgebungsmaterialien keine Hinweise. Diese Auslegung lasse sich auch nicht mit der Überlegung rechtfertigen, dass die entsprechende Anwendung des § 118 Abs. 3 bis 4a SGB VI sonst leerliefe. Denn die Vorschrift sei problemlos anwendbar auf Fälle, in denen aufgrund eines einmal als Dauerverwaltungsakt erlassenen Bewilligungsbescheides in künftigen Jahren Landespflegegeld für Zeiträume ausbezahlt wird, die nach dem Tode des Leistungsberechtigten liegen. Eine solche Auszahlung in künftigen Jahren sei zwar unwahrscheinlich, weil das Landesamt für Pflege vor jeder jährlichen Auszahlung per Melderegisterauskunft prüfe, ob der jeweilige Leistungsempfänger den 30.09. des jeweiligen Jahres noch erlebt habe - das sei jedoch eine Frage des Verwaltungsvollzugs und ändere nichts an der grundsätzlichen Möglichkeit, fehlerhaft für Zeiten nach dem Versterben ausgezahlte Leistungen unter Benutzung des „scharfen Schwerts" des § 118 Abs. 3 bis 4a SGB VI von Banken, Verfügenden und Empfängern dieser Verfügungen zurückzuholen.

12 Dagegen hat der Beklagte am 13.04.2022 Berufung erhoben. Art. 4 Abs. 2 BayLPflGG erkläre § 118 Abs. 3 bis 4a SGB VI für entsprechend anwendbar. Es handele sich nicht um eine Rechtsgrund-, sondern um eine Rechtsfolgenverweisung, welche die Rückforderung von überzahltem Landespflegegeld ermöglichen solle. Der Formulierung „für die Zeit nach dem Tod des Berechtigten" komme, bezogen auf das Bayerische Landespflegegeldgesetz, keine Bedeutung zu.

13 Die Anwendbarkeit von § 118 Abs. 3 bis 4a SGB VI auf sämtliche Fälle überzahlter Landespflegegeldzahlungen finde ihre Stütze in der Gesetzesbegründung, wonach die Verweisung des Art. 4 Abs. 2 BayLPflGG klarstelle, dass überzahlte Landespflegegeldzahlungen zurückgefordert werden sollten. Auch der Normzweck gebiete die Anwendbarkeit von § 118 Abs. 3 bis 4a SGB VI auf sämtliche Fälle von überzahlten Landespflegegeldzahlungen.

14 Soweit das SG seine Auslegung mit einschneidenden Rückzahlungsverpflichtungen für weitgehende Personenkreise begründe, gäbe es verschiedene Möglichkeiten, um unbillige Folgen durch Rückforderungen überzahlter Landespflegegeldzahlungen zu vermeiden, ohne dabei die Rückforderungsmöglichkeiten pauschal über Gebühr

einzuschränken.

15 Zugleich solle jedoch nach Ansicht des SG die Nutzung des „scharfen Schwerts" des § 118 Abs. 3 bis 4a SGB VI dann möglich sein, wenn Landespflegegeld für Zeiträume ausbezahlt werde, die nach dem Tod der leistungsberechtigten Person liegen. Dies beschreibe den Fall, dass der Leistungsberechtigte im Laufe eines Pflegejahres versterbe und dieser Umstand dem Landesamt für Pflege solange nicht bekannt werde, dass es nach Ablauf des darauffolgenden Pflegejahres zu einer weiteren Auszahlung komme. Warum der vom SG erwähnte Vermieter in diesem Fall weniger schutzwürdig sein sollte als in den anderen Fällen, bleibe offen.

16 Der Kläger ist der Berufung entgegengetreten. Er hat sich insbesondere auf die Ausführungen des SG bezogen und ergänzend vorgetragen, dass zugunsten des Klägers die über Art. 4 Abs. 2 BayLPflGG entsprechend anzuwendende Vorschrift des § 59 Satz 2 SGB I greife.

17 Der Beklagte beantragt,
das Urteil des Sozialgerichts München vom 16. März 2022 aufzuheben und die Klage gegen den Bescheid vom 30.08.2021 in Gestalt des Widerspruchbescheides vom 20.10.2021 abzuweisen.

18 Der Kläger beantragt,
die Berufung des Beklagten zurückzuweisen.

19 Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Berufungsakte sowie der beigezogenen Akten des Sozialgerichts und der Beklagten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

20 Die form- und fristgerecht (§§ 143, 151 SGG) eingelegte Berufung des Beklagten ist zulässig und begründet. Das SG hat der Klage zu Unrecht stattgegeben. Der angefochtene Bescheid des Beklagten vom 30.08.2021 in Gestalt des Widerspruchbescheides vom 20.10.2021 ist nicht zu beanstanden. Der Kläger ist verpflichtet, das am 20.10.2020 auf das Konto seiner zu diesem Zeitpunkt bereits verstorbenen Mutter überwiesene Landespflegegeld dem Bayerischen Landesamt für Pflege zu erstatten. Rechtsgrundlage hierfür ist Art. 4 Abs. 2 BayLPflGG i.V.m. § 118 Abs. 4 SGB VI.

21 Art. 4 Abs. 2 BayLPflGG sieht vor, dass § 118 Abs. 3 bis 4a SGB VI entsprechend anzuwenden sind. Nach § 118 Abs. 4 Satz 1 SGB VI sind, soweit Geldleistungen für die Zeit nach dem Tod des Berechtigten zu Unrecht erbracht worden sind, sowohl die Personen, die die Geldleistungen unmittelbar in Empfang genommen haben oder an die der entsprechende Betrag durch Dauerauftrag, Lastschrifteinzug oder sonstiges bankübliches Zahlungsgeschäft auf ein Konto weitergeleitet wurde (Empfänger), als auch die Personen, die als Verfügungsberechtigte über den entsprechenden Betrag ein bankübliches Zahlungsgeschäft zu Lasten des Kontos vorgenommen oder zugelassen haben (Verfügende), dem Träger der Rentenversicherung zur Erstattung des entsprechenden Betrages verpflichtet.

22 Der in Art. 4 Abs. 2 BayLPflGG enthaltene Verweis auf § 118 Abs. 3 bis 4a SGB VI stellt weder eine Rechtsgrund- noch eine Rechtsfolgenverweisung dar. Beides kommt hier nicht in Betracht, weil Art. 4 Abs. 2 BayLPflGG keine direkte, sondern lediglich eine entsprechende Anwendung der in § 118 Abs. 3-4a SGB VI enthaltenen Regelungen anordnet. Bei dem in Art. 4 Abs. 2 BayLPflGG enthaltenen Verweis auf § 118 Abs. 3 bis 4a SGB VI handelt sich um eine Analogieverweisung (hierzu: Handbuch der Rechtsförmlichkeit, BMJ, Rn 219, 232), bei der die entsprechend anzuwendende Norm so umzuformulieren ist, dass der

Rechtsgedanke, der ihr zugrunde liegt, im Rechtsbereich der verweisenden Norm Anwendung finden kann unter Berücksichtigung der grundsätzlich bestehenden Unterschiede zwischen dem Rechtsbereich der verweisenden Norm und dem Rechtsbereich der entsprechend anzuwendenden Norm (vgl. dazu z.B. Hissnauer in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB X, 2. Aufl., § 61 SGB X Rn 11 zur entsprechenden Anwendbarkeit von Vorschriften des BGB).

23 § 118 Abs. 4 SGB VI billigt den Rentenversicherungsträgern einen Rückforderungsanspruch gegenüber den Empfängern und Verfügungsberechtigten von Geldleistungen zu, die für die Zeit nach dem Tod des Berechtigten zu Unrecht erbracht wurden und nicht vom Geldinstitut zurücküberwiesen werden können. Überträgt man diesen Rechtsgedanken auf den Rechtsbereich des Bayerischen Landespflegegeldgesetzes, wird durch den Verweis in Art. 4 Abs. 2 BayLPflGG auf § 118 Abs. 4 SGB VI ein Rückforderungsanspruch des Bayerischen Landesamts für Pflege normiert gegenüber den Empfängern und Verfügungsberechtigten von ausgezahltem Landespflegegeld, das nach dem Tod des Berechtigten zu Unrecht erbracht wurde und nicht vom Geldinstitut zurücküberwiesen werden kann.

24 Soweit das SG im Hinblick auf die in § 118 Abs. 4 Satz 1 SGB VI enthaltene Formulierung „Geldleistungen für die Zeit nach dem Tod des Berechtigten" angenommen hat, dass ein Rückforderungsanspruch des Bayerischen Landesamts für Pflege gemäß Art. 4 Abs. 2 BayLPflGG i.V.m. § 118 Abs. 4 SGB VI darüber hinaus voraussetzt, dass sich das ausgezahlte Landespflegegeld auf die Zeit nach dem Tod des Berechtigten bezieht, wird dies den im Rahmen einer Analogieverweisung zu berücksichtigenden grundlegenden Unterschieden, die zwischen Geldleistungen nach dem SGB VI einerseits und Landespflegegeldzahlungen andererseits bestehen, nicht gerecht:

25 1. Laufende Geldleistungen nach dem SGB VI mit Ausnahme des Übergangsgeldes werden nach § 118 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 SGB VI am Ende des Monats fällig, zu dessen Beginn die Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind; sie werden am letzten Bankarbeitstag dieses Monats ausgezahlt (§ 118 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 SGB VI). Die genannten Zahlungen werden also für bestimmte Kalendermonate, zu deren Beginn die jeweiligen Anspruchsvoraussetzungen vorliegen müssen, geleistet. Renten werden bis zum Ende des Kalendermonats geleistet, in dem die Berechtigten gestorben sind, § 102 Abs. 5 SGB VI.

26 Die Auszahlung des bayerischen Landespflegegeldes bezieht sich auf ein ganzes Pflegegeldjahr, worunter der Zeitraum vom 1. Oktober eines Jahres bis zum 30. September des Folgejahres zu verstehen ist (Art. 1 Abs. 2 BayLPflGG). Für die Anspruchsberechtigung reicht der Nachweis, dass der Pflegebedürftige an mindestens einem Tag des Pflegegeldjahres im Umfang von mindestens Pflegegrad 2 pflegebedürftig war (Art. 2 Abs. 1 Nr. 2 BayLPflGG) und er den Vorgaben des Bundesmeldegesetzes entsprechend mit seiner alleinigen Wohnung oder Hauptwohnung im Freistaat Bayern gemeldet ist (Art. 2 Abs. 1 Nr. 1 BayLPflGG). Hinsichtlich der Meldung des Hauptwohnsitzes im Freistaat Bayern ist für das erste Jahr des Bezuges der Zeitpunkt der Antragstellung maßgeblich, danach der letzte Tag des jeweiligen Pflegegeldjahres (Art. 2 Abs. 1 Satz 2 BayLPflGG).

27 Dies hat zur Folge, dass das Landespflegegeld, welches nach Art. 3 Satz 2 BayLPflGG bereits vor Ablauf des Pflegegeldjahres beantragt werden kann, bei seiner erstmaligen Auszahlung schon vor Ablauf des Pflegegeldjahres ausgezahlt werden kann, da die Anspruchsvoraussetzungen beim erstmaligen Bezug bereits

dann erfüllt sind, wenn der Hauptwohnsitz im Zeitpunkt der Antragstellung im Freistaat Bayern war und der Pflegebedürftige nachweist, dass er mindestens an einem Tag des laufenden Pflegegeldjahres pflegebedürftig im Umfang von mindestens Pflegegrad 2 gewesen ist. Stirbt der Berechtigte in einem solchen Fall wenige Tage vor der erstmaligen Auszahlung des Landespflegegeldes, lässt sich die Frage, ob es sich um eine Geldleistung für die Zeit vor oder nach dem Tod des Berechtigten handelt, schon gar nicht eindeutig beantworten. Es handelt sich um eine Geldleistung, die sich auf ein laufendes Pflegegeldjahr bezieht, das beim Tod des Berechtigten noch nicht ganz abgelaufen war.

28 Alle weiteren Auszahlungen des Landespflegegeldes können erst nach Beendigung des jeweiligen Pflegegeldjahres erfolgen, da nun Bezugsvoraussetzung ist, dass der Pflegebedürftige am letzten Tag des Pflegegeldjahres seinen Wohnsitz im Freistaat Bayern hat. Diese Geldauszahlungen werden sich daher nahezu ausnahmslos auf Zeiträume beziehen, die vor dem Tod des Berechtigten liegen. Das vom SG für die Anwendbarkeit des Art. 4 Abs. 2 BayLPflGG i.V.m. § 118 Abs. 4 SGB VI geforderte Erfordernis einer Geldleistung „für die Zeit nach dem Tod des Berechtigten" wird in diesen Fällen daher in aller Regel nicht erfüllt sein. Folgte man der Ansicht des SG, verbliebe bei der Ausführung des Bayerischen Landespflegegeldgesetzes praktisch kein Raum für eine entsprechende Anwendung des § 118 Abs. 4 SGB VI.

29 2. Fällige Ansprüche auf Geldleistungen nach dem SGB VI sind grundsätzlich vererblich (§ 58 SGB I) und können auch im Wege der Sonderrechtsnachfolge (§ 56 SGB I) übergehen. Im Rahmen des SGB VI ist daher von entscheidender Bedeutung, ob Geldleistungen für die Zeit vor dem Tod des Berechtigten oder für die Zeit nach dem Tod des Berechtigten gezahlt wurden. Geldleistungen, die für die Zeit nach dem Tod des Berechtigten gezahlt wurden, sind stets zu Unrecht erbracht worden (vgl. § 102 Abs. 5 SGB VI). Hingegen können Geldzahlungen, die für die Zeit vor dem Tod des Berechtigten geleistet wurden, auch dann rechtmäßig erbracht worden sein, wenn sie erst nach dem Tod des Berechtigten ausgezahlt werden. Für einen Erstattungsanspruch der Rentenversicherung nach § 118 Abs. 4 SGB VI ist daher wesentlich, dass eine Geldleistung für die Zeit nach dem Tod des Berechtigten erbracht wurde.

30 Im Unterschied zu Ansprüchen auf Geldleistungen nach dem SGB VI ist der Anspruch auf Landespflegegeld weder vererblich (Art. 2 Abs. 4 Satz 3 BayLPflGG) noch als höchstpersönlicher Anspruch im Wege der Sonderrechtsnachfolge übergangsfähig (vgl. dazu Urteil des Senats vom 24.05.2022, L 4 P 2/22 LP). Der Anspruch erlischt stets mit dem Tod des Pflegebedürftigen. Aus diesem Grund sind Landespflegegeldzahlungen, die nach dem Tod eines Berechtigten geleistet werden, ausnahmslos zu Unrecht erbracht - völlig unabhängig davon, auf welches Pflegegeldjahr sie sich beziehen. Für eine Differenzierung danach, ob sich entsprechende Überzahlungen auf ein vor dem Tod des Berechtigten liegendes Pflegegeldjahr beziehen oder auf ein solches nach dem Tod des Pflegebedürftigen, ist - anders als im Bereich des SGB VI - kein vernünftiger Grund ersichtlich.

31 Bei verständiger Würdigung setzt daher ein Rückforderungsanspruch des Landesamts für Pflege nach Art. 4 Abs. 2 BayLPflGG i.V.m. der entsprechenden Anwendung des § 118 Abs. 4 SGB VI nicht voraus, dass das nach dem Tod eines Berechtigten ausgezahlte Landespflegegeld „für die Zeit nach dem Tod des Berechtigten" erbracht worden ist.

3 Im vorliegenden Fall ist die Pflegebedürftige am 14.11.2020 verstorben, das

2 Landespflegegeld war jedoch nach Antrag vom 24.10.2020 erst am 20.11.2020 von der Beklagten bewilligt und an die Pflegebedürftige ausgezahlt worden. Mit dem Tod der Pflegebedürftigen ist der Anspruch auf das Landespflegegeld untergegangen, da der Anspruch wegen fehlender Übergangsfähigkeit nicht auf eine andere Person übergehen konnte. Ein Rechtsgrund für die nach dem Tod der Pflegebedürftigen erbrachte Leistung besteht nicht - ein solcher kann insbesondere auch nicht im Bescheid vom 20.11.2020 gesehen werden, weil der Bescheid mangels Bekanntgabe nicht wirksam geworden ist (§ 39 Abs. 1 SGB X). Das Landespflegegeld ist daher zu Unrecht erbracht worden.

33 Der Zahlungsanspruch der Pflegebedürftigen ist mit ihrem Tod nicht im Wege der Erbfolge auf den Kläger, der ihr einziger Erbe war, übergegangen, weil Art. 2 Abs. 4 Satz 3 BayLPflGG ausdrücklich regelt, dass der Anspruch auf Landespflegegeld nicht vererblich ist. Dieser Ausschluss der Vererblichkeit verstößt auch nicht gegen höherrangiges Recht, insbesondere nicht gegen das durch Art. 103 Abs. 1 Bayerische Verfassung (BV) und Art. 14 Abs. 1 Grundgesetz (GG) gewährleistete Erbrecht. Der Gesetzgeber gewährt den Anspruch auf Landespflegegeld von vornherein nur mit der Maßgabe, dass er mit dem Tod des Berechtigten untergeht. Es handelt sich dabei um eine nähere Ausgestaltung des Erbrechts, wie sie dem Gesetzgeber in Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG zugebilligt wird.

34 Ein Übergang des Anspruchs auf Landespflegegeld von der verstorbenen Pflegebedürftigen auf den Kläger im Wege der Sonderrechtsnachfolge gemäß § 56 Abs. 1 Satz 1 SGB I scheidet ebenfalls aus. Wie oben dargelegt, stellt das Landespflegegeld wegen seines höchstpersönlichen Charakters keine Leistung dar, die im Wege der Sonderrechtsnachfolge übergangsfähig ist.

35 Auch aus § 59 Satz 2 SGB I kann der Kläger keinen Anspruch auf das streitgegenständliche Landespflegegeld herleiten. Nach dieser Vorschrift erlöschen Ansprüche auf Geldleistungen nur, wenn sie im Zeitpunkt des Todes des Berechtigten weder festgestellt sind noch ein Verwaltungsverfahren über sie anhängig ist. Zwar war im Zeitpunkt des Todes der Pflegebedürftigen ein Verwaltungsverfahren über den Anspruch auf Landespflegegeld anhängig, so dass der Anspruch auf diese Geldleistung in der Tat nicht nach § 59 Satz 2 SGB I erloschen ist. Dies hilft dem Kläger jedoch nicht, weil der Anspruch weder im Wege des Erbrechts noch im Wege der Sonderrechtsnachfolge auf ihn übergegangen ist. Die Vorschrift des § 59 Satz 2 SGB I regelt nicht die Rechtsnachfolge eines Anspruchs, sondern setzt diese voraus. Die Regelung ist hier daher nicht anwendbar.

36 Das am 20.11.2020 ausbezahlte Landespflegegeld ist demnach zu Unrecht erbracht worden. Nachdem das kontoführende Institut - hier die C Bank - die Zahlung von 1.000 € wegen mangelnder Deckung des Kontos nicht zurücküberweisen konnte, ist der Kläger als Verfügender und Empfänger des Geldes dem Landesamt für Pflege nach Art. 4 Abs. 2 BayLPflGG i.V.m. § 118 Abs. 4 SGB VI zur Erstattung verpflichtet.

37 Der Berufung der Beklagten ist daher stattzugeben und das angefochtene Urteil aufzuheben.

38 Die Kostenentscheidung folgt aus § 197a Abs. 1 Satz 1 SGG i.V.m. § 154 Abs. 2 VwGO.

39 Das Verfahren ist kostenpflichtig, weil der Kläger nicht zum privilegierten Personenkreis des § 183 Satz 1 SGG gehört. Der Streitwert folgt aus § 197 a Abs.

1 Satz 1 SGG i.V.m. § 52 Abs. 3 GKG.

40 Die Entscheidung ist nicht revisibel, da ausschließlich bayerisches Landesrecht zu prüfen ist, für das eine Zuständigkeit des Bundessozialgerichts nicht besteht. Der Senat entscheidet daher endgültig.

Zitiervorschlag:
LSG Bayern Urt. v. 28.7.2022 – L 4 P 31/22 LP, BeckRS 2022, 28885

BeckRS 2022, 8871

VG Magdeburg (7. Kammer), Urteil vom 13.01.2022 – 7 A 678/20 MD

Titel:
Rechtmäßigkeit einer Abfallgebührensatzung und der dahinterstehenden Gebührenkalkulation

Normenketten:
GG Art. 3 Abs. 1
VwGO § 86 Abs. 1 S. 1, § 162 Abs. 2 S. 2
LSA KAG § 2 Abs. 2, § 5 Abs. 1, Abs. 2
LSA AbfG § 4, § 6 Abs. 1

Amtliche Leitsätze:

1. Die Gebührenkalkulation verstößt nicht gegen höherrangiges Recht, insbesonde-re nicht gegen den Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG, wenn der Beklagte ausrei-chende Ermittlungen über die Anschlusspflichtigen aus privaten Haushalten bzw. anderen Herkunftsbereichen anstellt.
2. Die Kammer hält insoweit an ihrer Rechtsauffassung fest, dass bei der Gebührenkalkulation nicht allein die tatsächlich angeschlossenen Grundstücke maßgeblich sind, auf denen Abfälle zur Beseitigung aus privaten Haushalten oder anderen Herkunftsbereichen anfallen, sondern vielmehr der Kreis der normativ Anschlusspflichtigen zu berücksichtigen ist.
3. Sofern daher der Beklagte für einen zurückliegenden Zeitraum eine Gebührenkalkulation erstellt, ist dieser gehalten, Grundstücke auf ihre seinerzeitige Anschlusspflicht hin zu überprüfen und realitätsnahe Zahlen zu ermitteln.
4. Wenn den Mitgliedern des Kreistages im Zeitpunkt der Beschlussfassung über die Abfallgebührensatzung neben dem Ergebnis der ermittelten Gebührensätze auch die Unterlagen zur Kalkulation der Gebührensätze nebst einem Erläuterungsbericht zur Gebührenkalkulation vorgelegen haben, ist denen zum Kreisumlagerecht aufge-stellten Grundsätzen zur Erfüllung der Ermittlungs- und Offenlegungspflicht (vgl. OVG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 17.03.2020 - 4 L 184/18 - juris) genüge getan.
5. Ergeben sich durch nachvollziehbare und plausible Ermittlungen und Berechnungen des Beklagten, dass die durchschnittliche Dichte der in Müllschleusen gesam-melten Abfallmenge von dem maximalen Füllvolumen der Müllschleuse abweicht, verstößt es nicht gegen höherrangiges Recht, wenn der Beklagte in seiner Gebührenkalkulation ausschließlich die ermittelten Durchschnittswerte berücksichtigt.
6. Mit der Möglichkeit der Eigenverwertung besteht für Eigentümer

oder die sonst am Grundstück dinglich Berechtigten - anders als bei Restabfall aus privaten Haushaltungen - nicht die Pflicht zum Anschluss an die öffentliche Abfallentsorgung des Beklagten, weshalb der Beklagte im Umkehrschluss auch nicht gehalten ist, gegen-über diesen den Anschlusszwang durchzusetzen. Insoweit gehören diejenigen, die von der Eigenverwertung Gebrauch machen, nicht zum Kreis der normativ Anschlusspflichtigen, und müssen keinen Eingang in die Gebührenkalkulation finden.

Rechtsgebiete:
Sonstiges besonderes Verwaltungsrecht, Verwaltungsverfahren und -prozess
Schlagworte:
Abfallgebühren, Gebührenkalkulation, normativ Anschlusspflichtige, Ermittlungs- und Offenlegungspflicht, Kreistag, Abfallgebührensatzung, Benutzungszwang, Mangel, Rechtmäßigkeit
ECLI:
ECLI:DE:VGMAGDE:2022:0113.7A678.20MD.0A
Rechtskraft:
unbekannt

Tenor:

Das Verfahren wird eingestellt, soweit die Beteiligten den Rechtsstreit übereinstimmend für erledigt erklärt haben.
Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
Die Kosten des Verfahrens trägt die Klägerin zu 4/10 und der Beklagte zu 6/10.
Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar. Der jeweilige Vollstreckungsschuldner kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der jeweilige Vollstreckungsgläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.
Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für das Vorverfahren wird für notwendig erklärt.

Tatbestand:

1 Die Klägerin wendet sich nunmehr nur noch gegen die endgültige Festsetzung von Abfallgebühren für den Erhebungszeitraum vom 01.01.2019 bis 31.12.2019.

2 Die Klägerin ist am Anschlussort Vermieterin dreier Mietwohnungen sowie Betreiberin eines Alten- und Pflegeheims.

3 Mit Bescheid vom 24.04.2020 setzte der Beklagte gegenüber der Klägerin für den Erhebungszeitraum 2019 endgültig Abfallgebühren in Höhe von 6.365,59 € (Nr. 1) und für den Erhebungszeitraum 2020 vorläufig Abfallgebühren in Höhe von 8.729,68 € (Nr. 2) fest. Wegen bereits gezahlter Abschläge für den Erhebungszeitraum 2019 wurden insgesamt Abfallgebühren in Höhe von 9.207,28 € festgesetzt. Der Festsetzung lagen die Abfallgebührensatzung 2019 sowie die Abfallgebührensatzung 2020 des Beklagten jeweils in der Fassung vom 19.03.2020 zugrunde. Bei der Berechnung für den Erhebungszeitraum 2019 ging der Beklagte für die drei Mietwohnungen jeweils von einem Einwohnergleichwert 1 und für das Alten- und Pflegeheim von einem Einwohnergleichwert 24 sowie insgesamt 134

Entleerungen der 1.100-l-Restabfallbehälter aus. Ein Einwohnergleichwert entspreche einer Grundgebühr in Höhe von 33,77 € und eine Entleerung einer Gebühr in Höhe von 40,70 €, weshalb sich ein Betrag in Höhe von 6.365,59 € ergebe.

4 Gegen diesen Bescheid erhob die Klägerin am 07.05.2020 Widerspruch und bezog sich zur Begründung auf die rechtskräftige Entscheidung des VG Magdeburg vom 15.08.2019 (u.a. Az. 7 A 228/18 MD). Unter Berücksichtigung der dortigen Ausführungen beruhe der Bescheid auf einem Kalkulationsfehler und damit auf einem Satzungsfehler. Weiterhin seien ca. 30.000 Einwohner nicht an die Bioabfall- und mehrere tausend Bürger, welche über eine Nebenwohnung verfügen würden, nicht an die Restabfallentsorgung angeschlossen.

5 Den am 08.05.2020 gestellten Antrag auf Aussetzung der Vollziehung des Bescheides vom 24.04.2020 lehnte der Beklagte mit Bescheid vom 18.05.2020 ab und führte zur Begründung aus, an der Rechtmäßigkeit des Bescheides würden keine Zweifel bestehen. Aus diesem Grund bestehe ein besonderes öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung des Bescheides. Dass die Vollziehung des Bescheides für die Klägerin eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte, hätte diese nicht geltend gemacht und sei nach der bekannten Sachlage auch nicht zu befürchten.

6 Unter dem 14.08.2020 beantragte die Klägerin nochmals die Aussetzung der Vollziehung des Bescheides und bezog sich zur Begründung auf die Ausführungen in ihrem Widerspruch.

7 Mit Widerspruchsbescheid vom 09.11.2020 wies der Beklagte den Widerspruch zurück und lehnte den erneuten Aussetzungsantrag ab. Zur Begründung führte der Beklagte aus, die von der Klägerin in der Widerspruchsbegründung benannten Urteile des VG Magdeburg würden sich ausdrücklich auf den rechtswidrigen Kalkulationszeitraum 2017-2019 beziehen. Der angefochtene Bescheid beruhe jedoch auf den neu erlassenen Abfallgebührensatzungen 2019 und 2020 und den hierauf basierenden Neukalkulationen. Der Mangel für das Jahr 2019 sei aufgrund der Neukalkulation geheilt worden, weshalb im Ergebnis die vorgetragenen Argumente gegenstandslos seien. Die Aussage der Klägerin, dass ca. 30.000 Einwohner nicht an die Bioabfallentsorgung und mehrere tausend Bürger, die über einen Nebenwohnsitz im Landkreis C. verfügen würden, nicht an die öffentliche Abfallentsorgung angeschlossen seien, sei unzutreffend. Die Rechtmäßigkeit der Abfallgebührensatzung hänge nicht vom tatsächlichen Anschluss oder Nichtanschluss ab. Vielmehr sei die prognostisch ermittelte Anzahl der Anschlusspflichtigen als Berechnungsgrundlage in die Gebührenkalkulation aufzunehmen. Die in den Kalkulationen für die Jahre 2019 und 2020 verwendeten Einwohnerzahlen würden auf einer sachgerechten Prognose der Einwohnerzahlen inklusive der zu veranlagenden Nebenwohnsitzbewohner unter Verwendung der aktuellen Zahlen des statistischen Bundesamtes, der 6. Regionalen Bevölkerungsprognose 2014-2030 des Landes Sachsen-Anhalt und Kenntnissen des Beklagten zu den Nebenwohnsitzen beruhen.

8 Dagegen hat die Klägerin am 01.12.2020 Klage erhoben und unter Wiederholung und Vertiefung ihres Vorbringens aus dem Widerspruchsverfahren zur Begründung weiter ausgeführt, in der Kalkulation würde im Unterflursystem statt 5.000 l Fassungsvermögen für die großen Unterflurbehälter lediglich ein Wert von 3.100 l angesetzt werden. Dies führe dazu, dass alle anderen Gebührenzahler diesen

Rabatt, von dem lediglich die Stellen einer Wohnungsbaugesellschaft profitieren würden, mit bezahlen müssten. Für die vom Beklagten vorgenommenen Berechnungen zum durchschnittlichen Volumen der Unterflursysteme gebe es kein Regelwerk, welches diese Vorgehensweise vorsehe.

9 Abgesehen davon seien 3.608 Bürger, welche über eine Nebenwohnung verfügen würden, nicht angeschlossen. Insgesamt seien auch weiterhin 2.517 Einwohner (2019) bzw. 2.699 (2020) nicht angeschlossen und würden nicht in die Kalkulation einbezogen. Die Einwohner von Nebenwohnungen seien in den Kalkulationsunterlagen nirgendwo genannt.

10 Im Hinblick auf die nicht an die Bioabfallentsorgung angeschlossenen Grundstücke sei noch zu berücksichtigen, dass bis zum 25.08.2021 lediglich 1.346 Anträge auf Eigenkompostierung bei dem Beklagten gestellt worden seien. Daraus ergebe sich für das hier fragliche Gebührenjahr eine Nichtberücksichtigung normativ Anschlusspflichtiger. Diejenigen, die nicht selbst kompostieren könnten, seien an die Bioabfallentsorgung anzuschließen. Eine Satzung und Kalkulation, die dies nicht berücksichtige, sei im Ergebnis rechtsfehlerhaft und könne keine taugliche Ermächtigungsgrundlage sein.

11 Ferner würden seit Jahren regelmäßig und kontinuierlich Ausschüttungen seitens der K. GmbH an den Beklagten erfolgen. Dies sei mit dem Kostendeckungsprinzip nicht vereinbar. Der in der Kalkulation berücksichtigte Gewinn führe zu erheblichen Nachteilen für die Gebührenschuldner.

12 Weiterhin würden bei Gewerben doppelte Gebühren anfallen, was nicht hinnehmbar sei, wenn keine entsorgungspflichtigen Abfälle anfallen würden.

13 Die Kalkulation erweise sich auch deshalb als rechtswidrig, weil den Mitgliedern des Kreistages im Zeitpunkt des Beschlusses über die Abfallgebührensatzung nicht sämtliche Unterlagen und Informationen zum Zahlenwerk des Beklagten vorgelegen hätten.

14 Die Klägerin hat ursprünglich beantragt,

den Bescheid des Beklagten vom 24.04.2020 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 09.11.2020 aufzuheben.

15 In der mündlichen Verhandlung haben die Beteiligten den Rechtsstreit übereinstimmend für erledigt erklärt, soweit in dem streitgegenständlichen Bescheid für den Erhebungszeitraum 01.01.2020 bis 31.12.2020 eine vorläufige Gebühr für die Abfallentsorgung festgesetzt wurde.

16 Die Klägerin beantragt nunmehr,

die Ziffer 1 des Bescheides des Beklagten vom 24.04.2020 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 09.11.2020 aufzuheben und ferner die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für das Vorverfahren für notwendig zu erklären.

17 Der Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

18 Er tritt der Klage mit der Begründung entgegen, anders als das Gericht in seinem Urteil vom 15.08.2019 meine, sei die Berücksichtigung normativ Anschlusspflichtiger gebührenrechtlich nicht geboten. Das Gericht habe bei dieser Annahme einen falschen Anknüpfungspunkt gewählt. Die Bemessung der Gebühren erfolge gemäß § 5 Abs. 3 S. 1 KAG-LSA unter Berücksichtigung von Art und Umfang der Inanspruchnahme. Auch bei Bestehen eines Anschluss- und Benutzungszwanges sei - auch für die Erhebung einer Grundgebühr - eine tatsächliche Inanspruchnahme der Abfallentsorgung Voraussetzung für eine

Gebührenpflicht. Nicht angeschlossene, aber Anschlusspflichtige anderer Herkunftsbereiche als private Haushalte würden die öffentliche Einrichtung der Abfallentsorgung nicht in Anspruch nehmen und seien daher nicht gebührenpflichtig. Die Angeschlossenen hingegen würden die Leistung in Anspruch nehmen. Es läge daher keine Ungleichbehandlung gleicher Sachverhalte vor, wenn die Gebührenlast unter den Nutzern der Einrichtung verteilt werde, während Nichtnutzer nicht herangezogen würden. Aus diesem Grund komme es auf die Diskussion zur genauen Anzahl von hiernach zu berücksichtigenden Einwohnergleichwerten nicht an. Ungeachtet dessen habe der Beklagte alle zu berücksichtigenden normativ Anschlusspflichtigen nunmehr tatsächlich in seiner Satzung berücksichtigt und insoweit erhebliche Ermittlungen zur Zahl der Anschlusspflichtigen angestellt. Beispielsweise seien die kreisangehörigen Einheits- und Verbandsgemeinden gebeten worden, im Wege der Amtshilfe Daten über Anzahl, Lage und Eigentümer kleingärtnerisch genutzter Grundstücke zu übermitteln. Selbst bei etwaigen Abweichungen wäre die anerkannte Bagatellgrenze von 3% anzuwenden, weil die normativ Anschlusspflichtigen nicht tatsächlich veranlagt werden können und der Gebührenausfall für die ihnen zuzuordnenden Einwohnergleichwerte aus dem Finanzhaushalt getragen werden müsse, eine Verschiebung mithin nicht zwischen Gebührenpflichtigen untereinander, sondern zwischen Finanzhaushalt und Gebührenpflichtigen erfolge. Insoweit sei keine fehlerhafte Maßstabsbildung anzunehmen.

19 Soweit die Klägerin rüge, Einwohner seien nicht an die Bioabfallentsorgung angeschlossen, weshalb die Kalkulation fehlerhaft sei, verkenne diese dabei, dass bei Bioabfall wegen der fehlenden Überlassungspflicht bei Eigenkompostierung kein Anschlusszwang bestehe, so dass bereits auf der Ebene der Durchsetzung eines Anschlusszwanges keine Ungleichbehandlung angenommen werden könne. Ob Grundstücke zusätzlich an die Bioabfallentsorgung angeschlossen seien oder nicht, entscheide nicht über ihre Gebührenpflicht und sei nicht relevant für die Ermittlung der für die Grundgebühr maßgeblichen Einwohnergleichwerte. Aus diesem Grund könnten die Ausführungen des Gerichts in dem Urteil vom 15.08.2019 nicht auf die Bioabfallentsorgung übertragen werden.

20 Die Behauptung der Klägerin, es seien bestimmte Bürger nicht an die Abfallentsorgung angeschlossen, sei unsubstantiiert. Die richtige Anzahl an Einwohnergleichwerten lasse sich nicht direkt aus Daten der Einwohnermeldeämter oder sonstigen Statistiken ableiten. Die 2019 und 2020 geltenden Abfallgebührensatzungen hätten eine degressive haushaltsbezogene Bemessung der Grundgebühr anhand der in einem Haushalt lebenden Personenzahl vorgesehen. Aus der Anzahl der im Landkreis gemeldeten Einwohner zu einem bestimmten Zeitpunkt lasse sich aufgrund dieser Systematik daher nicht auf die Einwohnergleichwerte aus Haushaltungen schließen. Denn diese würden von der Zusammensetzung der jeweiligen im Landkreis ansässigen Haushalte abhängen, und die Zahl der Einwohnergleichwerte sei aufgrund der Degression in jedem Fall niedriger als die der Einwohner. Der Beklagte ermittele die jeweilige Anzahl für die Veranlagung in einem aufwändigen ständig andauernden Prozess, dessen Ergebnisse sich in der Veranlagungsdatenbank wiederfinden würden. Für die Kalkulation sei deshalb auf die Werte, die der Veranlagungsdatenbank entnehmbar seien, zurückgegriffen worden, die die richtigen Zahlen widerspiegeln würden. Da bezüglich aller Grundstücke und Haushalte eine ständige Überprüfung der

Einwohnerzahlen stattfinde, würden keinerlei Anhaltspunkte für die Annahme bestehen, dass anschlusspflichtige Einwohner nicht an die Abfallentsorgung angeschlossen wären.

21 Bei dem Unterflursystem verkenne die Klägerin, dass anders als bei sonstigen behältergestützten Sammeltouren die in einem Unterflurbehälter bei Leerung enthaltene Abfallmenge konkret festgestellt werde, da der Behälter einzeln entleert und der Inhalt verwogen werde. Im Rahmen eines Modellversuchs sei anhand dieser Daten die durchschnittliche Dichte der in den Behältern gesammelten Menge ermittelt worden. Ebenfalls sei im Vergleich dazu die durchschnittliche Dichte des in den sonstigen Restabfallbehältern (60-1.100 l und Säcke) enthaltenen Abfalls ermittelt worden, was für die Behälter in ihrer Gesamtheit durch Kenntnis der Gesamtmenge aus den Sammeltouren und der Leerungszahlen und damit des Leerungsvolumens möglich sei. Diese Dichte sei deutlich höher als bei den Unterflurcontainern, weil sich bei Einwurf der Abfälle in die Einwurföffnung der Unterflurcontainer ein sog. Schüttkegel bilde, der die Einwurföffnung versperre, bevor auch das Randvolumen der Behälter mit Abfall befüllt sei. Aus dem Verhältnis dieser beiden Werte sei ein „Volumenkorrekturfaktor" ermittelt worden, der auf das tatsächliche Nutzvolumen der Unterflurbehälter schließen lasse. Selbst wenn in dieser Vorgehensweise eine degressive Gebührenbemessung zu erblicken sei, sei diese nach § 5 Abs. 3a S. 2 KAG-LSA zulässig. Die dortigen Voraussetzungen lägen vor, weil je Liter Nennvolumen eine deutlich geringere Abfallmenge zu entsorgen sei, mithin entsprechend weniger Entsorgungskosten entstehen würden.

22 Weiter sei dem VG Magdeburg in seinem Beschluss vom 18.01.2021 im Rahmen des vorläufigen Rechtschutzes nicht zuzugeben, die Abfallgebührensatzung 2020 verstoße gegen das Schlechterstellungsverbot aus § 2 Abs. 2 S. 4 KAG-LSA. Mit der Regelung in § 4 Abs. 1 Nr. 1 Abfallgebührensatzung 2020 werde die Regelung in § 4 Abs. 1 Nr. 1 Abfallgebührensatzung in der Fassung vom 13.12.2018 ersetzt, welche für das Gebührenjahr 2020 eine Grundgebühr in Höhe von 39,90 € vorgesehen habe. Die Grundgebühr für das Jahr 2020 belaufe sich auf 39,44 € und sei daher geringer als nach der Vorgängersatzung. Insoweit ergebe sich eine Besserstellung für die Gebührenschuldner. Zudem gelte das Schlechterstellungsverbot nicht, weil der rückwirkende Erlass zur Heilung einer unwirksamen Satzung erfolgt sei. Auch wenn man in der Abfallgebührensatzung 2019 die Vorgängersatzung erblicken würde, würde kein Verstoß gegen das Schlechterstellungsverbot vorliegen, weil sich insoweit die Gebührenpflichtigen nicht auf einen Vertrauensschutz berufen könnten.

23 Mit Beschluss vom 18.01.2021 hat das VG Magdeburg (Az. 7 B 457/20 MD) die aufschiebende Wirkung der am 01.12.2020 erhobenen Klage gegen den Bescheid des Beklagten vom 24.04.2020 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 09.11.2020 angeordnet, da die der Abfallgebührensatzung 2019 zu Grunde liegende Gebührenkalkulation gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstoße, weil bei der Berechnung des Einwohnergleichwertes aus einem anderen Herkunftsbereich bzw. Gewerbe nicht die Zahl der tatsächlich Anschlusspflichtigen, sondern die Zahl der Bescheidempfänger berücksichtigt worden sei. Zudem verstoße die Abfallgebührensatzung 2020 gegen das Schlechterstellungsverbot aus § 2 Abs. 2 S. 4 KAG-LSA. Nachdem die Beklagte gegen diesen Beschluss bei dem OVG Sachsen-Anhalt Beschwerde erhoben hat, hat das OVG den Beschluss mit Beschluss vom 16.06.2021 (Az. 4 M 28/21) geändert und den Antrag der Klägerin auf Gewährung

vorläufigen Rechtschutzes abgelehnt, soweit Gebühren für das Gebühren Jahr 2019 festgesetzt wurden. Im Übrigen wurde das Beschwerdeverfahren eingestellt, soweit die Klägerin die Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihrer Klage gegen die in dem Bescheid festgesetzten Abfallgebühren für das Gebührenjahr 2020 begehrt hat.

24 Mit Bescheid vom 03.03.2021 hat der Beklagte für den Erhebungszeitraum 2020 die Abfallgebühren gegenüber der Klägerin endgültig festgesetzt und insoweit den Bescheid vom 24.04.2020 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 09.11.2020 aufgehoben. Über den dagegen eingelegten Widerspruch hat der Beklagte bisher nicht entschieden.

25 Wegen des weiteren Sachverhalts wird auf die Gerichtsakte sowie den beigezogenen Verwaltungsvorgang des Beklagten Bezug genommen. Diese Unterlagen waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung und Beratung des Gerichts.

Entscheidungsgründe:

26 Das Verfahren war in entsprechender Anwendung des § 92 Abs. 3 S. 1 VwGO einzustellen, nachdem die Beteiligten in der mündlichen Verhandlung den Rechtsstreit übereinstimmend für erledigt erklärt haben, soweit mit dem streitgegenständlichen Bescheid gegenüber der Klägerin vorläufig Gebühren für die Abfallentsorgung in der Zeit vom 01.01.2020 bis 31.12.2020 festgesetzt wurden.

27 Die im Übrigen noch anhängige Klage ist zulässig, aber unbegründet.

28 Der Bescheid des Beklagten vom 24.04.2020 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 09.11.2020 über die endgültige Festsetzung von Abfallgebühren für die Zeit vom 01.01.2019 bis 31.12.2019 ist rechtmäßig und verletzt die Klägerin nicht in ihren Rechten (vgl. § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO). Er war daher nicht aufzuheben.

29 Rechtsgrundlage für die Erhebung von Abfallgebühren ist §§ 4 und 6 Abfallgesetz des Landes Sachsen-Anhalt (AbfG LSA) in der Fassung vom 01.02.2010 (GVBl. 2010, 44), zuletzt geändert durch Gesetz vom 10.12.2015 (GVBl. 2015, 610) i.V.m. §§ 2 Abs. 1 und 2, 5 Kommunalabgabengesetz des Landes Sachsen-Anhalt (KAG-LSA) in der Fassung der Bekanntmachung vom 13.12.1996 (GVBl. LSA 1996, 405), zuletzt geändert durch Gesetz vom 15.12.2020 (GVBl. LSA 2020, 712) i.V.m. §§ 4 Abs. 1, 23 der Satzung über die Abfallentsorgung für den Landkreis C. (Abfallentsorgungssatzung) in der Fassung vom 01.03.2018 (Amtsblatt für den Landkreis C. vom 14.03.2018, Nr. 9, S. 41 ff.) i.V.m. §§ 1 S. 1, 2 Abs. 1 S. 1, 3,4 Abs. 1, 5 Abs. 1, 6 der Satzung über die Erhebung von Gebühren für die Abfallentsorgung im Landkreis C. 2019 (Abfallgebührensatzung) in der Fassung vom 19.03.2020 (Amtsblatt für den Landkreis C. vom 05.04.2020, Nr. 14, S. 57 ff.). Danach werden vom Gebührenschuldner für die Inanspruchnahme der öffentlichen Abfallentsorgung des Landkreises und zur Deckung der Kosten für die Durchführung der Abfallentsorgung einschließlich der damit verbundenen abfallwirtschaftlichen Maßnahmen Gebühren nach dem satzungsrechtlich festgelegten Gebührenmaßstab und festgelegten Gebührensätzen erhoben. Die Gebührenpflicht entsteht mit dem Tag des Anschlusses an die öffentliche Abfallentsorgung durch Bereitstellung der Abfallbehälter.

30 Der Umstand, dass die Abfallgebührensatzung gemäß deren § 10 rückwirkend zum 01.01.2019 in Kraft getreten ist und damit gleichzeitig die Abfallgebührensatzung vom 13.12.2018 (Amtsblatt für den Landkreis C. vom 30.01.2019, Nr. 4) außer

Kraft getreten ist, begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Gemäß § 2 Abs. 2 S. 1 KAG-LSA können Satzungen nur innerhalb der verfassungsrechtlichen Grenzen rückwirkend erlassen werden. Nach S. 2 kann eine Satzung insbesondere rückwirkend erlassen werden, wenn sie ausdrücklich eine Satzung ohne Rücksicht auf deren Wirksamkeit ersetzt, die eine gleiche oder gleichartige Abgabe regelte. Ein solcher Fall liegt hier vor, da Regelungsgegenstand der bisher geltenden Satzung sowie der diese ersetzende Satzung die Erhebung von Gebühren für die Abfallentsorgung war bzw. ist. Um den Anforderungen des § 2 Abs. 2 S. 2 KAG-LSA gerecht zu werden, ist erforderlich und auch ausreichend, dass die satzungsrechtliche Bestimmung unmissverständlich deutlich macht, dass die ersetzende Satzung anstelle des bis zu ihrer Verkündung geltenden Satzungsrechts Geltung auch für die Vergangenheit beansprucht (vgl. OVG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 31.03.2000 - 1 K 12/00 - zitiert nach juris). In der Regelung des § 10 Abfallgebührensatzung kommt unmissverständlich zum Ausdruck, dass das gesamte im Jahr 2019 geltende Abfallgebührenrecht rückwirkend zum 01.01.2019 durch die Satzung vom 19.03.2020 ersetzt werden soll. Vernünftige Zweifel darüber, welches Satzungsrecht ab dem 01.01.2019 Geltung beanspruchen sollte, sind deshalb nicht gerechtfertigt und werden auch von der Klägerin nicht vorgetragen. Mit der Rückwirkung der Satzung zum 01.01.2019 liegt auch kein Verstoß gegen § 2 Abs. 2 S. 4 KAG-LSA vor, weil diese Bestimmung auf die rückwirkende Ersetzung unwirksamer Satzungen keine Anwendung findet (vgl. OVG Sachsen-Anhalt, Urteile vom 08.10.2015 - 4 L 57/14 -, vom 11.09.2012 - 4 L 155/09 - und Beschluss vom 17.12.2007 - 4 L 275/07 -; alle zitiert nach juris). Bei § 2 Abs. 2 S. 4 KAG LSA steht nicht der Schutz der Abgabenpflichtigen im Vordergrund, sondern die abgabenerhebende Körperschaft soll lediglich gehindert werden, sich durch nachträgliche Satzungsänderungen über eine rückwirkende Anordnung Mehreinnahmen zu verschaffen, als ihr nach der bisherigen Satzung zustehen würden. Zu solchen verbotenen Mehreinnahmen gegenüber einem früheren Zustand kann es nicht kommen, wenn die frühere Satzung nichtig war und deshalb keine Grundlage bilden konnte, um Abgaben zu erheben (vgl. OVG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 16.06.2021 - 4 M 28/21 - nicht veröffentlicht). Ein solcher Fall liegt hier vor. Mit Urteil vom 15.08.2019 (Az. 7 A 228/18 MD) hat die Kammer entschieden, dass sich die Vorgängersatzung des Beklagten (Abfallgebührensatzung in der Fassung vom 13.12.2018), die auch auf das Gebührenjahr 2019 Anwendung finden sollte, als insgesamt nichtig erweist. Aus diesem Grund konnte die Vorgängersatzung auch nicht die Grundlage für die Erhebung von Abfallgebühren für das Gebührenjahr 2019 bilden.

31 Die von der Klägerin vorgebrachten Einwände gegen die der hier maßgeblichen Abfallgebührensatzung zu Grunde liegende Gebührenbedarfsberechnung führen nicht zu der Annahme der Rechtswidrigkeit des streitgegenständlichen Bescheides, denn die vorgebrachten Mängel sind nicht geeignet, daraus einen Verstoß der ermittelten Gebührensätze gegen das Kostenüberschreitungsverbot nach § 5 Abs. 1 S. 2 HS 1 KAG-LSA herzuleiten.

32 Nach § 6 Abs. 1 AbfG LSA erheben die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger für die Leistungen der kommunalen Abfallentsorgung auf der Grundlage von Satzungen nach den Vorschriften des Kommunalabgabengesetzes und unter Beachtung der nachfolgenden Absätze Gebühren, soweit nicht ein privatrechtliches Entgelt gefordert wird. Der Beklagte betreibt die öffentliche Abfallentsorgung gem.

§ 1 Abs. 2 Abfallentsorgungssatzung als eine öffentliche Einrichtung. Nach § 5 Abs. 1 S. 2 KAG LSA soll das Gebührenaufkommen die Kosten der Einrichtung decken, jedoch nicht überschreiten. Die Kosten der Einrichtungen sind gemäß § 5 Abs. 2 KAG-LSA nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen zu ermitteln. Dies erfolgt im Rahmen einer Gebührenkalkulation, welche der Abfallgebührensatzung zugrunde liegt.

33 Die Gebührenkalkulation ist der Berechnungsvorgang zur Bestimmung der Gebührensätze. Erforderlich ist dabei die Ermittlung der voraussichtlich anfallenden ansatzfähigen Kosten und der voraussichtlichen Anzahl der maßstabsbezogenen Einheiten. Da die im Rahmen einer Vorabentscheidungskalkulation zugrunde gelegten ansatzfähigen Kosten sowie die zugrunde gelegte Zahl der Leistungseinheiten letztlich zumindest teilweise auf Schätzungen, Prognosen und Werturteilen beruhen, kann bei der Überprüfung der Kalkulation auch nur der Wissensstand zum Zeitpunkt ihrer Erstellung zugrunde gelegt werden. Die gerichtliche Kontrolle eines Gebührensatzes ist insofern lediglich eine Rechtmäßigkeitsüberprüfung und beschränkt sich darauf, ob der festgelegte Gebührensatz im Ergebnis mit höherrangigen Recht vereinbar ist. Dem kommunalen Satzungsgeber steht bei der Kalkulation ein Prognosespielraum zu, der gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar ist. Die Prognose kann insofern gerichtlich nur darauf überprüft werden, ob im Zeitpunkt der Billigung der Gebührenkalkulation durch den Satzungsgeber die Berechnungsfaktoren vertretbar angenommen werden konnten (vgl. BVerwG, Urteil vom 17.04.2002 - 9 CN 1.01- zitiert nach juris). Der Gebührensatz für die einzelne Maßstabseinheit ergibt sich aus der Teilung der ansatzfähigen Gesamtkostenmasse durch die Anzahl der Maßstabseinheiten (vgl. insgesamt dazu: Hessischer VGH, Beschluss des Senats vom 10.05.2012 - 5 C 3180/09.N - zitiert nach juris; Wagner in: Driehaus, Kommunalabgabenrecht, Stand: September 2018, § 6 Rn. 676). Der Ermittlung der Kosten kann ein mehrjähriger Kalkulationszeitraum zugrunde gelegt werden, der drei Jahre allerdings nicht überschreiten soll (§ 5 Abs. 2b S. 1 KAG LSA). Der Beklagte hat als Satzungsgeber seiner Kalkulation einen Zeitraum vom 01.01.2019 bis 31.12.2019 zugrunde gelegt.

34 Gemessen daran verstößt die Gebührenkalkulation nicht gegen höherrangiges Recht, insbesondere nicht gegen den Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG, weil der Beklagte ausreichende Ermittlungen über die Anschlusspflichtigen aus privaten Haushalten bzw. anderen Herkunftsbereichen angestellt und es daher auch nicht willentlich unterlassen hat, gegenüber 2.517 Einwohnern aus privaten Haushalten und 3.608 Einwohnern mit einem Nebenwohnsitz im Geltungsbereich des Beklagten den Anschluss- und Benutzungszwang an die öffentliche Abfallentsorgung durchzusetzen (dazu unter 1.). Die Gebührenkalkulation erweist sich auch nicht deshalb als rechtswidrig, weil der Beklagte im Rahmen der Unterflursysteme mit einem Fassungsvermögen von 5.000 l lediglich 3.100 l in die Berechnung des Abfallaufkommens eingestellt hat (dazu unter 2.). Auch der Einwand der Klägerin, 30.000 Einwohner seien nicht an die Bioabfallentsorgung angeschlossen, führt nicht zur Rechtswidrigkeit der Gebührenkalkulation (dazu unter 3.). Die Gebührenkalkulation unterliegt auch nicht deshalb eine Fehlerhaftigkeit, weil nach dem Vorbringen der Klägerin ein jährlicher Gewinn zugunsten des Beklagten einkalkuliert sei, der von den Gebührenpflichtigen im Rahmen der Grundgebühr aufzubringen sei (dazu unter 4.).

35 1. Der Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG bedeutet für den Gesetzgeber die allgemeine Weisung, bei steter Orientierung am Gerechtigkeitsgedanken Gleiches gleich, Ungleiches seiner Eigenart entsprechend verschieden zu behandeln (vgl. BVerfG, Urteil vom 17.12.1953 - 1 BvR 147/52 - BVerfGE 3, 58/135). Dies gilt jedoch nicht unter allen Umständen, sondern nur, wenn die Gleichheit oder Ungleichheit der Sachverhalte so bedeutsam sind, dass ihre Beachtung unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten geboten erscheint (vgl. BVerfG, Beschluss vom 22.01.1959 - 1 BvR 154/55 - BVerfGE 9, 124/129 f.). Dabei ist dem Gesetzgeber in den Grenzen des Willkürverbots weitgehende Gestaltungsfreiheit zuzugestehen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 01.07.1964 - 1 BvR 375/62 - BVerfGE 18, 121/124). Ob er im Einzelnen die zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechteste Lösung gefunden hat, ist angesichts dessen nicht zu prüfen (vgl. BVerwG, Urteil vom 16.09.1981 - 8 C 48.81 - und Beschluss vom 25.03.1985 - 8 B 11.84 - beide zitiert nach juris). Dies gilt auch für die das Abgabenrecht beherrschende Ausprägung des Art. 3 Abs. 1 GG als Grundsatz der Abgabengerechtigkeit (vgl. BVerfG, Urteil vom 22.05.1963 - 1 BvR 78/56 - BVerfGE 16, 147/185 und Beschluss vom 17.01.1957 - 1 BvL 4/54 - BVerfGE 6, 55/70). Durchbrechungen des Gleichheitssatzes durch Typisierungen und Pauschalierungen können - insbesondere bei der Regelung von Massenerscheinungen - durch Erwägungen der Verwaltungsvereinfachung und - praktikabilität gerechtfertigt sein (vgl. BVerfG, Beschluss vom 19.04.1977 - 1 BvL 17/75 - BVerfGE 44, 283/288 und Beschluss vom 28.01.1970 - 1 BvL 4/67 - BVerfGE 27, 375/387; BVerwG, Urteil vom 16.09.1981, a.a.O.), solange die durch jede typisierende Regelung entstehende Ungerechtigkeit noch in einem angemessenen Verhältnis zu den erhebungstechnischen Vorteilen der Typisierung steht (vgl. BVerfG, Urteil vom 20.12.1966 - 1 BvR 320/57, 70/63 - BVerfGE 21, 12/27f. und Beschluss vom 26.04.1978 - 1 BvL 29/76 - BVerfGE 48, 227/239) und die Zahl der „Ausnahmen" gering ist (BVerwG, Urteile vom 16.09.1981, a.a.O., und vom 01.08.1986 - 8 C 112.84 - sowie Beschluss vom 19.09.1983 - 8 N 1.83 - beide zitiert nach juris). Die Grenze liegt dort, wo ein sachlich einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung wesentlich gleicher oder die gesetzliche Gleichbehandlung wesentlich ungleicher Sachverhalte auch mit Blick auf die Verwaltungsvereinfachung fehlt (vgl. BVerwG, Urteil vom 25.08.1982 - 8 C 182.81 - zitiert nach juris; BVerfG, Beschlüsse vom 16.06.1959 - 2 BvL 10/59 - BVerfGE 9, 334/337 und vom 14.04.1964 - 2 BvR 69/62 - BVerfGE 17, 319/330).

36 Gemäß §§ 1 S. 1, 4 Abs. 1 Nr. 1 und 2 Abfallgebührensatzung erhebt der Beklagte für die Inanspruchnahme und zur Deckung der Kosten der öffentlichen Einrichtung „Abfallentsorgung" neben Grundgebühren auch Leerungsgebühren nach der Zahl der Leerungen und der Größe des Restabfallbehälters. Die Grundgebühr beträgt gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 1 Abfallgebührensatzung 33,77 € je Einwohnergleichwert und Jahr. Dieser von dem Beklagten im Wege einer Kalkulation ermittelte Gebührensatz für die Grundgebühr wird der genannten Abgabengerechtigkeit gerecht und verstößt daher nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG.

37 Der Beklagte hat die der Kalkulation zugrunde gelegte Maßstabseinheit ordnungsgemäß mit den ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeiten ermittelt.

38 Wie bereits in seinem Urteil vom 15.08.2019 (Az. 7 A 228/18 MD, zitiert nach juris) ausgeführt, nimmt das Gericht - auch unter Berücksichtigung der neuerlichen Ausführungen des Beklagten - weiterhin an, dass bei der der Gebührenkalkulation nicht allein die tatsächlich angeschlossenen Grundstücke maßgeblich sind, auf

denen Abfälle zur Beseitigung aus privaten Haushalten oder anderen Herkunftsbereichen als privaten Haushalten anfallen, sondern vielmehr der Kreis der normativ Anschlusspflichtigen zu berücksichtigen ist (vgl. zu diesem Ansatz der Sachverhalt in BVerwG, Urteil vom 01.12.2005 - 10 C 4.04 - zitiert nach juris), weil aufgrund des hohen Anteils von Vorhaltekosten bzw. Fixkosten (ca. 60%) die Kosten der öffentlichen Abfallentsorgung nicht proportional zum tatsächlichen Maß der Inanspruchnahme steigen. Für den einzelnen Gebührenschuldner ist daher im Sinne der Abgabengerechtigkeit nicht unerheblich, ob eine Divergenz zwischen den tatsächlichen Nutzern der öffentlichen Einrichtung und den normativ Anschlusspflichtigen vorliegt. Insoweit unterscheidet sich die Gebühr für die Nutzung der öffentlichen Abfallentsorgung von anderen Benutzungsgebühren im Sinne von § 5 Abs. 1 KAG-LSA für öffentliche Einrichtungen mit einem weit geringeren Fixkostenanteil ohne Anschluss- und Benutzungszwang. Die Regelungen in § 5 KAG-LSA treffen lediglich Bestimmungen zu der Gebührenbemessung bei der Benutzung von öffentlichen Einrichtungen. Einen Anschluss- und Benutzungszwang an öffentliche Einrichtungen sehen die Regelungen gerade nicht vor, weshalb nach § 5 KAG-LSA eine unterschiedliche Heranziehung zu Gebühren für die Benutzung einer öffentlichen Einrichtung nach deren Art nicht ausgeschlossen ist. Bei nicht anschlusspflichtigen öffentlichen Einrichtungen liegt die Inanspruchnahme im Benehmen des Nutzers und erwächst nicht aus einer normativen Verpflichtung, weshalb in diesen Fällen die Gebührenlast auch nur unter den Gebührenpflichtigen aufzuteilen ist. Diese unterschiedliche Inanspruchnahme von öffentlichen Einrichtungen i.S.v. § 5 Abs. 1 KAG-LSA verkennt der Beklagte bei seiner Argumentation.

39 In diesem Zusammenhang führt das Gericht in dem benannten Urteil zur Maßstabsbildung anhand der normativ Anschlusspflichtigen weiter aus:

„Für diese Annahme spricht auch, dass es nach den Regelungen der hier maßgeblichen Abfallentsorgungssatzung des Beklagten gerade nicht in dessen Ermessen steht, inwieweit dieser von der Durchsetzung des Anschlusszwanges Gebrauch macht. Sofern die satzungsrechtlichen Voraussetzungen des Anschlusszwanges vorliegen, ist das betreffende Grundstück an die öffentliche Abfallentsorgung anzuschließen. Diese zwingend anzuschließenden Grundstücke haben daher auch Eingang in die Gebührenkalkulation zu finden. Auch wenn der Beklagte gleichwohl bei der Erstellung der Kalkulation einen Prognosespielraum innehat, den das Gericht nur eingeschränkt überprüfen kann, ist vorliegend aber zu berücksichtigen, dass sich der Beklagte im Zeitpunkt der Erstellung der Kalkulation am 30.01.2018 jedenfalls hinsichtlich der anschlusspflichtigen gewerblich genutzten Grundstücke zum Stichtag 30.06.2017 nicht einer solchen Prognose bedienen durfte, sondern den Wissensstand im Zeitpunkt der Erstellung zugrunde legen musste. Der vom Beklagten selbst gewählte Stichtag zum 30.06.2017 betraf einen Zeitpunkt in der Vergangenheit, der es ohne weiteres ermöglichte, bei der Erstellung der Kalkulation Grundstücke auf ihre seinerzeitige Anschlusspflicht hin zu überprüfen und realitätsnahe Zahlen zu ermitteln. Besonders schwer wiegt hier, dass nach § 4 Abs. 5 Abfallentsorgungssatzung in der Fassung vom 23.11.2016, welche bis zum 14.03.2018 Geltung beanspruchte und damit auch noch im Zeitpunkt der Erstellung der Kalkulation, nur auf Antrag eine Ausnahme vom Anschluss- und Benutzungszwang vom Beklagten erteilt wurde. Damit war es dem Beklagten ohne erheblichen Aufwand möglich, insbesondere die in Vereinen

organisierten Kleingartenanlagen in den Blick zu nehmen und nur diejenigen bei der Erstellung der Kalkulation unberücksichtigt zu lassen, für welche eine solche Ausnahme nach § 4 Abs. 5 Abfallentsorgungssatzung erteilt wurde. Danach sind jedenfalls für das Jahr 2017 die bekannt gewordenen anschlusspflichtigen Grundstücke und damit der Ist-Zustand zugrunde zu legen und ist gerade keine Prognoseentscheidung anzustellen (so auch zu bekannten Einnahmen und Ausgaben: OVG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 24.11.2010 - 4 L 115/09 - zitiert nach juris). Nach § 4 Abs. 1 der Abfallentsorgungssatzungen in der Fassung vom 23.11.2016 und 14.03.2018 besteht für jeden Eigentümer eines Grundstückes in der Gebietskörperschaft des Beklagten die Verpflichtung, sich an die öffentliche Abfallentsorgung anzuschließen, soweit die dort genannten Voraussetzungen vorliegen. Im Umkehrschluss hat auch der Beklagte die Verpflichtung, diejenigen Grundstücke an die Abfallentsorgung anzuschließen, die die Voraussetzungen erfüllen. (…)"

40 Auch diese Ausführungen beanspruchen für den hier zu entscheidenden Fall gleichermaßen Geltung. Zum einen findet die Abfallentsorgungssatzung des Beklagten in der Fassung vom 14.03.2018 weiterhin Anwendung, wonach gemäß deren § 4 Abs. 1 und 3 ein Anschluss- und Benutzungszwang an die öffentliche Abfallentsorgung des Beklagten für Eigentümer oder sonst dinglich Berechtigten eines Grundstückes, auf dem Abfälle aus privaten Haushalten und/oder Abfälle zur Beseitigung aus anderen Herkunftsbereichen als privaten Haushaltungen anfallen, besteht. Wie bereits in dem seinerzeit zu entscheidenden Fall liegt es auch hier nicht im Ermessen des Beklagten, inwieweit dieser von der Durchsetzung des Anschluss- und Benutzungszwangs Gebrauch macht. Aus diesem Grund besteht für den Beklagten auch für das Gebührenjahr 2019 die Verpflichtung fort, diejenigen Grundstücke an die Abfallentsorgung anzuschließen, die die Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 und 3 Abfallentsorgungssatzung erfüllen. Zum anderen wählte der Beklagte bei der Erstellung der Gebührenkalkulation für das Gebührenjahr 2019 am 20.02.2020 mit dem Stichtag 30.06.2019 erneut einen Zeitpunkt in der Vergangenheit aus, der ihm das Aufstellen von Prognosen verbietet.

41 Bei der Gebührenkalkulation für das Gebührenjahr 2019 war der Beklagte daher gehalten, Grundstücke auf ihre seinerzeitige Anschlusspflicht hin zu überprüfen und realitätsnahe Zahlen zu ermitteln. Anders als noch in dem Gebührenjahr 2017 ist der Beklagte diesen Anforderungen nunmehr gerecht geworden. So hat der Beklagte unter anderem im Wege der Amtshilfe Daten über Anzahl, Lage und Eigentümer kleingärtnerisch genutzter Grundstücke ermittelt und die dabei gewonnenen Daten der Gebührenkalkulation zu Grunde gelegt. So stieg die Zahl der Einwohnergleichwerte für Kleingartenanlagen im Vergleich zur Gebührenkalkulation für das Gebührenjahr 2017 von 11 auf 1.149. Im Hinblick auf die Ermittlung der Anschlusspflichtigen aus anderen Herkunftsbereichen als privaten Haushaltungen bediente sich der Beklagte seit Frühjahr 2019 einer Software, mit deren Hilfe Änderungsdatensätze zu Gewerbebetrieben wie An-, Ab- und Ummeldungen in das Veranlagungsprogramm des Beklagten eingepflegt wurden. Nicht an die öffentliche Abfallentsorgung angeschlossene Gewerbebetriebe haben ein Anschreiben erhalten, ob das Gewerbe angeschlossen wird bzw. ob der Gewerbetreibende den Nachweis erbringen kann, dass er keine andienungspflichtigen Abfälle besitzt. Sofern daraufhin die Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 Abfallentsorgungssatzung vorlagen, erfolgte der Anschluss an die

öffentliche Abfallentsorgung. Zum Nachweis dieser Ausführungen hat der Beklagte dem Gericht Vorgänge zu unterschiedlichen Gewerbebetrieben zur Verfügung gestellt, die diese Vorgehensweise belegen. Im Hinblick auf die Ermittlung der Einwohnergleichwerte aus privaten Haushalten erfolgt eine Aktualisierung der Personenzahl je Haushalt durch eine mehrmals jährliche Verarbeitung der Änderungsmitteilungen der Einwohnermeldeämter sowie einen Abgleich zwischen den je Grundstück vorliegenden Einwohnermeldeinformationen und den zusammengefassten Informationen der Veranlagungsdatenbank. Zusätzlich werden direkte Meldungen der Haushalte zum Beispiel bei Umzug, Zuzug oder Wegzug berücksichtigt. Bei einer erkannten Unplausibilität zwischen den Daten der Veranlagungsdatenbank und den Meldedaten zu einem der Haushalte erfolgt zusätzlich die Nachfrage beim betroffenen Haushalt oder beim Vermieter. An der Richtigkeit dieser Angaben hat das Gericht keine Zweifel. Solche Zweifel sind auch von der Klägerin nicht vorgebracht worden. Insbesondere hat diese nicht substantiiert dargelegt, woher deren Kenntnis stammt, dass 3.608 Bürger, welche über eine Nebenwohnung verfügen würden, und 2.517 Einwohner nicht an die öffentliche Abfallentsorgung angeschlossen seien. Derartige Diskrepanzen lassen sich auch nicht aus der Gebührenkalkulation unter Berücksichtigung der dem Gericht allgemein zugänglichen Quellen ableiten. So ist dem Erläuterungsbericht zur Abfallgebührenkalkulation des Landkreises C. für das Jahr 2019 auf Seite 4 zu entnehmen, dass bei der Ableitung der Einwohnergleichwerte für private Haushalte die tatsächliche Anzahl der jeweiligen Personenhaushalte wiedergegeben wurde. Diese ermittelten Zahlen finden auf Seite 2 der Unterlagen zur Kalkulation der Gebührensätze für den Zeitraum 01.01.2019 bis 31.12.2019 Eingang in die Gebührenkalkulation gliedert nach der Anzahl der Personenhaushalte beginnend bei einem 1-Personenhaushalt und endend bei einem 12-Personenhaushalt. Bei einer Rückrechnung der dort angegebenen Haushalte auf die Anzahl der Einwohner ergibt sich eine ermittelte Einwohnerzahl in Höhe von 111.990. Im Vergleich dazu meldete das Statistische Landesamt Sachsen-Anhalt in seinem statistischen Bericht zur Bevölkerung der Gemeinden mit dem Stand 30.06.2019 für den Landkreis C. 111.546 Einwohner, die dort zu dieser Zeit ihren Hauptwohnsitz eingenommen haben (vgl. Statistischer Bericht, „Bevölkerungsstand, Natürliche Bevölkerungswanderung, Wanderungen - Bevölkerung der Gemeinden“, Stand: 30.06.2019, S. 8, abrufbar unter: https://statistik.sachsen-anhalt.de/fileadmin/Bibliothek/Landesaemter/StaLa/startseite/Themen/Bevoelkerung/BBericht/Bevoelkerungsstand/6A102_01_19-A.pdf, abgerufen am 13.01.2022). Dabei zeigt sich, dass der Beklagte mit seinen ermittelten Ist-Werten sogar nach oben von den amtlich ermittelten Werten abweicht und damit eine höhere Anzahl an Einwohnern in seiner Kalkulation berücksichtigt hat, als tatsächlich zum Stichtag der Kalkulation am 30.06.2019 ihren Hauptwohnsitz im Gebiet des Beklagten hatten. Daraus lässt sich ableiten, dass der Beklagte in seiner Kalkulation bei der Anzahl der privaten Haushalte nicht nur diejenigen mit Hauptwohnsitz berücksichtigt hat, sondern auch diejenigen mit einem Nebenwohnsitz. Sollten darüber hinaus Personen im Gebiet des Beklagten ihren Haupt- oder Nebenwohnsitz genommen haben, ohne dies gegenüber den Meldebehörden anzuzeigen, so kann dies nicht zum Nachteil des Beklagten im Rahmen seiner Gebührenkalkulation gereichen. Bei der Ermittlung der Ist-Werte ist es geboten, aber auch ausreichend, wenn der Beklagte seine Veranlagungsdatenbank mit den Daten der Meldebehörde abgleicht und mögliche

Veränderungen einpflegt. Im Umkehrschluss muss der Beklagte darüber hinaus keine Ermittlungen darüber anstellen, wie hoch die Zahl der Personen ist, die ihrer Verpflichtung nach § 17 Abs. 1 Bundesmeldegesetz (BMG) zur Anmeldung bei Einzug in eine Wohnung (Haupt- oder Nebenwohnung) nicht nachkommen und sich damit auch dem Anschluss an die öffentliche Abfallentsorgung entziehen. Derartige Ermittlungen gehen über das Maß der Zumutbarkeit hinaus.

4 2 Da dem Gericht aus diesem Grund schon konkrete und greifbare Anhaltspunkte dazu fehlen, dass die Angaben der Klägerin zu nicht angeschlossenen Haupt- und Nebenwohnsitzen der Wirklichkeit entsprechen könnten, waren auch keine weiteren Ermittlungen von Amts wegen dazu anzustellen. Nach § 86 Abs. 1 S. 1 VwGO obliegt den Tatsachengerichten die Pflicht, jede mögliche Aufklärung des entscheidungserheblichen Sachverhalts bis zur Grenze der Zumutbarkeit zu versuchen, sofern dies für die Entscheidung des Rechtsstreits erforderlich ist (so u.a. BVerwG, Beschluss vom 06.11.2020 - 6 B 31.20 - zitiert nach juris). Diese Amtsermittlungspflicht findet ihre Grenzen in den Fällen, in denen für den Wahrheitsgehalt der Behauptung nicht wenigstens eine gewisse Wahrscheinlichkeit spricht, d.h. wenn die Behauptung mit anderen Worten ohne greifbare Anhaltspunkte willkürlich „aus der Luft gegriffen", „ins Blaue hinein", also, „erkennbar ohne jede tatsächliche Grundlage" aufgestellt worden ist (vgl. BVerwG, u.a. Beschluss vom 30.05.2014 - 10 B 34.14 - zitiert nach juris). So liegt der Fall hier, da die Klägerin eine Grundlage für ihre Behauptung zu nicht angeschlossenen privaten Haushalten nicht benennen konnte. Auf entsprechende Nachfrage des Gerichts in der mündlichen Verhandlung zur Grundlage der konkret genannten Zahlen zu nicht angeschlossenen Haupt- und Nebenwohnsitzen äußerte der Prozessbevollmächtigte der Klägerin zunächst, dass es sich dabei um eigene Schätzungen und Hochrechnungen handele. Im weiteren Verlauf der mündlichen Verhandlung änderte der Prozessbevollmächtigte der Klägerin seine Argumentation und führte nunmehr aus, die vorgelegten Zahlen würden durch eine telefonische Abfrage des Herrn L. bei den Einwohnermeldeämtern des Beklagten ermittelt worden sein. Dieses Auswechseln der Tatsachengrundlage lässt das Gericht bereits erheblich am Wahrheitsgehalt der Angabe zweifeln, es hätte Telefonate zwischen den Einwohnermeldeämtern des Beklagten und Herrn L. gegeben, bei denen über anschlusspflichtige Haushalte gesprochen worden sei. Wenn dem so gewesen wäre, so wäre zu erwarten gewesen, dass der Prozessbevollmächtigte der Klägerin dies bereits auf die erste Nachfrage des Gerichtes geäußert hätte. Dem Angebot der Klägerin, Herrn L. als Zeugen dazu befragen, ging das Gericht abgesehen davon aber auch deshalb nicht nach, weil Rückfragen bei den Einwohnermeldeämtern des Beklagten nicht geeignet sind, die Tatsache, Einwohner mit Haupt- oder Nebenwohnsitz seien nicht an die öffentliche Abfallentsorgung des Beklagten angeschlossen, unter Beweis zu stellen. Die Einwohnermeldeämter erfassen die in § 3 Abs. 1 und 2 BMG benannten Daten zu einer Person, wie beispielsweise derzeitige Anschriften und frühere Anschriften gekennzeichnet nach Haupt- und Nebenwohnung. Nicht erfasst werden hingegen Daten zum Anschluss an die öffentliche Abfallentsorgung. Aus diesem Grund mag der benannte Zeuge unter Umständen Informationen darüber erhalten haben, wie hoch die Zahl der angemeldeten Haupt- und Nebenwohnungen im Gebiet des Beklagten ist. Inwieweit diese Wohnungen aber an die öffentliche Abfallentsorgung angeschlossen sind, kann der benannte Zeuge damit nicht erfahren haben. Auf welcher Grundlage die

Klägerin daher wissen möchte, dass angeblich 3.608 Einwohner mit ihrer Hauptwohnung und 2.517 Einwohner mit ihrer Nebenwohnung nicht an die öffentliche Abfallentsorgung des Beklagten angeschlossen sein sollen, bleibt weiterhin im Unklaren und lässt sich nicht im Ansatz aus den dem Gericht vorgelegten Unterlagen des Beklagten sowie allgemein zugänglichen Quellen herleiten. Zudem hat die Klägerin bereits nicht im Ansatz dargelegt, dass sich die von Herrn L. nach eigenen Angaben eingeholten Auskünfte auf den nach den Kalkulationsunterlagen maßgeblichen Stichtag, den 30.06.2019, beziehen.

43 In diesem Zusammenhang erweist sich die Abfallgebührensatzung und die dahinterstehende Gebührenkalkulation auch nicht deshalb als rechtswidrig, weil den Mitgliedern des Kreistages des Beklagten bei der Beschlussfassung über die Abfallgebührensatzung nach Auffassung der Klägerin nicht bekannt gewesen sei, inwieweit bei der Gebührenkalkulation auch Einwohner mit einer Nebenwohnung im Gebiet des Beklagten Berücksichtigung gefunden hätten. Angelehnt an die Rechtsprechung des OVG Sachsen-Anhalt zur Kreisumlage (Urteil vom 17.03.2020, Az. 4 L 184/18, zitiert nach juris) vertritt die Klägerin die Auffassung, zur Einhaltung der Verfahrensanforderungen sei es erforderlich, dass den Mitgliedern des Kreistages die zur Ermittlung der Gebührenhöhe herangezogenen Unterlagen und Datensätze aufbereitet zur Verfügung gestellt werden müssen und eine - so wie hier - reine verwaltungsinterne Ermittlung und Bewertung der Informationen nicht genüge. Ein Verstoß gegen diese Verfahrensanforderungen würde zur Rechtswidrigkeit der Abfallgebührensatzung führen. Seitens des Gerichtes bestehen bereits Zweifel darüber, inwieweit die Feststellungen des OVG Sachsen-Anhalt zur Erfüllung der Ermittlungs- und Offenlegungspflicht im Rahmen einer Haushaltssatzung auf die hier zu überprüfende Abfallgebührensatzung Anwendung finden können, weil sich im Abfallgebührenrecht die Verfahrensanforderungen - anders als beim Kreisumlagerecht - nicht aus Art. 28 Abs. 2 GG ableiten lassen. Abschließend braucht darüber hingegen keine Entscheidung getroffen werden, denn auch wenn zu Gunsten der Klägerin die Anwendung der vom OVG Sachsen-Anhalt aufgestellten Grundsätze auf den hier zu entscheidenden Fall übertragbar wären, führt dies nicht zur Rechtswidrigkeit der maßgeblichen Abfallgebührensatzung. Denn anders als bei dem vom OVG Sachsen-Anhalt zu bewertendem Sachverhalt lag den Mitgliedern des Kreistages im Zeitpunkt der Beschlussfassung über die Abfallgebührensatzung nicht nur die ermittelte Höhe des Gebührensatzes vor, sondern auch die Unterlagen zur Kalkulation der Gebührensätze für den Zeitraum 01.01.2019 bis 31.12.2019 sowie der Erläuterungsbericht zur Abfallgebührenkalkulation des Landkreises C. für das Jahr 2019. Aus diesen Unterlagen ergab sich für die Mitglieder des Kreistages, welches Zahlenmaterial der Ermittlung des Gebührensatzes zugrunde lag. Bei Unklarheiten über das vorgelegte Zahlenmaterial wäre es Aufgabe der Mitglieder des Kreistages gewesen, durch entsprechende Fragestellungen Klarheit zu erlangen.

44 2. Anders als die Klägerin meint, war der Beklagte bei seiner Gebührenkalkulation nicht gehalten, bei den Müllschleusen (sog. Unterflurbehälter) deren maximales Füllvolumen von 5.000 l in die Gebührenberechnung einzustellen. Die Berücksichtigung des durchschnittlichen tatsächlichen Nutzungsvolumens der Unterflurbehälter in Höhe von 3.100 l lässt einen Verstoß gegen die Abgabengerechtigkeit nicht erkennen, denn anders als die Klägerin meint, erlangen dadurch Mietparteien in Großwohnanlagen keinen Vorteil, der durch die übrigen

Gebührenpflichtigen auszugleichen ist.

45 In diesem Zusammenhang legte der Beklagte plausibel dar, dass im Rahmen eines Modellversuchs Daten zur Entleerung der Müllschleusen sowie des Gewichts der jeweiligen Entleerung gesammelt wurden und anhand dieser Daten die durchschnittliche Dichte der in den Müllschleusen gesammelten Abfallmenge ermittelt werden konnte. Ein Vergleich mit der ebenfalls ermittelten Dichte der sonstigen Restabfallbehälter (60 l - 1.100 l und Säcke) hat ergeben, dass diese Dichte deutlich höher ist als bei den Unterflurbehältern, weil sich bei Einwurf der Abfälle in die Einwurföffnung der Unterflurbehälter ein sog. Schüttkegel bilde, der die Einwurföffnung versperrt, bevor auch das Randvolumen der Behälter mit Abfall gefüllt ist. Aus dem Verhältnis dieser beiden Werte ist ein „Volumenkorrekturfaktor" ermittelt worden, der auf das tatsächliche Nutzungsvolumen der Müllschleusen schließen lässt. Dieses durchschnittliche tatsächliche Nutzungsvolumen in Höhe von 3.100 l ist in die Gebührenkalkulation eingeflossen. Es bestehen auch keine berechtigten Zweifel an der Ermittlung des Nutzungsvolumens der Unterflurbehälter. Es entspricht insoweit physikalischen Gesetzmäßigkeiten, dass sich bei dem Einwurf von Abfall in einen Unterflurbehälter mit Einwurfschacht ein Schüttkegel bildet, welcher die vollständige Ausnutzung des Behältervolumens ausschließt, weil sich der eingeworfene Abfall nicht gleichmäßig in der Schleuse verteilen kann und sich ab einer bestimmten Füllmenge im Einwurfschacht ansammelt und dadurch ein weiteres Einwerfen von Abfall verhindert wird. In der Konsequenz ist es auch nachvollziehbar, dass die Abfalldichte bei Unterflurbehältern im Vergleich zu den übrigen Restabfallbehältern (60 l - 1.100 l) geringer ist, weil bei Letzteren der Einwurf des Abfalls unmittelbar in die Behälter erfolgt und nicht der Abfall durch eine Schleuse in die Behälter gelangt. Weil sich dabei ein Schüttkegel nicht bilden kann, kann das Füllvolumen der Restabfallbehälter in einem größeren Maß ausgeschöpft werden. Auch in diesem Zusammenhang hat die Klägerin die Ausführungen des Beklagten nicht infrage gestellt. Sofern die Klägerin rügt, der von dem Beklagten zu Grunde gelegte Rechenweg zur Ermittlung des durchschnittlichen Nutzungsvolumens von Unterflurbehältern entspreche keinem Regelwerk, verhilft dieser Einwand nicht zum Erfolg. Diesem Einwand ist entgegenzuhalten, dass es weder satzungsrechtliche noch gesetzliche Regelungen dazu gibt, nach welchem Verfahren der Beklagte das tatsächliche Nutzungsvolumen zu ermitteln hat. Deshalb konnte der Beklagte auf übliche und anerkannte mathematische Formeln - wie den hier gewählten Dreisatz - zurückgreifen und das Nutzungsvolumen berechnen. Fehler in der Berechnung sind nicht erkennbar.

46 Gegen die die Berücksichtigung des tatsächlichen Nutzungsvolumens bestehen auch sonst keine rechtlichen Bedenken. Soweit dem Beklagten im Zeitpunkt der Erstellung der Gebührenkalkulation realitätsnah ermittelte Durchschnittswerte für den Erhebungszeitraum vorliegen, so ist dieser nicht gehalten, andere Werte - wie das theoretisch mögliche Füllvolumen - zu berücksichtigen, denn mithilfe der Durchschnittswerte ist es dem Beklagten möglich, das tatsächlich anfallende Abfallaufkommen zu ermitteln und daraus ableitend den Aufwand für die Abfallentsorgung im Kalkulationszeitraum zu bemessen. Mit der Erkenntnis darüber, dass das theoretische Füllvolumen vom tatsächlichen Nutzungsvolumen abweicht, war der Beklagte nicht mehr berechtigt, in seiner Kalkulation im Rahmen des Aufwandes das theoretische Füllvolumen zu berücksichtigen, sondern dieser war sogar verpflichtet, das tatsächliche Nutzungsvolumen einzustellen. Bei der

Berücksichtigung des theoretischen Füllvolumens hätte der Beklagte wissentlich in Kauf genommen, dass sämtliche Gebührenpflichtige nicht nur Gebühren für anfallenden Abfall begleichen müssen, sondern auch für nicht nutzbares Füllvolumen, welches jedoch nicht entsorgt werden muss und daher auch keine Kosten verursacht, die auf Gebührenpflichtige umzulegen wären. Mit der Berücksichtigung von ermittelten Durchschnittswerten in der Gebührenkalkulation geht zwar einher, dass diese Werte bei der Erstellung einer neuen Gebührenkalkulation einer Überprüfung und ggf. Aktualisierung bedürfen. Vorliegend ist jedoch nichts dafür ersichtlich, dass das ermittelte durchschnittliche Nutzungsvolumen von 3.100 l nicht den tatsächlichen Gegebenheiten im Zeitpunkt der Erstellung der Gebührenkalkulation entsprach.

47 Ein Vergleich der in Anlage 5 zur Abfallgebührensatzung ausgewiesenen Gebühren (Grund- und Mindestleerungsgebühren) für Privathaushalte und für Großwohnanlagen mit Unterflurbehältern zeigt an dem Beispiel eines 1-Personenhaushaltes zwar, dass bei Nutzung eines 60 l-Restabfallbehälters eine Gebühr in Höhe von 40,43 € und bei Nutzung eines Unterflurbehälters mit einem 5 l-Einwurf eine Gebühr von 40,25 € anfällt. Jedoch ist in dieser degressiven Gebührenbemessung kein Verstoß gegen höherrangiges Recht in Form des § 5 Abs. 3a S. 2 KAG-LSA zu erblicken.

48 Gemäß § 5 Abs. 3a KAG LSA kann bei Einrichtungen und Anlagen, die auch dem Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen des Menschen dienen oder bei deren Inanspruchnahme die natürlichen Lebensgrundlagen des Menschen gefährdet werden können, die Benutzungsgebühr für die Leistungen so bemessen werden, dass sie Anreize zu einem umweltschonenden Verhalten bietet (Satz 1). Benutzungsgebühren können insoweit degressiv bemessen werden, als bei zunehmender Leistungsmenge nachweislich eine Kostendegression eintritt (Satz 2).

49 Soweit das OVG Sachsen-Anhalt in seinem Urteil vom 16.04.2013 (Az. 4 L 102/12, zitiert nach juris) noch ausgeführt hat, eine degressive Gebührenbemessung sei bei Abfallgebühren nach § 5 Abs. 3a S. 2 KAG-LSA nicht zulässig, beansprucht diese Rechtsprechung keine Bedeutung mehr und ist überholt, weil sich der Gesetzgeber mit der Änderung des § 5 Abs. 3a S. 2 KAG-LSA durch Gesetz vom 17.12.2014 (GVBl. LSA 2014, 522 ff.) im Anschluss an diese Entscheidung dazu entschieden hat, zusätzlich zu Trinkwasser- und Abwassergebühren auch bei Abfallgebühren eine degressive Gebührenbemessung zuzulassen (vgl. Plenarprotokoll 6/79 vom 10.12.2014, S. 6596). Demgegenüber erging die Rechtsprechung des OVG Sachsen-Anhalt zur alten Rechtslage des § 5 Abs. 3a S. 2 KAG-LSA in der Fassung vom 18.11.2005, wonach ausweislich des Wortlauts der seinerzeitigen Regelung Abwassergebühren degressiv bemessen werden konnten, wenn dies im öffentlichen Interesse erforderlich war.

50 Ausgehend von der Regelung in § 5 Abs. 3a S. 2 KAG-LSA ist die Gebührendegression für Unterflurbehälter im Verhältnis zu den übrigen Restabfallbehältern dadurch gerechtfertigt, dass bei Unterflurbehältern je Liter Nennvolumen - wie die Ermittlungen des Beklagten ergeben haben - eine deutlich geringere Abfallmenge zu entsorgen ist als bei den übrigen Restabfallbehältern und daher auch weniger Entsorgungskosten entstehen.

51 3. Der Einwand der Klägerin, 30.000 Einwohner seien nicht an die Bioabfallentsorgung angeschlossen, kann nicht die Annahme eines Fehlers in der Gebührenkalkulation des Beklagten rechtfertigen.

5 Es ist der Klägerin zwar zuzugeben, dass nicht sämtliche private Haushalte im
2 Gebiet des Beklagten hinsichtlich des Anfalls von bioorganischem Abfall an die Entsorgungseinrichtung des Beklagten angeschlossen sind. Ausgehend von einer Einwohnerzahl in Höhe von 111.982 ließen in dem hier maßgeblichen Zeitpunkt lediglich 84.898 Einwohner ihren bioorganischen Abfall über die Entsorgungseinrichtung des Beklagten entsorgen (vgl. Abfallbilanz 2018 für das Land Sachsen-Anhalt, Stand: 31.12.2018, S. 9; abrufbar unter: https://lau.sachsen-anhalt.de/fileadmin/Bibliothek/Politik_und_Verwaltung/MLU/LAU/Wir_ueber_uns/PublikPublika/Abfallbilanzen/201214_Abfallbilanz_2018_BF.pdf; abgerufen am 13.01.2022). Danach waren 27.084 Einwohner nicht an die Bioabfallentsorgung des Beklagten angeschlossen. Anders als bei der Entsorgung von Restabfall besteht bei bioorganischem Abfall aus privaten Haushaltungen nach § 4 Abs. 6 Abfallentsorgungssatzung indes die Möglichkeit der Befreiung von der Pflicht zur gesonderten Überlassung und des Anschlusszwangs, wenn und soweit die anfallenden bioorganischen Abfälle durch die Abfallerzeuger oder -besitzer auf den von ihnen im Rahmen ihrer privaten Lebensführung genutzten Grundstücken ordnungsgemäß kompostiert werden (Eigenverwertung). Aufgrund dieser Regelung verstößt es nicht grundsätzlich gegen Satzungsrecht, wenn Erzeuger oder Besitzer von bioorganischem Abfall nicht an die entsprechende Entsorgungseinrichtung des Beklagten angeschlossen sind. Mit der Möglichkeit der Eigenverwertung besteht für Eigentümer oder die sonst am Grundstück dinglich Berechtigten - anders als bei Restabfall aus privaten Haushaltungen - nicht die Pflicht zum Anschluss an die öffentliche Abfallentsorgung des Beklagten, weshalb der Beklagte im Umkehrschluss auch nicht gehalten ist, gegenüber diesen den Anschlusszwang durchzusetzen. Insoweit gehören diejenigen, die von der Eigenverwertung Gebrauch machen, nicht zum Kreis der normativ Anschlusspflichtigen. Aus dem Vortrag der Klägerin, in der Zeit vom 01.01.2015 bis zum 25.08.2021 seien lediglich 1.346 Anträge auf Eigenkompostierung bei dem Beklagten gestellt worden, lässt sich auch nicht der Schluss ziehen, dass der Beklagte es willentlich unterlässt, normativ Anschlusspflichtige an die Bioabfallentsorgung anzuschließen. Die Klägerin verkennt dabei, dass es im Falle der Eigenverwertung bioorganischen Abfalles und somit der Ausnahme vom Anschluss- und Benutzungszwang nicht eines schriftlichen Antrages bei dem Beklagten und im Nachgang einer schriftlichen Genehmigung durch diesen bedarf. Dies sehen die satzungsrechtlichen Regelungen in § 4 Abs. 6 und § 21 Abfallentsorgungssatzung nicht vor. Erforderlich ist nach § 21 Abs. 1 bis 3 Abfallentsorgungssatzung lediglich die schriftliche Anzeige der Eigenverwertung und eine Auskunft gegenüber dem Beklagten über die Art, Beschaffenheit, Menge und Herkunft des anfallenden und zu entsorgenden Abfalles. Sofern Einwohner darüber hinaus einen Antrag bei dem Beklagten auf Ausnahme vom Anschluss- und Benutzungszwang für ihren bioorganischen Abfall gestellt haben, geht dies über die satzungsrechtlichen Anforderungen hinaus, was jedoch unschädlich ist. Die Anzahl der Anträge bei dem Beklagten lässt aber insoweit keinen Rückschluss auf die Zahl derjenigen zu, die wegen Eigenverwertung tatsächlich nicht ihren bioorganischen Abfall dem Beklagten andienen und somit nicht zum Kreis der normativ Anschlusspflichtigen gehören.

5 Dafür, dass es sich bei den (angeblich) 30.000 Einwohnern um solche handelt, die
3 die Entsorgungseinrichtung des Beklagten für die Entsorgung ihres bioorganischen Abfalls nutzen, ohne dafür Gebühren zu entrichten, liegen keine Anhaltspunkte vor.

Erst dies könnte einen Verstoß gegen die Abgabengerechtigkeit aus Art. 3 Abs. 1 GG begründen. Dies wird aber auch von der Klägerin nicht behauptet.

54 Sofern die Klägerin in diesem Zusammenhang sinngemäß gegen die Rechtmäßigkeit des Bescheides einwendet, die Kosten für die Entsorgung des bioorganischen Abfalles würden unzulässig durch die Erhebung der Grundgebühr, die von allen Gebührenpflichtigen unabhängig vom Anschluss an die Bioabfallentsorgung zu tragen sei, zu einem Teil mitfinanziert werden, führt dieser Einwand nicht zum Erfolg der Klage. Mittlerweile ist höchstrichterlich geklärt, dass die Erhebung einer einheitlichen Gebühr einschließlich der darin liegenden Querfinanzierung der Entsorgungskosten für Bioabfälle grundsätzlich zulässig ist. Weder das Äquivalenzprinzip noch der Gleichheitssatz verlangen es, dass Benutzungsgebühren strikt nach dem Maß der durch die jeweilige Benutzung verursachten Kosten erhoben werden müssen (vgl. zum Ganzen: BVerwG, Urteil vom 20.12.2000 - 11 C 7.00 - zitiert nach juris).

55 4. Auch der Einwand der Klägerin, die Gebührenkalkulation des Beklagten enthalte bei den Kostenpositionen in unzulässiger Weise einen kalkulierten Gewinn, der an den Beklagten ausgeschüttet werden solle, verhilft der Klage bereits deshalb nicht zum Erfolg, weil bei den Kostenpositionen der hier maßgeblichen Gebührenkalkulation ein derartiger kalkulatorischer Gewinn nicht einberechnet wurde. Aus diesem Grund muss das Gericht auch keine Entscheidung darüber treffen, inwieweit ein solcher Gewinn bei den Kosten einer Abfallgebührenkalkulation hätte berücksichtigt werden dürfen.

56 5. Da sich der streitgegenständliche Bescheid auch nicht aus anderen Gründen als rechtswidrig erweist, war dieser nicht aufzuheben.

57 6. Dem Beklagten waren nach § 161 Abs. 2 S. 1 VwGO die Kosten des für erledigt erklärten Teils des Rechtstreites nach billigem Ermessen aufzuerlegen, da sich die vorläufige Festsetzung der Abfallgebühren für das Gebührenjahr 2020 unmittelbar vor dem Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses als rechtswidrig erwiesen hätte. Wie bereits in seinem Beschluss vom 18.01.2021 (Az. 7 B 457/20 MD) geht das Gericht weiterhin davon aus, dass die für das Gebührenjahr 2020 maßgebliche Abfallgebührensatzung des Beklagten (Abfallgebührensatzung 2020 in der Fassung vom 19.03.2020, Amtsblatt für den Landkreis C. vom 05.04.2020, Nr. 14, S. 64 ff.) gegen das Schlechterstellungsverbot aus § 2 Abs. 2 S. 4 KAG-LSA verstößt und bereits aus diesem Grund rechtswidrig ist und daher nicht als Grundlage für die Erhebung von Abfallgebühren für das Gebührenjahr 2020 herangezogen werden kann. Mit diesem Verbot soll die abgabenerhebende Körperschaft gehindert werden, sich durch nachträgliche Satzungsänderung über eine rückwirkende Anordnung mehr Einnahmen zu verschaffen, als ihr nach der bisherigen Satzung zustehen würden. Zu solchen verbotenen Mehr-Einnahmen gegenüber einem früheren Zustand kann es nicht kommen, wenn die frühere Satzung nichtig war und deshalb keine Grundlage bilden konnte, um Abgaben zu erheben (vgl. OVG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 16.06.2021 - 4 M 28/21 - nicht veröffentlicht). In dem benannten Beschluss des OVG Sachsen-Anhalt geht dieses zwar davon aus, dass die Abfallgebührensatzung 2020 des Beklagten nicht gegen das Schlechterstellungsverbot verstoße, weil zum einen die Grundgebühr für das Gebührenjahr 2020 nach § 4 Abs. 1 Abfallgebührensatzung 2020 im Vergleich zu § 4 Abs. 1 der Satzung über die Erhebung von Gebühren über die Abfallentsorgung im Landkreis C. (Abfallgebührensatzung) vom 13.12.2018 in der Fassung der

Bekanntmachung vom 30.01.2019 um 0,46 € von 39,90 € auf 39,44 € pro Einwohnergleichwert herabgesetzt worden sei und zum anderen die Abfallgebührensatzung des Beklagten vom 13.12.2018 aller Voraussicht nach nichtig gewesen sei, weshalb das Schlechterstellungsverbot in diesem Fall nicht zur Anwendung gelangen könne. Dieser Auffassung schließt sich das Gericht jedoch nicht an. Anders als das OVG Sachsen-Anhalt vertritt das Gericht die Auffassung, dass die Vorgängersatzung der Abfallgebührensatzung 2020 nicht die Abfallgebührensatzung des Beklagten vom 13.12.2018 ist, sondern die Abfallgebührensatzung 2019. Nach § 10 S. 1 und 2 Abfallgebührensatzung 2019 trat mit deren Inkrafttreten zum 01.01.2019 die Abfallgebührensatzung vom 13.12.2018 außer Kraft, so dass diese Abfallgebührensatzung für das Gebührenjahr 2020 keine Wirkung mehr entfalten und die Grundlage für eine Gebührenerhebung bilden konnte. Zudem ergibt sich aus der Abfallgebührensatzung 2019 auch nicht der Wille des Satzungsgebers, dass diese Satzung ausschließlich für das Gebührenjahr 2019 Geltung beanspruchen sollte. Anders als der Eindruck, den möglicherweise die Überschrift der Satzung („2019") vermittelt, ist der sachliche und zeitliche Anwendungsbereich nach dem insoweit nur maßgeblichen Wortlaut der Regelung des § 10 S. 1 Abfallgebührensatzung 2019 nicht nur auf das Gebührenjahr 2019 begrenzt gewesen (zur rechtsförmlichen Gestaltung von Inkrafttretensregelungen: Bundesministerium für Justiz, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, Bundesanzeiger 2008, Nr. 160a, Rn. 438 f.). Für eine juristische Sekunde, nämlich bis zur Veröffentlichung der Abfallgebührensatzung 2020 vom 19.03.2020, ebenfalls im Amtsblatt Nr. 14 vom 05.04.2020, beanspruchte die Abfallgebührensatzung 2019 zumindest auch Geltung für die auf das Jahr 2019 folgenden Jahre. Zudem findet sich unter anderem in § 4 Abs. 1 Nr. 1 Abfallgebührensatzung 2019 die Regelung zur Höhe der jährlichen Grundgebühr wieder, welche nicht auf das Gebührenjahr 2019 beschränkt ist. Die Annahme einer zeitlich nicht auf das Gebührenjahr 2019 beschränkten Geltung der Abfallgebührensatzung 2019 lässt sich auch mit der Regelung in § 10 S. 1 und 2 Abfallgebührensatzung 2020 rechtfertigen. Danach tritt die Satzung zum 01.01.2020 in Kraft und gleichzeitig tritt die zum 01.01.2019 in Kraft getretene Abfallgebührensatzung 2019 außer Kraft. Hätte der Satzungsgeber mit der Abfallgebührensatzung 2019 eine befristete Regelung für das Gebührenjahr 2019 treffen wollen, so hätte dieser keine Rückwirkung der Abfallgebührensatzung 2020 zum 01.01.2020 sowie ein gleichzeitiges Außerkrafttreten der Abfallgebührensatzung 2019 regeln müssen, da mit dem zeitlichen Ablauf des Gebührenjahres 2019 die Abfallgebührensatzung 2019 gleichsam ihre rechtliche Wirkung verloren hätte, ohne dass es einer Außerkraftsetzung bedurft hätte. Darüber hinaus erweist sich die Abfallgebührensatzung 2019 nach den obigen Ausführungen auch als rechtmäßig, weshalb diese auch bis zum Inkrafttreten der Abfallgebührensatzung 2020 die Grundlage für die Abfallgebührenerhebung bilden konnte und daher auch als Vorgängersatzung in den Blick zu nehmen ist. Vergleicht man nunmehr die jeweils in § 4 Abs. 1 Nr. 1 Abfallgebührensatzung 2019 und Abfallgebührensatzung 2020 geregelte Höhe der jährlichen Grundgebühr, so zeigt sich, dass mit der Abfallgebührensatzung 2020 ein Anstieg der Grundgebühr von 33,77 € auf 39,44 € zu verzeichnen ist. Dieser Anstieg der Grundgebühr verschafft dem Beklagten durch eine rückwirkende Inkraftsetzung der Abfallgebührensatzung 2020 damit verbotene Mehr-Einnahmen gegenüber einem früheren Zustand, was

einen Verstoß gegen das Schlechterstellungsverbot nach § 2 Abs. 2 S. 4 KAG-LSA darstellt.

58 Sofern der Beklagte die Auffassung vertritt, die Klägerin könne sich nicht auf das Schlechterstellungsverbot berufen, weil die die Abfallgebührensatzung 2019 und die Abfallgebührensatzung 2020 an demselben Tag, nämlich am 19.03.2020, vom Kreistag des Beklagten beschlossen worden seien und daher der Klägerin ein Vertrauensschutz in die „alte" Rechtslage nicht zuteilwerde, folgt das Gericht dem nicht. Bei dieser Argumentation lässt der Beklagte außer Betracht, dass das Schlechterstellungsverbot nach den obigen Ausführungen nicht dem Schutz der Abgabepflichtigen dienen soll, sondern dem Verbot von Mehr-Einnahmen. Aus diesem Grund kommt es auch nicht darauf an, inwieweit der Abgabepflichtige auf den Bestand der bisher geltenden Rechtslage vertrauen durfte. Entscheidend ist vielmehr, ob sich der Beklagte mit der rückwirkenden Regelung Mehreinnahmen verschafft hat. Dies hat das Gericht bereits bejaht.

59 Bezüglich des noch streitigen Teils der Klage bestimmt sich die Kostenfolge nach § 154 Abs. 1 VwGO. Im Sinne einer einheitlichen Kostenentscheidung waren die Kosten des Verfahrens nach § 155 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 VwGO verhältnismäßig zu teilen. Danach entspricht die getroffene Kostenquotelung entsprechend der Gebührenforderung des Beklagten für die Gebührenjahre 2019 und 2020 dem anteiligen Obsiegen und Unterliegen der Beteiligten.

60 7. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus § 167 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 VwGO i.V.m. §§ 708 Nr. 11, 711 ZPO.

61 8. Die Zuziehung eines Bevollmächtigten für das Vorverfahren war § 162 Abs. 2 S. 2 VwGO für notwendig zu erklären, da es der Klägerin angesichts der Schwierigkeit des Falles nicht zuzumuten war, das Widerspruchsverfahren ohne rechtlichen Beistand zu betreiben.

Zitiervorschlag:
VG Magdeburg Urt. v. 13.1.2022 – 7 A 678/20, BeckRS 2022, 8871

BeckRS 2021, 56144

VG Berlin (2. Kammer), Urteil vom 02.12.2021 – VG 2 K 45.19

Titel:
Informationszugang zu ministerialen Formulierungshilfen zum Europawahlrecht

Normenketten:
GG Art. 76
IFG § 1 Abs. 1 S. 2, § 3 Nr. 3a, 3b, § 7 Abs. 1 S. 1

Redaktioneller Leitsatz:
Die Parlamentsautonomie sowie das Gesetzesinitiativrecht des Deutschen Bundestages und der Fraktionen (Art. 76 Abs. 1 GG, § 76 Abs. 1 der Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages) stehen der Verfügungsberechtigung des BMI nicht entgegen. (Rn. 19)

Rechtsgebiete:
Arbeitsrecht, Verwaltungsverfahren und -prozess, Sonstiges besonderes Verwaltungsrecht

Schlagworte:
Informationsfreiheitsgesetz, Europawahl, Europawahlrecht, Direktwahlakt, Beschluss 2018/994, Ratifikation, Europawahlgesetz, Formulierungshilfen, Sperrklausel, Mindestschwelle, gesetzesvorbereitende Tätigkeit der

Bundesministerien, Verfügungsberechtigung, Fraktionen, Parlamentsautonomie, Beeinträchtigung der notwendigen Vertraulichkeit internationaler Verhandlungen, Beratungen von Behörden, Beratungen zwischen Exekutive und Legislative, Darlegung

ECLI:

ECLI:DE:VGBE:2021:1202.2K45.19.00

Rechtskraft:

unbekannt

Tenor:

Die Beklagte wird unter Aufhebung des Bescheides des Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat vom 15. November 2018 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 21. Februar 2019 verpflichtet, dem Kläger Zugang zu den für die Fraktionen der CDU/CSU und SPD gefertigten und am 30. August 2018 an die Fraktionsvorsitzenden übersandten Formulierungshilfen für ein Zustimmungsgesetz zu dem Beschluss (EU, Euratom) 2018/994 des Rates der Europäischen Union vom 13. Juli 2018 und für ein Gesetz zur Änderung des Europawahlgesetzes durch Übersendung einer Kopie zu gewähren.

Die Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens.

Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Tatbestand:

1 Der Kläger begehrt Informationszugang zu zwei ministerialen Formulierungshilfen zum Europawahlrecht.

2 Der Rat der Europäischen Union nahm am 13. Juli 2018 den Beschluss 2018/994 an. Er dient der Änderung des Akts zur Einführung allgemeiner unmittelbarer Wahlen der Mitglieder des Europäischen Parlaments (Direktwahlakt). Der Beschluss 2018/994 enthält u.a. Vorgaben für Sperrklauseln bei der Europawahl. Er tritt in Kraft, nachdem alle EU-Mitgliedstaaten im Einklang mit ihren jeweiligen verfassungsrechtlichen Vorschriften zugestimmt und dem Generalsekretariat des Rates den Abschluss der hierfür erforderlichen Verfahren mitgeteilt haben. Diese Zustimmung steht noch von der Beklagten sowie Zypern und Spanien aus.

3 Auf Bitten der damaligen Regierungsfraktionen von CDU/CSU und SPD fertigte das Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat (BMI) zwei Formulierungshilfen; eine für ein Zustimmungsgesetz zu dem Beschluss 2018/994 und eine weitere für ein Gesetz zur Änderung des Europawahlgesetzes. Das BMI übersandte die Formulierungshilfen am 30. August 2018 an die Vorsitzenden der Fraktionen.

4 Der Kläger beantragte mit E-Mail vom 26. September 2018 die Übersendung der „Formulierungshilfe", die das BMI für den Gesetzentwurf bei der EU-Wahl für den Deutschen Bundestag verfasst habe. Mit Bescheid vom 15. November 2018 lehnte das BMI den Antrag, der sich auf die beiden Formulierungshilfen beziehe, ab mit der Begründung, das Bekanntwerden beeinträchtige die Beratungen von Behörden.

5 Den hiergegen gerichteten Widerspruch des Klägers wies das BMI mit

Widerspruchsbescheid vom 21. Februar 2019, zugestellt am 25. Februar 2019, zurück. Das BMI habe keine Verfügungsgewalt über die gewissermaßen in Amtshilfe für die Fraktionen erstellten Formulierungshilfen. Eine Herausgabe sei zudem ausgeschlossen, weil dies die Beratungen von Behörden beeinträchtige. Eine Entscheidung über Änderungen und den endgültigen Inhalt der Gesetzesentwürfe der Fraktionen, die Entscheidung über den Kreis der einbringenden Fraktionen und über das „ob" der Einbringung im Deutschen Bundestag durch die Fraktionen sei noch nicht erfolgt und Gegenstand fortdauernder Gespräche. Es bestehe die Gefahr, dass der vertrauliche Entscheidungsbildungsprozess durch eine Beeinflussung von außen beeinträchtigt werde. Zudem sei die Herausgabe abzulehnen, weil das Bekanntwerden der Information die notwendige Vertraulichkeit internationaler Verhandlungen beeinträchtige. Die Beklagte müsse bei dem andauernden Prozess der Reform des Direktwahlakts in der Lage sein, Verhandlungen ohne unbefugten Einfluss von außen mit allen beteiligten EU-Mitgliedstaaten durchzuführen.

6 Hiergegen hat der Kläger am 25. März 2019 Klage erhoben. Zur Begründung führt er aus, das BMI sei als Urheber der Information verfügungsberechtigt. Der Ausschlussgrund für Beratungen von Behörden erfasse Beratungen zwischen Exekutive und Legislative nicht. Jedenfalls habe die Beklagte nicht dargelegt, ob und warum der Informationszugang nachteilige Auswirkungen auf die Vertraulichkeit haben könne. Zudem beträfen die Formulierungshilfen keine Beratungen, da sie das Ergebnis von Beratschlagungen im BMI seien, die zur Grundlage von Beratungen des Bundestagsausschusses gemacht würden. Der Ausschlussgrund wegen internationaler Verhandlungen sei nicht einschlägig; der Beschluss sei veröffentlicht und im Übrigen liege keine Verhandlungssituation vor. Zudem seien die deutschen Interessen bekannt.

7 Der Kläger beantragt schriftlich,
die Beklagte zu verpflichten, ihm unter Aufhebung des Bescheides des Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat vom 15. November 2018 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 21. Februar 2019 die für die Koalitionsfraktionen gefertigten Formulierungshilfen für die Gesetzesentwürfe zur Zustimmung zum Beschluss des Rates vom 13. Juli 2018 und zur Umsetzung des europäischen Wahlaktes im deutschen Europawahlrecht herauszugeben.

8 Die Beklagte beantragt schriftlich,
die Klage abzuweisen.

9 Sie trägt ergänzend vor, nach langjähriger Staatspraxis werde das Wahlrecht des Bundes einschließlich des Europawahlrechts als Sache des Deutschen Bundestages angesehen. Die Bundesregierung beschränke sich auf die Leistung von Formulierungshilfen auf Bitte der initiativberechtigten Fraktionen. Deren Verfügungsberechtigung würde umgangen, wenn die Formulierungshilfen über das BMI zu erlangen wären, während ein IFG-Anspruch gegen den Deutschen Bundestag bzw. die Fraktionen nicht geltend gemacht werden könne. Die Herausgabe beeinträchtige die Beratungen von Behörden, weil der Meinungsbildungsprozess in den Fraktionen über den Inhalt des Gesetzesentwurfs sowie etwaige Ergänzungs- oder Änderungswünsche zu den Formulierungshilfen noch nicht abgeschlossen sei. Zudem stünden politische Abstimmungen mit weiteren Fraktionen bevor, weil das Zustimmungsgesetz eine Zweidrittelmehrheit im Deutschen Bundestag und Bundesrat erfordere. Weitere Abstimmungsprozesse

gebe es zwischen den Ressorts der Bundesregierung und mit den im Bundesrat beteiligten Bundesländern. Die Möglichkeit vertraulicher Beratung im Vorstadium einer Initiative aus der Mitte des Deutschen Bundestages gehöre zum Kernbereich der Parlamentsautonomie. Schließlich beeinträchtige das Bekanntwerden der Information die notwendige Vertraulichkeit internationaler Verhandlungen, weil noch nicht alle Mitgliedstaaten dem Beschluss 2018/994 zugestimmt hätten. Auf EU-Ebene erfolgten Abfragen zum Stand der Zustimmungen. Im Europäischen Parlament werde erneut über eine Reform des Wahlrechts beraten. Zudem hätten Verhandlungen bezüglich der Zustimmung der Beklagten zum Beschluss 2018/994 während der 19. Wahlperiode mehrfach zwischen den Fraktionen des Deutschen Bundestages und Mitgliedern des Europäischen Parlaments aus der Bundesrepublik Deutschland sowie mit den Regierungen anderer Mitgliedstaaten stattgefunden.

10 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Gerichtsakte und den beigezogenen Verwaltungsvorgang verwiesen.

Entscheidungsgründe:

11 Die Kammer kann über die Klage ohne mündliche Verhandlung entscheiden, da sich die Beteiligten hiermit gemäß § 101 Abs. 2 VwGO einverstanden erklärt haben.

12 Die zulässige Verpflichtungsklage ist begründet. Der Bescheid des BMI vom 15. November 2018 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 21. Februar 2019 ist rechtswidrig und verletzt den Kläger in seinen Rechten; er hat Anspruch auf Zugang zu den Formulierungshilfen (§ 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO).

13 1. Rechtsgrundlage für das Begehren des Klägers ist § 1 Abs. 1 Satz 1 des Informationsfreiheitsgesetzes (IFG). Nach dieser Vorschrift hat jeder nach Maßgabe dieses Gesetzes gegenüber den Behörden des Bundes einen Anspruch auf Zugang zu amtlichen Informationen. Die Voraussetzungen dieser Vorschrift sind erfüllt. Der Kläger ist als natürliche Person „jeder" und damit anspruchsberechtigt. Er begehrt Zugang zu amtlichen Informationen i.S.d. § 2 Nr. 1 Satz 1 IFG. Das BMI ist als Behörde des Bundes grundsätzlich anspruchsverpflichtet.

14 Behörde i.S.d. § 1 Abs. 1 Satz 1 IFG ist jede Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt. Dabei meint der Begriff der Verwaltung i.S.d. Informationsfreiheitsgesetzes jegliche vollziehende Gewalt, die weder der Gesetzgebung noch der Rechtsprechung zuzurechnen ist. Die gesetzesvorbereitende Tätigkeit als Teil des Regierungshandelns eines Bundesministeriums ist hiervon nicht ausgenommen (vgl. BVerwG, Urteile vom 3. November 2011 - BVerwG 7 C 3/11 - und - BVerwG 7 C 4/11 -, jeweils juris Rn. 10 ff. im Anschluss an die amtliche Begründung BT-Drs. 15/4493, S. 7). Damit bleibt die Vorbereitung von Normen durch Stellen i.S.d. § 1 Abs. 1 Satz 1 IFG Verwaltungstätigkeit im materiellen Sinne (vgl. Urteil der Kammer vom 17. März 2016 - VG 2 K 1/15 -, juris Rn. 14 m.w.N.). Solche Verwaltungsaufgaben in Gestalt einer gesetzesvorbereitenden Tätigkeit hat das BMI hier wahrgenommen. Es hat Unterstützungsleistungen zur Vorbereitung einer Gesetzgebungsinitiative der damaligen Regierungsfraktionen erbracht.

15 Der Einwand der Beklagten, die Abstimmung des Wortlauts einer Gesetzesinitiative sei keine bloß administrative Tätigkeit der Verwaltung und keine vorgelagerte Unterstützungsleistung, steht im Widerspruch zu ihrem Vorbringen, bei den Formulierungshilfen handele es sich um vorbereitende Arbeiten auf Bitten der damaligen Regierungsfraktionen. Zudem verkennt die Beklagte bei ihrer Argumentation den genannten Behördenbegriff. Auf die Wertigkeit des Handelns

des BMI und dessen Einfluss auf eine mögliche Gesetzesvorlage kommt es nicht an.

16 2. Das BMI ist zur Verfügung über die Formulierungshilfen berechtigt. Nach der als Zuständigkeitsbestimmung ausgestalteten Vorschrift des § 7 Abs. 1 Satz 1 IFG entscheidet über den Antrag auf Informationszugang die Behörde, die zur Verfügung über die begehrten Informationen berechtigt ist. Verfügungsberechtigt über eine Information ist grundsätzlich deren Urheber (BVerwG, Urteil vom 3. November 2011 - BVerwG 7 C 4/11 -, juris Rn. 28; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 21. August 2014 - OVG 12 N 73/13 -, juris Rn. 7). Das BMI ist Urheber der Formulierungshilfen.

17 Der hiergegen erhobene Einwand der Beklagten, das BMI habe die Formulierungshilfen auf Bitten der damaligen Regierungsfraktionen erstellt und an diese zur weiteren Verwendung überlassen, verfängt nicht. Der Urheber der Information verliert seine Verfügungsberechtigung nicht ohne Weiteres, wenn er die Information an einen Empfänger weitergibt und dieser ein eigenes Verfügungsrecht erhält (vgl. BVerwG, a.a.O.). Die Beklagte hält diese Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Stellungnahme des Bundesjustizministeriums gegenüber dem Petitionsausschuss für nicht einschlägig; die gegenüber dem Petitionsausschuss abgegebene Stellungnahme sei eine auf eigener Entscheidungsbildung und im eigenen Namen abgegebene Äußerung der Bundesregierung gegenüber Dritten, während die hier zu beurteilenden Formulierungshilfen eine Hilfeleistung zu einer Äußerung Dritter, nämlich der Fraktionen, seien. Das überzeugt nicht. Die inhaltliche Unterscheidung ändert nichts daran, dass das BMI Urheber der Information ist, selbst wenn diese als Hilfeleistung und nicht als eigene Äußerung qualifiziert wird. Die andauernde Verfügungsberechtigung des BMI wird nicht dadurch beschränkt, dass die Fraktionen die Formulierungshilfen erbeten haben, sie inhaltliche Vorgaben gemacht haben und sie über die übersandten Formulierungshilfen frei verfügen dürfen.

18 Die Beklagte kann sich auch nicht darauf berufen, das BMI habe gewissermaßen Amtshilfe für die allein gesetzesinitiativberechtigten und verfügungsberechtigten Fraktionen geleistet. Hierfür bedarf es keiner Entscheidung, ob die Verfügungsberechtigung ausnahmsweise fehlt, wenn der Urheber der Information der die Information anfordernden Stelle lediglich eine eher formelle Unterstützung leistet, indem er etwa seine personellen und sächlichen Mittel zur Materialsammlung zur Verfügung stellt (vgl. BVerwG, a.a.O). Um eine solche Hilfeleistung ohne eigene Zuständigkeit des Urhebers geht es hier nicht. Das BMI hat durch die Erarbeitung der Formulierungshilfen eine eigene, ihm obliegende Aufgabe wahrgenommen. Die gesetzesvorbereitende Unterstützung des Parlaments durch die Bundesministerien ist übliche Praxis. Denn der Deutsche Bundestag verfügt - abgesehen von den Arbeitsgruppen der Fraktionen und seinen Wissenschaftlichen Diensten - über keinen parlamentarischen Gesetzgebungsdienst. Die hieraus den Bundesministerien erwachsende Aufgabe ist staatsrechtlich anerkannt. Dies gilt nicht nur für die Vorbereitung einer Gesetzesvorlage der Bundesregierung und die Vorbereitung zur Einbringung einer „verkappten Regierungsinitiative" aus der Mitte des Bundestages. Die Ministerialverwaltung erfüllt eine ihr obliegende Aufgabe auch dann, wenn Fraktionen - wie hier die damaligen Regierungsfraktionen - von sich aus Formulierungshilfen von Seiten des Bundesministeriums für eine mögliche

Gesetzesinitiative aus der Mitte des Bundestages erbitten (vgl. Ossenbühl, HStR V, 2007, § 102 Rn. 12 ff., 25 f.; Brüning, Bonner Kommentar, 180. Akt. 2016, Art. 76 Rn. 127 f., 147 ff.; Masing/Risse, in: von Mangoldt/Klein/Stark, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 76 Rn. 48). Die Einordnung als Regierungsaufgabe verdeutlicht zudem § 56 Abs. 3 Satz 1 der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien. Diese Bestimmung verlangt für die Mitwirkung der Angehörigen der Bundesministerien bei der sachlichen oder rechtsförmlichen Vorbereitung einer Gesetzesvorlage des Deutschen Bundestages eine Genehmigung des zuständigen Bundesministers. Das Genehmigungserfordernis setzt eine grundsätzliche Zuständigkeit der Bundesministerien voraus, auf Bitten von Fraktionen unterstützende Dienste zu erbringen, um eine Gesetzesinitiative aus der Mitte des Bundestages vorzubereiten.

19 Die Parlamentsautonomie sowie das Gesetzesinitiativrecht des Deutschen Bundestages und der Fraktionen (Art. 76 Abs. 1 GG, § 76 Abs. 1 der Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages) stehen der Verfügungsberechtigung des BMI nicht entgegen. Die Rechte des Deutschen Bundestages, der in dem spezifischen Bereich der Wahrnehmung parlamentarischer Angelegenheiten vom Informationszugang ausgenommen ist (BT-Drs. 15/4493, S. 8), bleiben unberührt. Der Informationszugang gegenüber dem BMI ist entgegen der Ansicht der Beklagten keine Umgehung, sondern Folge der gesetzlichen Regelung. Einer Behörde als Urheberin einer Information, die sich weiterhin in ihrem Aktenbestand befindet, ist eine Berufung auf die abweichende informationsfreiheitsrechtliche Rechtsposition anderer Personen und Institutionen verwehrt (vgl. BVerwG, Urteil vom 30. März 2017 - BVerwG 7 C 19/15 -, juris Rn. 22). Das BMI kann den eingeschränkten Anwendungsbereich gemäß § 1 Abs. 1 Satz 2 IFG nicht zu seinen Gunsten anführen, da es Behörde des Bundes i.S.d. § 1 Abs. 1 Satz 1 IFG ist.

20 3. Die geltend gemachten Ausschlussgründe stehen dem Informationszugang nicht entgegen. Der Anspruch ist nicht gemäß § 3 Nr. 3 Buchst. a IFG ausgeschlossen. Danach besteht der Anspruch auf Informationszugang nicht, wenn und solange die notwendige Vertraulichkeit internationaler Verhandlungen beeinträchtigt wird. Geschützt werden soll die Position der Bundesrepublik mit dem Ziel, dass diese ihre Interessen und Ziele möglichst effektiv vertreten kann. Der bezweckte Schutz der gesamten Verhandlungsposition rechtfertigt es, ein Zurückhalten von Informationen auf Dauer als geschützt anzusehen. Der Schutz bezieht sich über den eigentlichen Vorgang der Entscheidungsfindung hinaus gerade darauf, wie die Bundesrepublik in internationale Verhandlungen hineingeht, also auch auf das Vorbereiten der Verhandlungsstrategie (vgl. Urteile der Kammer vom 7. Mai 2015 - VG 2 K 247/12 -, juris Rn. 24 f. und vom 20. Mai 2020 - VG 2 K 164/17 -, juris Rn. 33 f.; Schoch, IFG, 2. Aufl. 2016, § 3 Rn. 168). Die Beklagte hat nicht nachvollziehbar dargelegt, dass § 3 Nr. 3 Buchst. a IFG der Offenlegung der Formulierungshilfen entgegensteht.

21 Ohne Erfolg macht die Beklagte geltend, das europäische Gesetzgebungsverfahren bezüglich des Beschlusses 2018/994 sei noch nicht abgeschlossen. Auf der Grundlage ihres Vorbringens ist bereits die Voraussetzung „internationaler Verhandlungen" i.S.d. § 3 Nr. 3 Buchst. a IFG nicht erfüllt. Das Gesetzgebungsverfahren im Europäischen Parlament und im Rat der EU über den Erlass des Beschlusses 2018/994 ist beendet. Die geltend gemachten Abfragen auf EU-Ebene zum Stand der Zustimmungen belegen keine internationale

Verhandlungssituation. Hier geht es um die Mitteilung der innerstaatlichen Ratifikation gegenüber dem Generalsekretariat des Rates gemäß Art. 2 Abs. 1 Satz 2 des Beschlusses 2018/994, die für dessen Inkrafttreten gemäß Art. 223 Abs. 1 UA 2 Satz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union und Art. 2 Abs. 2 des Beschlusses 2018/994 erforderlich ist. Für sich genommen sind solche Abfragen und Mitteilungen keine Verhandlungen. Sie erschöpfen sich in der Kommunikation des Ratifikationsstands, ohne dass hierbei Interessen vertreten und kontroverse Standpunkte ausgetauscht werden könnten. Es ist auch nicht dargelegt, dass die Abfragen und Mitteilungen von internationalen Verhandlungen begleitet sind.

22 Soweit die Beklagte Verhandlungen im Kontext der Ratifizierung des Beschlusses
2018/994 nennt, fehlt ein Bezug zum Inhalt der Formulierungshilfen. Die Beklagte nennt nur die Verhandlungspartner und den Gegenstand der Verhandlungen, indem sie auf Verhandlungen bezüglich der Zustimmung der gesetzgebenden Körperschaften zwischen den Fraktionen des Deutschen Bundestages und Mitgliedern des Europäischen Parlaments aus der Bundesrepublik Deutschland sowie mit den Regierungen anderer Mitgliedstaaten verweist. Es ist bezüglich keiner der genannten Verhandlungen dargelegt, dass die Formulierungshilfen eine Verhandlungsposition oder -strategie der Beklagten enthalten oder hierauf Rückschlüsse zuließen. Dies geht auch aus dem weiteren Vorbringen der Beklagten nicht hervor. Hiernach betreffen die Formulierungshilfen das gemäß Art. 23 Abs. 1 GG erforderliche Zustimmungsgesetz zu dem Beschluss 2018/994 und eine Änderung des Europawahlgesetzes. Hieraus wird kein Bezug zwischen der Ratifikation des Beschlusses bzw. der Änderung des innerstaatlichen Rechts zur Position der Beklagten im Verhältnis zu Verhandlungspartnern nachvollziehbar.

23 Erst recht fehlt bei dem Vortrag der Beklagten zu Verhandlungen im Europäischen
Parlament über eine weitere Reform des Europawahlrechts eine Darlegung eines Zusammenhangs mit dem Inhalt der Formulierungshilfen. Schon wegen des Zeitablaufs bedürfte es einer Erklärung, warum die Formulierungshilfen, die in Bezug auf den Beschluss 2018/994 im Jahr 2018 erstellt wurden, für die Verhandlungsposition bei den aktuellen Reformbemühungen von Belang sind. Dies ist im Übrigen fernliegend, weil die derzeitigen Reformen einen neuen Rechtsakt betreffen. Aus dem von der Beklagten angeführten Entwurf eines Berichts über die Reform des Wahlrechts der Europäischen Union (2020/2220 [INL]) ergibt sich, dass eine Reform angestrebt wird, die vom Inkrafttreten des Beschlusses 2018/994 unabhängig ist. In der Erwägung J heißt es, der Abschluss des Ratifizierungsverfahrens für den Beschluss 2018/994 stehe noch aus, was aber die notwendigen Änderungen der Wahlsysteme der Union nicht aufhalten könne.

24 Zudem fehlt es an der Darlegung der notwendigen Vertraulichkeit i.S.d. § 3 Nr. 3
Buchst. a IFG. Nach dem unwidersprochenen Vortrag des Klägers ist bekannt, dass die Einführung der Sperrklausel auf Initiative der Bundesregierung beschlossen worden ist. Dies ergibt sich auch aus dem als Anlage K 1 vorgelegten Zeitungsbericht. Danach hat ein Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion bestätigt, dass eine Sperrklausel von zwei Prozent angestrebt werde. Die Beklagte hat nicht dargelegt, dass die Formulierungshilfen andere Informationen enthalten, die mit Rücksicht auf deutsche Interessen in Verhandlungen nicht bekannt werden dürften. Die Maßgaben für Änderungen des Europawahlrechts, denen die Bundesregierung aufgrund der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

unterliegt (vgl. BVerfG, Urteil vom 26. Februar 2014 - 2 BvE 2/13 -, juris), sind ebenfalls offenkundig.

25 Schließlich ist auch eine Beeinträchtigung der Schutzbelange des § 3 Nr. 3 Buchst. a IFG nicht hinreichend dargelegt. Aus dem Vorbringen der Beklagten geht nicht hervor, dass das Bekanntwerden der Formulierungshilfen nachteilige Auswirkungen auf eine deutsche Verhandlungsposition entfalten kann. Mit ihrem Vortrag, eine Herausgabe könne die Position und Handlungsfähigkeit der Bundesregierung schwächen und dem erfolgreichen Abschluss des Dossiers schaden, beschreibt sie nur eine abstrakte Gefahr. Es fehlt eine konkrete Darlegung, welche Inhalte der Formulierungshilfen ursächlich für welche Beeinträchtigungen sein sollen.

26 4. Die Beklagte kann die Versagung des begehrten Informationszugangs nicht auf § 3 Nr. 3 Buchst. b IFG stützen. Nach dieser Vorschrift besteht der Anspruch auf Informationszugang nicht, wenn und solange die Beratungen von Behörden beeinträchtigt werden. Dem Schutz der Beratung unterfällt nur der eigentliche Vorgang der behördlichen Entscheidungsfindung als solcher. Ausgenommen sind das Beratungsergebnis und der Beratungsgegenstand. Der Begriff der Beratung erfasst die Vorgänge interner behördlicher Meinungsäußerung und Willensbildung, die sich inhaltlich auf die Entscheidungsfindung beziehen. Der Schutz gilt danach vor allem dem Beratungsprozess als solchem, also der Besprechung, Beratschlagung und Abwägung, mithin dem eigentlichen Vorgang des Überlegens. Zum demgegenüber nicht geschützten Beratungsgegenstand können insbesondere Sachinformationen oder gutachterliche Stellungnahmen im Vorfeld gehören, also die Tatsachengrundlagen und die Grundlagen der Willensbildung (BVerwG, Urteil vom 15. Dezember 2020 - BVerwG 10 C 25/19 -, juris Rn. 32 f.). Die bloße Übermittlung von Unterlagen zur Unterstützung der parlamentarischen Arbeit der Abgeordneten stellt keine Willensbildung und damit „Beratung" i.S.d. Ausschlussgrunds dar (BVerwG, Urteil vom 30. März 2017 - BVerwG 7 C 19/15 -, juris Rn. 22).

27 Ausgehend hiervon sind die Formulierungshilfen auf der Grundlage des Beklagtenvortrags nicht dem Schutz des § 3 Nr. 3 Buchst. b IFG zuzuordnen. Die Beklagte hat nicht dargelegt, dass die Formulierungshilfen einen Beratungsprozess abbilden oder hierauf Rückschlüsse zulassen. Sofern bis zur Erstellung der Formulierungshilfen Beratungen u.a. im BMI und mit den Fraktionen stattfanden, sind die Formulierungshilfen nur das Ergebnis von Beratungen. Es ist nicht vorgetragen, dass die Formulierungshilfen Informationen über den Verlauf vorausgehender Beratungen enthalten oder ihn erkennen lassen. Für alle weiteren Beratungen, die nach Angaben der Beklagten nach Erstellung der Formulierungshilfen im Verhältnis mit Fraktionen oder anderen Stellen auf EU-, Bundes- oder Landesebene stattfanden und andauern, sind die Formulierungshilfen allenfalls Grundlage von Beratungen. Zur Wiedergabe eines Beratungsverlaufs hat die Beklagte nichts vorgetragen. Es liegt auch im Hinblick auf die zeitliche Abfolge fern, dass die Formulierungshilfen Informationen über den Verlauf der Willensbildung enthalten. Denn die von der Beklagten angeführten Beratungen konnten erst nach Übersendung der Formulierungshilfen an die Regierungsfraktionen beginnen. Für die Einordnung kommt es auch nicht auf die zwischen den Beteiligten diskutierte Frage an, ob das Handbuch der Rechtsförmlichkeit Anwendung findet. Selbst wenn dies nicht der Fall ist, bilden die Formulierungshilfen allenfalls die Grundlage der Willensbildung in oder zwischen

den Fraktionen und weiteren Stellen. Der Verweis auf den Kernbereich der Parlamentsautonomie kann die mangelnde Darlegung zum Beratungsverlauf nicht ersetzen.

28 Hiernach kann offenbleiben, ob der Ausschlussgrund ohnehin nur die Beratung innerhalb von und zwischen Behörden erfasst oder - über den Wortlaut hinaus - auch auf die Beratungen zwischen der Exekutive und Legislative zu erstrecken ist (vgl. OVG Münster, Urteil vom 15. Januar 2014 - 8 A 467/11 -, juris Rn. 86 m.w.N.).

29 Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO; der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus § 167 VwGO i.V.m. §§ 708 Nr. 11, 711, 709 Satz 2 der Zivilprozessordnung.

Zitiervorschlag:
VG Berlin Urt. v. 2.12.2021 – 2 K 45/19, BeckRS 2021, 56144

BeckRS 2021, 40071

VGH Kassel (6. Senat), Urteil vom 16.09.2021 – 6 A 260/19

Titel:
Rundung des Schwellenwerts der Begrenzung der EEG-Umlage für stromkostenintensive Unternehmen nicht zulässig

Normenkette:
EEG 2014 § 64 Abs. 1 Nr. 2 lit. a (idF bis zum 24.7.2017)

Amtliche Leitsätze:

1. Die Begrenzung der EEG-Umlage für das Jahr 2017 erfolgt gemäß § 64 Abs. 1 Nr. 2 a) bb) EEG 2014 nur dann, wenn das antragstellende Unternehmen nachweist, dass die Stromkostenintensität für die Begrenzung ab dem Kalenderjahr 2016 mindestens 17 Prozent betragen hat. (Rn. 49)

2. Bei dem Wert von mindestens 17 Prozent handelt es sich um einen numerischen Schwellenwert, den die Stromkostenintensität zu erreichen oder zu überschreiten hat. (Rn. 52)

3. Eine Aufrundung von Nachkommastellen zwischen 16,50 Prozent und 16,99 Prozent auf 17 Prozent nach der DIN 1333 (kaufmännische Rundung) ist nicht erlaubt. (Rn. 53)

Redaktionelle Leitsätze:

1. Maßgeblich für die rechtliche Beurteilung eines Verpflichtungsbegehrens ist die Rechtslage, die im Zeitpunkt des Ablaufs der Ausschlussfrist bestand und bis zum Ablauf des Begrenzungszeitraums unverändert blieb. (Rn. 48)

2. Die Begrenzung der EEG-Umlage für das Jahr 2017 erfolgt gem. § 64 Abs. 1 Nr. 2 lit. a bb) EEG 2014 aF nur dann, wenn das antragstellende Unternehmen nachweist, dass die Stromkostenintensität für die Begrenzung ab dem Kalenderjahr 2016 mindestens den Wert von 17 Prozent betragen hat. (Rn. 49)

3. Bei dem in § 64 Abs. 1 Nr. 2 lit. a bb) EEG 2014 aF genannten maßgeblichen Wert handelt es sich um einen numerischen Schwellenwert, den die Stromkostenintensität des beantragenden Unternehmens für das Berechnungsjahr 2017 zu erreichen oder zu überschreiten hat. Eine Aufrundung von Nachkommastellen zwischen

16,50 Prozent und 16,99 Prozent auf 17 Prozent ist nicht erlaubt. (Rn. 52)
4. Der Wert der nachzuweisenden Stromkostenintensität iSd § 64 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2014 aF erlaubt auch nach umfassender Auslegung der Vorschrift keine (kaufmännische) Rundung. (Rn. 53 – 79)

Rechtsgebiet:
Verwaltungsverfahren und -prozess

Schlagworte:
Wert der Stromkostenintensität, Rundung von Beträgen, Auslegung, kaufmännische Rundung, Schwellenwert

vorgehend:
VG Frankfurt a. M., Urteil vom 13.12.2018 - 5 K 8852/17.F (rechtskräftig)

ECLI:
ECLI:DE:VGHHE:2021:0916.6A260.19.00

Rechtskraft:
rechtskräftig

Tenor:

Die Berufung wird zurückgewiesen.
Die Kosten des Berufungsverfahrens hat die Klägerin zu tragen.
Das Urteil ist hinsichtlich der Kosten vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe der festzusetzenden Kosten abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in entsprechender Höhe leistet.
Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

1 Die Klägerin begehrt die Begrenzung der EEG-Umlage für das Jahr 2017 nach dem Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien („Erneuerbare-Energien-Gesetz", -EEG -) an der Abnahmestelle „A. A-Straße, A-Stadt".

2 Am 29. Juni 2016 stellte die Klägerin beim Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle einen Antrag auf Begrenzung der EEG-Umlage nach den §§ 63, 64 EEG in der Fassung vom 21. Juli 2014 (BGBI. 2014 I S. 1066), die durch Art. 4 des Gesetzes vom 22. Juli 2014 (BGBl. I S. 1218) geändert worden ist - EEG 2014 - für diese Abnahmestelle. Sie betreibt dort die Herstellung von Flachglas sowie weiteren Glassorten und erfüllt die Anforderungen der in Nr. 102 der Liste 1 in Anlage 4 zu §§ 64, 103 EEG 2014 genannten Branche („Herstellung von Flachglas", Nr. 23.11 der Klassifikation der Wirtschaftszweige, Ausgabe 2008 des Statistischen Bundesamtes (WZ 2008), vgl. Anlage 1 zum Prüfvermerk für das Begrenzungsjahr 2017). Die Höhe der Stromkostenintensität bezifferte sie unter Bezugnahme auf den dem Antrag beigefügten Prüfvermerk der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft X. GmbH & Co. KG vom 24. Juni 2016 mit 17 Prozent sowie der Anmerkung, wonach die Stromkostenintensität nach § 64 Abs. 5 Nr. 3 EEG 2014 i.V.m. § 5 Abs. 2 DSPV in Höhe von 17 Prozent (…) aus dem aufgerundeten Wert von 16,71 Prozent ermittelt wurde (vgl. Anlage 5 des Prüfvermerks).

3 Nach vorheriger Anhörung lehnte die Beklagte den Antrag der Klägerin durch Bescheid vom 23. Dezember 2016 mit der Begründung ab, dass die von der

Klägerin für diese Abnahmestelle bescheinigte Stromkostenintensität i.H.v. 16,71 Prozent die für die Begrenzung der EEG-Umlage nach § 64 Abs. 1 und 3 EEG 2014 für Unternehmen, die einer Branche nach Liste 1 der Anlage 4 EEG 2014 zuzuordnen sind, vorausgesetzte Stromkostenintensität nicht erreiche. Die seitens der Klägerin vorgenommene Aufrundung komme nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht in Betracht, da dieser einen Wert von „mindestens" 17 Prozent verlange. Die Härtefallregelung nach § 103 Abs. 4 Nr. 2 b) EEG 2014 scheide aus, weil die Klägerin nicht über eine bestandskräftige Begrenzungsentscheidung nach den §§ 40 bis 44 EEG in der am 31. Juli 2014 geltenden Fassung verfüge.

4 Mit Widerspruchsbescheid vom 28. September 2017 wies die Beklagte den Widerspruch der Klägerin gegen den Bescheid vom 23. Dezember 2016 unter Vertiefung ihrer bisherigen ablehnenden Argumente zurück.

5 Am 30. Oktober 2017 hat die Klägerin vor dem Verwaltungsgericht Frankfurt am Main Klage erhoben.

6 Diese hat sie damit begründet, dass die für die Abnahmestelle A-Stadt bescheinigte Stromkostenintensität ihrer Auffassung nach die Voraussetzungen des § 64 Abs. 1 Nr. 2 a) bb) EEG 2014 für eine Begrenzung der EEG-Umlage erfülle. Die hierfür entscheidungserhebliche Frage, ob eine Stromkostenintensität von 16,71 Prozent von der Regelung des § 64 Abs. 1 Nr. 2 a) bb) EEG 2014 umfasst sei, werde vom Gesetz nicht beantwortet und bedürfe der Auslegung. Sowohl die Auslegung des Gesetzeswortlauts als auch der Gesetzesentwicklung, des Regelungszusammenhangs und des Regelungszwecks sprächen für eine Anspruchsberechtigung der Klägerin.

7 Dem Wortlaut der Vorschrift nach werde eine Stromkostenintensität von mindestens „17 Prozent" und nicht von mindestens „17,00 Prozent" vorausgesetzt. Dies bedeute, dass der Wert der Stromkostenintensität nach den Maßgaben der Ziffern 10.2.1 und 10.2.2 sowie der Anmerkung zu Abschnitt 4.5.1 der DIN 1333 des Normausschusses Einheiten und Formelgrößen (AEF) im DIN Deutsches Institut für Normung e.V. in der aktuellen Fassung von 1992 entweder auf- oder abzurunden sei. Das Runden nach Maßgabe der DIN 1333 in Ermangelung gesetzesspezifischer Rundungsregelungen entspreche der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung. Auch die - in der Klagebegründung exemplarisch zitierte - Kommentarliteratur zu § 64 Abs. 1 Nr. 2 a) bb) EEG halte im Einklang mit der gesetzlichen Regelung einhellig eine Stromkostenintensität i.H.v. 17 Prozent und nicht 17,00 Prozent für erforderlich.

8 Entgegen der Darstellung der Beklagten sei in der von der Klägerin vorgelegten Wirtschaftsprüferbescheinigung bestätigt worden, dass die Stromkostenintensität 17 Prozent betragen habe und somit die gesetzlichen Anforderungen erfülle. Dazu sei erläutert worden, dass dieser Wert „aus dem aufgerundeten Wert von 16,71 Prozent ermittelt" worden sei.

9 Die Gesetzesentwicklung zu § 64 Abs. 1 Nr. 2 a) bb) EEG 2014 bestätige ebenfalls die Wortauslegung der Klägerin, weil seit der Aufnahme einer Begrenzung der EEG-Umlage für stromkostenintensive Unternehmen in das Erneuerbare-Energien-Gesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 21. Juli 2004 (BGBl. I S. 1918 - EEG 2004 -) in sämtlichen Fassungen des Erneuerbare-Energien-Gesetzes nebst den Gesetzesbegründungen jeweils ausschließlich Zahlenwerte ohne Nachkommastellen für die jeweils festgesetzten Werte der erforderlichen Stromkostenintensität verwendet worden seien. Daraus folge nach Auffassung der

Klägerin, dass „Werte der Stromkostenintensität, die bis zu 0,5 Prozent unter den jeweiligen Eintrittsschwellen lagen," „stets gemäß Ziffer 4.5.1 der DIN 1333 aufzurunden" seien.

10 Die Gesetzessystematik des EEG 2014 stütze dieses Ergebnis. Der Gesetzgeber habe in sämtlichen Gesetzesfassungen nur an den Stellen, an denen er einen Wert mit Angabe von zwei Nachkommastellen habe festlegen wollen, auch derartige Festsetzungen getroffen. Da er eine solche Festsetzung bei der Regelung des § 64 Abs. 1 Nr. 2 a) bb) EEG 2014 aber unterlassen habe, sei eine Stromkostenintensität zwischen 16,50 Prozent und 16,99 Prozent aufzurunden.

11 Dies sei auch das Ergebnis einer gesetzesübergreifenden systematischen Auslegung des § 14 Abs. 1 Satz 2 des Beamtenversorgungsgesetzes - BeamtVG - und des § 3 Abs. 1 Satz 8 des Asylbewerberleistungsgesetzes - AsylbLG -, wonach eine Rundung auch in diesen Gesetzen üblich sei. Letztere Vorschrift belege zugleich auch, dass der Gesetzgeber spezielle Regelungen für das Runden an den entsprechenden Stellen normiert habe und andernfalls die Rundungsregeln der DIN 1333 anzuwenden seien.

12 Auch der Zweck der Regelung des § 64 Abs. 1 Nr. 2 a) bb) EEG 2014 spreche für eine Aufrundung ab einer Stromkostenintensität von 16,50 Prozent. Denn eine „starre Grenze von 17,00 Prozent" sei nicht mit dem Zweck der Vorschrift vereinbar, die Eintrittsgrenze für die Inanspruchnahme der besonderen Ausgleichsregelung festzulegen und zugleich erneuerbare Energien zu fördern, um langfristig den CO^2-Ausstoß zu verringern und die Klimaschutzziele der Bundesrepublik-Deutschland zu erreichen. Unternehmen, deren Stromkostenintensität sich nur geringfügig ober- oder unterhalb des Grenzwertes bewege, könnten - so nach Auffassung der Klägerin - andernfalls versucht sein, auf Energieeffizienzmaßnahmen zu verzichten, um die Stromkosten hochzuhalten. Dies wolle der Gesetzgeber aber ausdrücklich verhindern, was dadurch zum Ausdruck komme, dass im Erneuerbare-Energien-Gesetz 2017 die Eintrittsschwelle auf 14 Prozent gesenkt worden sei. Die genannten kontraproduktiven Anreize würden im Geltungsbereich des Erneuerbare-Energien-Gesetzes 2014 deutlich abgeschwächt, wenn Unternehmen mit einer Stromkostenintensität ab 16,50 Prozent der besonderen Ausgleichsregelung unterfielen.

13 Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagte unter Aufhebung des Ablehnungsbescheids des Bundesamts für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle vom 23. Dezember 2016 - Az. 112336 - in Gestalt des Widerspruchsbescheides des Bundesamts für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle vom 28. September 2017 - Az. 112-Hfw-191/17 - zu verpflichten, die EEG-Umlage der Klägerin nach den §§ 63 ff. EEG 2014 zu begrenzen,

die Zuziehung eines Bevollmächtigten für notwendig zu erklären.

14 Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

15 Zur Begründung hat sie die angefochtenen Bescheide verteidigt. Darüber hinaus hat sie angeführt, gegen eine Rundung im Rahmen der betroffenen Regelung spreche, dass der Kreis der durch eine halbprozentige Erweiterung begünstigten Unternehmen nicht ganz unerheblich sei. Die Prozentsätze in § 64 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2014 seien vom Gesetzgeber aber gerade so gewählt, dass nicht zu viele Unternehmen von der Begrenzung zu Lasten der übrigen Stromverbraucher profitieren könnten. Die gesetzgeberische Intention, die besondere

Ausgleichsregelung restriktiv zu handhaben, sei mit der Erweiterung des Kreises der begünstigten Unternehmen durch ein Außerachtlassen der Nachkommastellen nicht zu vereinbaren. Die festgelegten Prozentwerte seien nicht willkürlich festgelegt, sondern das Ergebnis einer Abwägung der voraussichtlichen Anzahl der antragstellenden Unternehmen mit der Höhe der den übrigen Stromverbrauchern noch zumutbaren Umverteilung der EEG-Umlage, welches durch eine Aufrundung zugunsten weiterer Unternehmen obsolet wäre.

16 Durch Urteil vom 13. Dezember 2018 hat das Verwaltungsgericht die Klage unter Zulassung der Berufung abgewiesen.

17 Zur Begründung hat das Verwaltungsgericht zu Grunde gelegt, dass für die Beurteilung des klägerischen Anspruchs auf Umlagebegrenzung für das Begrenzungsjahr 2017 das am Donnerstag, den 30. Juni 2016, geltende Erneuerbare-Energien-Gesetz vom 21. Juli 2014 (BGBI. I S. 1066) in der zuletzt durch Art. 2 Abs. 10 des Gesetzes zur Neuregelung des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes vom 21. Dezember 2015 (BGBI. I S. 2498) geänderten Fassung maßgeblich sei.

18 In der Sache hat es ausgeführt, dass die Begrenzung für stromkostenintensive Unternehmen nach § 64 Abs. 1 EEG 2014 nur unter den im Gesetz genannten Voraussetzungen in Betracht komme. Diese habe die Klägerin für das Begrenzungsjahr 2017 aber nicht erfüllt, weil sich ihre Stromkostenintensität nicht i.S.v. § 64 Abs. 1 Nr. 2 a) bb) EEG 2014 auf mindestens 17 Prozent, sondern lediglich auf 16,71 Prozent belaufen habe. Entgegen der Ansicht der Klägerin komme eine Aufrundung nicht in Betracht.

19 Gegen eine Rundung spreche zunächst der Wortlaut der Norm. Wenn „mindestens" 17 Prozent erforderlich seien, spreche dies dafür, dass eine Stromkostenintensität von mindestens 17,00 Prozent gemeint sei und kein durch Aufrundung gewonnener Wert. Die Nullstellen würden gewissermaßen durch das Wort „mindestens" dargestellt, wobei es sich um eine gängige Form der Prozentangabe handele. Für den Fall, dass Zahlen gerundet werden sollten, sei hingegen anzugeben, auf welche Einheit und nach welchen Regeln gerundet werden solle. Ein dementsprechender Wille des Gesetzgebers finde sich in der gesetzlichen Legaldefinition der Stromkostenintensität in § 64 Abs. 6 Nr. 3 EEG 2014 jedoch nicht. Ein anderes Wortverständnis ergebe sich entgegen der Ansicht der Klägerin auch nicht aus den von ihr angeführten Maßgaben der Nr. 10.2.2 der DIN 1333 für die Rundung von Zahlen, da diese keine Aussage darüber träfen, dass die hier betroffene gesetzliche Angabe „17 Prozent" eine zu rundende Zahl sei. Hierauf komme es indes an. Auch die klägerseits angeführten Regelungen in „§ 3 Abs. 4 Satz 2 AsylbLG und § 14 Abs. 1 Satz 2 BeamtVG oder aber § 238 Abs. 2 AO, § 36 Abs. 3 EStG" würden verdeutlichen, dass die Rundung einer Zahl gesetzlich ausdrücklich bestimmt sein müsse. Fehle es an derartigen Anordnungen, sei die genannte Zahl fix zu verstehen.

20 Auch eine systematische Auslegung - sowohl innerhalb der Normierungen des EEG 2014 als auch unter Einbeziehung anderer Bereiche, in denen sich Zahlenangaben mit Nullstellen nach einem Komma fänden - gebe keinen Anlass, die hier fragliche Regelung des § 64 Abs. 1 Nr. 2 a) bb) EEG 2014 im Sinne der Auffassung der Klägerin zu verstehen. Dass innerhalb des EEG 2014 Regelungen mit Nachkommastellen, wie z.B. § 31 Abs. 3 Nr. 1 EEG 2014, enthalten seien, belege weder, dass der Gesetzgeber damit zugleich im Fall des § 64 Abs. 1 Nr. 2 a) bb)

EEG 2014 eine Rundung vorgesehen habe, noch habe sie Aussagekraft darüber, wie diese Prozentangabe zu verstehen sei. In § 31 Abs. 3 Nr. 2 bis Nr. 6 EEG 2014 sei insbesondere die Nachkommastelle relevant, und die Schreibweise von „1,00 Prozent" in § 31 Abs. 3 Nr. 1 EEG 2014 füge sich in das System des § 31 Abs. 3 EEG 2014 ein.

21 Andere gesetzliche Regelungen (im Beamtenversorgungsgesetz, Asylbewerberleistungsgesetz, Bundeswahlgesetz) würden aufgrund ihrer unterschiedlichen Zielrichtungen keine Rückschlüsse auf das Verständnis der hier in Frage stehenden Vorschrift erlauben.

22 Der in § 63 Nr. 1 EEG 2014 aufgeführte Gesetzeszweck führe ebenfalls zu keinem anderen Ergebnis. Die gesetzlichen Vorgaben der besonderen Ausgleichsregelung seien nach der Rechtsprechung (Hess. VGH, Urteil vom 6. Juli 2017 - 6 A 1706115 -, juris Rdnr. 21 m.w.N.; VG Frankfurt am Main, Urteil vom 19. September 2018 - 5 K 8076/17. F -, BeckRS 201 8, 2. Rdnr. 13) - unabhängig von der jeweiligen Fassung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes - restriktiv auszulegen, da jede Begrenzung der EEG-Umlage zu Lasten der übrigen Stromverbraucher gehe. Anders als in der hier betroffenen Vorschrift habe in § 63 Nr. 1 EEG 2014 der gesetzgeberische Wille, die Stromkosten von stromkostenintensiven Unternehmen in einem Maße zu halten, das mit ihrer internationalen Wettbewerbssituation vereinbar sei und ihre Abwanderung in das Ausland verhindere, in Wortlaut und Systematik klaren Ausdruck gefunden. Der Ausnahmecharakter der besonderen Ausgleichsregelung sowie die Tatsache, dass jede Begrenzung der EEG-Umlage zu Lasten der übrigen Stromverbraucher gehe, würden ansonsten im Interesse des Stromverbrauchers eine restriktive Auslegung der Normen des Erneuerbare-Energien-Gesetzes gebieten.

23 Des Weiteren sei auch anhand der Gesetzesbegründung nicht herzuleiten, dass der historische Gesetzgeber ein anderes Ergebnis gewollt habe (vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Energie <9. Ausschuss>, BT-Drs. 18/1891 S. 71 f., 210). Die Tatsache, dass auch die von der Klägerin angeführten Vorläuferregelungen des § 64 Abs. 1 Nr. 2 a) bb) EEG2014 stets eine Zahl ohne Kommastellen als Prozentangabe vorsahen, lasse nicht erkennen, dass hier eine Rundungsmöglichkeit zu verlangen sei.

24 Auf die Härtefallregelung des § 103 Abs. 4 Nr. 2 EEG 2014 komme es nicht an, da die Klägerin in der Anlage 4 unter der Liste 1 geführt werde.

25 Gegen das ihr am 3. Januar 2019 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 1. Februar 2019 Berufung eingelegt und diese am 4. April 2019 begründet.

26 Sie macht geltend, das Verwaltungsgericht habe einen Anspruch der Klägerin auf Begrenzung der EEG-Umlage für das Begrenzungsjahr 2017 gemäß § 64 Abs. 1 Nr. 2 a) bb) EEG 2014 aufgrund einer rechtsfehlerhaften Auslegung dieser Vorschrift verneint.

27 Die dabei entscheidungserhebliche Rechtsfrage sei, ob es für die von § 64 Abs. 1 Nr. 2 a) bb) EEG 2014 geforderte Stromkostenintensität von mindestens 17 Prozent für die Begrenzung ab dem Kalenderjahr 2016 ausreichend sei, dass das antragstellende Unternehmen über eine Stromkostenintensität von mindestens 16,50 Prozent verfüge.

28 Dies ergebe sich - entgegen der fälschlichen Annahme des erstinstanzlichen Gerichts - aufgrund des Wortlauts dieser Vorschrift, der Betrachtung von deren Gesetzesentwicklung, der Gesetzessystematik, einer gesetzesübergreifenden

systematischen Auslegung und des Regelungszwecks.

29 So spreche der Wortlaut von einer Stromkostenintensität von „mindestens 17 Prozent". Der Begriff „mindestens" meine laut Duden nach dem allgemeinen Sprachgebrauch „so viel wie angegeben oder mehr". Entgegen der unter Bezugnahme auf das Handbuch der Rechtsförmlichkeit begründeten Auffassung des Verwaltungsgerichts würden die Nullstellen aber keinesfalls durch das Wort „mindestens" dargestellt. Nach Auffassung der Klägerin bleibe deshalb offen, ob damit „mindestens 17,00 Prozent" oder „mindestens 16,50 Prozent" gemeint sei und damit ob eine Rundung zulässig sei oder nicht.

30 Die höchstrichterliche Rechtsprechung habe sich bereits mit der Frage auseinandergesetzt, ob und wann gerundet werden dürfe, wenn in den gesetzlichen Vorschriften keine konkreten Regelungen enthalten seien.

31 Dementsprechend habe das Bundesverwaltungsgericht (Beschluss vom 20. November 2015 - 6 B 32.15 -, juris Rdnr. 9, 11) für den Fall der Benotung von Medizinstudenten entschieden, dass zur Festlegung der Gesamtnote der rechnerisch ermittelte Zahlenwert der Einzelnoten bei der Zuordnung zu einer der Noten einer Notenskala, die durch einen unteren oder oberen Grenzwert konkretisiert seien, im Zweifel durch kaufmännische Rundung der Dezimalstellen des Zahlenwerts zu bestimmen sei. Damit habe in Zweifelsfällen - wie vorliegend - eine kaufmännische Rundung zu erfolgen.

32 Unter Anwendung der Maßgaben der Nrn. 10.2.1 und 10.2.2 der DIN 1333 vom Februar 1992 erfolge die Rundung vorliegend anhand der beiden Dezimalstellen des Wertes der Stromkostenintensität i.H.v. 16,71 Prozent durch Aufrundung auf die volle Zahl von 17 Prozent.

33 Auch das Verwaltungsgericht München (Beschluss vom 24. August 2016 - M 1 SN 16.2024 -, juris Rdnr. 29 f.) habe dieses Rundungsverfahren bei der Berechnung eines Mittelwerts von Immissionswerten nach der TA Lärm angewandt.

34 In der Kommentarliteratur zu § 64 Abs. 1 Nr. 2 a) bb) EEG 2014 werde entsprechend dem Gesetzeswortlaut einhellig eine Stromkostenintensität i.H.v. 17 Prozent und nicht i.H.v. 17,00 Prozent für erforderlich gehalten, was - so nach deren Auffassung - ebenfalls für die Auslegung der Klägerin spreche.

35 Im Übrigen sei entgegen der Darstellung des Verwaltungsgerichts auch im Prüfvermerk der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft X. GmbH & Co. KG vom 24. Juni 2016 die Stromkostenintensität mit 17 Prozent bestätigt worden, so dass die Klägerin die gesetzlichen Vorgaben erfülle. Es sei lediglich erläutert worden, wie dieser Wert („aus dem aufgerundeten Wert von 16,71 Prozent") ermittelt worden sei.

36 Die Gesetzesentwicklung zu § 64 Abs. 1 Nr. 2 a) bb) EEG 2014 bestätige entgegen der erstinstanzlichen Auffassung ebenfalls die Wortauslegung der Klägerin. Eine Begrenzung der EEG-Umlage für stromkostenintensive Unternehmen sei erstmalig im Erneuerbare-Energien-Gesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 21. Juli 2004 (BGBl. I S. 1918 - EEG 2004 -) vorgesehen, wonach gemäß § 16 Abs. 2 Nr. 2 eine Begrenzung erfolgte, soweit das Unternehmen nachweist, dass (…) „das Verhältnis der Stromkosten (…) 15 Prozent überschritten hat". Auch die diesbezügliche Gesetzesbegründung (BT-Drs. 15/2327, S. 39) fordere eine „Überschreitung" der Stromkostenintensität von 15 Prozent, so dass ausdrücklich ein Wert von „mindestens" 15 Prozent maßgeblich sei. Dieser Wortlaut sei auch in den Fassungen des Erneuerbare-Energien-Gesetzes vom 25. Oktober 2008 (BGBl. I

S. 2074 - EEG 2009 -) enthalten. In der Fassung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes vom 17. August 2012 (BGBl. I S. 1754 - EEG 2012 -) sei dann in § 41 Abs. 1 Nr. 1 b) eine Stromkostenintensität von „mindestens 14 Prozent" aufgenommen worden und dieser Wortlaut so ebenfalls in der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 341/11, S. 164 f.) enthalten. Auch in den folgenden Fassungen des EEG 2014 nebst den Gesetzesbegründungen seien jeweils dieser Wortlaut und ausschließlich Zahlenwerte ohne Nachkommastellen für die jeweils festgesetzten Werte der erforderlichen Stromkostenintensität verwendet worden. Daraus folge nach Auffassung der Klägerin, dass „der Wert der Stromkostenintensität, sofern er bis zu 0,5 Prozent unter den jeweiligen Eintrittsschwellen liegt oder lag, (…) also nach Maßgabe der bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung stets aufzurunden" sei.

37 Die Gesetzessystematik des EEG 2014 stütze dieses Ergebnis entgegen der Annahme des Verwaltungsgerichts, dass die Angaben von Nachkommastellen in der Vorschrift des § 31 Abs. 3 EEG 2014 keinen Rückschluss auf eine bewusst vorgesehene Rundungsmöglichkeit im Rahmen des § 64 Abs. 1 Nr. 2 a) bb) EEG 2014 erlaubten. Mit der Regelung des § 31 Abs. 3 EEG 2014 habe der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass sich die Absenkung des Werts z.B. in Absatz 3 Nr. 1 der Vorschrift auf „1,00 Prozent" erhöhe und nicht etwa auf „1 Prozent". Damit sei klargestellt, dass eine Auf- oder Abrundung des anzulegenden Werts ausscheide. Weitere Belege hierfür fänden sich in § 28 Abs. 3 EEG 2014, § 40 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 6 EEG 2014, § 44 EEG 2014 und § 51 Abs. 2 EEG 2014. Dies verdeutliche, dass der Gesetzgeber Werte mit Nachkommastellen nur an den Stellen festgelegt habe, an denen er dies auch gewollt habe. An den anderen Stellen - so auch in § 64 Abs. 1 EEG 2014 - habe er dies aber nicht getan, so dass „der bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung folgend eine Stromkostenintensität zwischen 16,50 Prozent und 16,99 Prozent auf 17 Prozent aufzurunden" sei.

38 Auch die gesetzesübergreifende systematische Auslegung führe entgegen der erstinstanzlichen Beurteilung zu diesem Ergebnis. Dies gelte auch für die 5-Prozent-Klausel in § 6 Abs. 3 Satz 1 des Bundeswahlgesetzes - BWahlG -. Diese Regelung treffe keine Aussage darüber, ob auch Parteien mit einem Wahlergebnis über 4,5 Prozent durch Rundung die 5-Prozent-Hürde erreichten. Dies ergebe sich aber aus einer systematischen Auslegung des § 6 BWahlG, wonach eine Rundung hier nicht beabsichtigt sei, wohingegen bei der Verteilung der Gesamtzahl der Sitze nach § 6 Abs. 2 BWahlG eine Rundung ausdrücklich vorgesehen sei. Damit habe der Gesetzgeber zu verstehen gegeben, dass die Rundung in Absatz 2 der Vorschrift zulässig und in Absatz 3 unzulässig sei, so dass § 6 Abs. 3 BWahlG der Rechtsauffassung der Klägerin nicht entgegenstehe.

39 Diese werde auch in weiteren Rechtsvorschriften gestützt. So sei gemäß § 14 Abs. 1 Satz 2 BeamtVG der Ruhegehaltssatz auf zwei Dezimalstellen auszurechnen und nach Maßgabe des Satzes 3 zu runden. In § 3 Abs. 1 Satz 8 des AsylbLG werde die Höhe der zu gewährenden Leistungen in vollen Eurobeträgen festgelegt, wohingegen es bei der Fortschreibung der Beträge nach § 3 Abs. 4 AsylbLG möglich sei, dass die Beträge mit Euro und Cent lauteten. Dies sei ein Beleg dafür, dass es dem Gesetzgeber an den Stellen, an denen er Zahlenwerte ohne Nachkommastellen ins Gesetz aufgenommen habe, auch ausdrücklich um Zahlenwerte ohne Nachkommastellen gehe. Sofern es sich bei dem zu

betrachtenden Wert um einen ungeraden Wert handele, sei entsprechend der DIN 1333 auf- oder abzurunden, und nur dann, wenn der Gesetzgeber spezielle Regelungen für das Runden festlegen wolle, sei dies entsprechend normiert.

40 Der Regelungszweck des § 64 Abs. 1 Nr. 2 a) bb) EEG 2014 untermauere dieses Ergebnis ebenfalls. Die damit festgelegte Eintrittsgrenze für die Inanspruchnahme der besonderen Ausgleichsregelung erfordere aufgrund des verfassungsrechtlich garantierten Bestimmtheitsgebots und des Rechtsstaatsprinzips eine klare Definition der anspruchsberechtigten Unternehmen. Der übergeordnete Zweck der besonderen Ausgleichsregelung im Erneuerbare-Energien-Gesetz sei die Sicherung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit stromkostenintensiver Unternehmen in Deutschland. Das Verwaltungsgericht sei aber unzutreffend davon ausgegangen, dass aufgrund des Ausnahmecharakters der besonderen Ausgleichsregelung eine Aufrundung der Stromkostenintensität nicht Betracht komme. Der Gesetzeszweck werde durch eine Aufrundung der Stromkostenintensität derjenigen Unternehmen, die den Schwellenwert von 17 Prozent geringfügig unterschritten, nicht infrage gestellt, sondern es werde dadurch lediglich der Kreis der anspruchsberechtigten Unternehmen mit einer Stromkostenintensität zwischen 16,50 und 16,99 Prozent geringfügig erweitert. Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts habe dies auch keine nennenswerten Auswirkungen auf die Kosten für den Stromverbraucher. Umgekehrt werde die Klägerin im Falle der Verpflichtung zur Zahlung der EEG-Umlage in voller Höhe aber massiv geschwächt, was letztlich zu Produktionsverlagerungen von stromkostenintensiven Unternehmen ins Ausland führen könne und in der Folge zu einer Erhöhung der EEG-Umlage führen würde, weil die Umlage dann auf einen kleineren Letztverbraucherkreis verteilt werden müsste. Eine starre Grenze der Stromkostenintensität von 17,00 Prozent sei mit dem Sinn und Zweck der besonderen Ausgleichsregelung deshalb nicht in Einklang zu bringen, so dass die gegenwärtige Verwaltungspraxis der Beklagten die gesetzgeberischen Ziele - zu denen insbesondere auch die langfristige Reduzierung des CO^2-Ausstoßes zähle - ernsthaft in Gefahr bringe.

41 Im EEG 2017 sei genau wegen dieses Problems die Eintrittsschwelle der maßgeblichen Stromkostenintensität für die in der Anlage 1 des Anhangs 4 EEG 2017 aufgeführten Unternehmen auf nunmehr 14 Prozent herabgesenkt worden.

42 Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Verwaltungsgerichts Frankfurt am Main vom 13. Dezember 2018 - 5 K 8852/17.F - abzuändern und die Beklagte unter Aufhebung des Bescheides des Bundesamtes für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle vom 23. Dezember 2016 und des Widerspruchsbescheides derselben Behörde vom 28. September 2017 zu verpflichten, über ihren Antrag vom 29. Juni 2016 auf Begrenzung der EEG-Umlage für das Jahr 2017 unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden und die Zuziehung des Bevollmächtigten der Klägerin im Vorverfahren für notwendig zu erklären.

43 Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

44 Sie verteidigt mit den bereits vorgebrachten Argumenten das erstinstanzliche Urteil. Darüber hinaus führt sie im Wesentlichen aus, dass der Gesetzeswortlaut gegen eine Rundung des festgelegten Wertes der Stromkostenintensität spreche. Dem Gesetzgeber sei zu unterstellen, dass er andernfalls eine Möglichkeit zur Rundung durch eine ausdrückliche gesetzliche Festlegung zugelassen hätte.

Gesetzliche Schwellenwerte seien grundsätzlich unabhängig von ihrer Wirkung und dem Gesetzeszweck zu verstehen. Da die Rundung eines Wertes zwangsläufig zu einer Ungenauigkeit bei dessen Wiedergabe führe, sei eine solche subsidiär, solange ein exakter Wert nicht verwendbar sei. Dementsprechend habe auch das Verwaltungsgericht unter Verweis auf das Handbuch der Rechtsförmlichkeit zutreffend angenommen, dass dann, wenn Zahlen gerundet werden sollten, im Gesetz verständlich und eindeutig anzugeben sei, auf welche Einheit und nach welchen Regeln gerundet werden solle. Das Fehlen einer Rundungsregel im Erneuerbare-Energien-Gesetz spreche deshalb gegen eine Rundung der Prozentangaben. Bei Anwendung dieses Grundsatzes verbiete sich jedoch eine weitergehende Interpretation der jeweiligen Gesetze und der darin enthaltenen Zahlenangaben. Bundesgesetze ließen unabhängig vom Zweck der Vorschrift keine Rundung zu, solange sie keine ausdrücklichen Rundungsregeln enthielten, wie etwa die 5-Prozent-Hürde im Bundeswahlgesetz. Allerdings bestätige auch eine Interpretation des Gesetzeszwecks des Erneuerbare-Energien-Gesetzes den vom Verwaltungsgericht zutreffend angeführten Ausnahmecharakter der besonderen Ausgleichsregelung, der eine restriktive Auslegung verlange, um die Belastung der übrigen Stromverbraucher möglichst gering zu halten, und deshalb gegen eine Erweiterung des Kreises der begünstigten Unternehmen spreche.

45 Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes und des weiteren Vorbringens der Beteiligten wird auf die Gerichtsakte (drei Bände), die Niederschrift über die mündliche Verhandlung vom 16. September 2021 sowie die Behördenakte (1 Band) verwiesen.

Entscheidungsgründe:

46 Die erstinstanzlich zugelassene und auch im Übrigen zulässige Berufung der Klägerin ist unbegründet. Das Verwaltungsgericht Frankfurt am Main hat die Klage zu Recht abgewiesen.

47 Der Klägerin steht der von ihr mit der Berufung weiter verfolgte Anspruch auf Begrenzung der EEGUmlage gemäß § 64 Abs. 1 Nr. 2 a) bb) EEG 2014 für das Jahr 2017 nicht zu.

48 Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist maßgeblich für die rechtliche Beurteilung des Verpflichtungsbegehrens die Rechtslage, die im Zeitpunkt des Ablaufs der Ausschlussfrist bestand und bis zum Ablauf des Begrenzungszeitraums unverändert blieb (Urteil vom 31. Mai 2011 - 8 C 52/09 -, juris Rdnr. 15; vgl. Hess. VGH, Urteile vom 26. September 2018 - 6 A 1511/16 -, juris Rdnr. 19, und vom 23. März 2017 - 6 A 414/15 -, juris Rdnr. 28 - 30). Für das Jahr 2017 mussten die Anträge auf Begrenzung der EEG-Umlage spätestens am 30. Juni 2016 (vgl. § 66 Abs. 1 Satz 1 EEG 2014) - einem Donnerstag - gestellt werden. Anwendung findet hier daher das zum 1. Januar 2016 in Kraft getretene Erneuerbare-Energien-Gesetz in der Fassung vom 21. Dezember 2015, gültig bis 24. Juli 2017 (BGBI. I S. 2498). Der Regelungsinhalt der hier maßgeblichen Vorschrift des § 64 Abs. 1 Nr. 2 a) bb) ist in der ab 1. August 2014 gültigen Fassung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes vom 21. Juli 2014 (BGBI. I S. 1066) - EEG 2014 - bis zum Inkrafttreten der ab 1. Januar 2017 gültigen Fassung vom 22. Dezember 2016 unverändert geblieben.

49 Die Begrenzung der EEG-Umlage für das Jahr 2017 erfolgt gemäß § 64 Abs. 1 Nr. 2 a) bb) EEG 2014 - abgesehen von den weiteren Voraussetzungen des Absatzes 1 Vorschrift - nur dann, wenn das antragstellende Unternehmen nachweist, dass die

Stromkostenintensität für die Begrenzung ab dem Kalenderjahr 2016 mindestens den Wert von 17 Prozent betragen hat. Diesen Nachweis hat die Klägerin jedoch nicht erbracht.

50 Ausweislich des vorgelegten Prüfvermerks der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft X. GmbH & Co. KG vom 24. Juni 2016 betrug die für die Berechnung der Stromkostenintensität maßgebliche Bruttowertschöpfung der Klägerin für das Geschäftsjahr 2015 28.177.749,60 Euro. Die im Jahr 2015 von der Klägerin zu tragenden Stromkosten beliefen sich auf 4.708.026,73 Euro, so dass das rechnerische Verhältnis der von der Klägerin zu tragenden Stromkosten zur Bruttowertschöpfung (aufgerundet auf zwei Dezimalstellen) 16,71 Prozent betragen hat.

51 Dass in dem o.g. Prüfvermerk zugleich die Stromkostenintensität mit 17 Prozent bestätigt worden ist, vermag angesichts des tatsächlich rechnerisch ermittelten Wertes i.H.v. 16,71 Prozent nichts zu ändern.

52 Die Beklagte und dem nachfolgend das Verwaltungsgericht haben vielmehr zu Recht angenommen, dass die Klägerin damit nicht „mindestens 17 Prozent" nachgewiesen hat, wie dies § 64 Abs. 1 Nr. 2 a) bb) EEG 2014 aber gebietet. Bei diesem maßgeblichen Wert handelt es sich um einen numerischen Schwellenwert, den die Stromkostenintensität des beantragenden Unternehmens für das Berechnungsjahr 2017 zu erreichen oder zu überschreiten hat. Eine Aufrundung von Nachkommastellen zwischen 16,50 Prozent und 16,99 Prozent auf 17 Prozent ist nicht erlaubt.

53 Die für eine kaufmännische Rundung nach der DIN 1333 des aus mehreren Einzelwerten rechnerisch ermittelten Wertes der Stromkostenintensität auf eine „glatte" Zahl von 17 Prozent vorgebrachten Argumente der Klägerin führen zu keinem anderen Ergebnis. Dies gilt sowohl nach einer Auslegung der Vorschrift anhand des Wortlauts, der Gesetzessystematik, einer gesetzesübergreifenden systematischen Auslegung, der Betrachtung der Gesetzesentwicklung und des Regelungszwecks als auch unter Berücksichtigung der hierzu ergangenen Rechtsprechung des Senats.

54 Wie das Verwaltungsgericht zutreffend ausgeführt hat, erlaubt der Wortlaut der Vorschrift keine Rückschlüsse auf eine vorzunehmende Auf- oder Abrundung des nach den Maßgaben des § 64 Abs. 6 Nr. 2 und Nr. 3 EEG 2014 zu ermittelnden Wertes der Stromkostenintensität auf „volle" Zahlen. Die ausdrückliche Benennung des Wertes mit dem Zusatz „mindestens" gibt unmissverständlich vor, dass der Wert von 17 Prozent von dem betroffenen Unternehmen erreicht oder überschritten werden muss. Daraus folgt zugleich, dass bei einer nachgewiesenen Stromkostenintensität von unter 17 Prozent der gesetzlich vorgegebene Schwellenwert nicht erreicht wird.

55 Sowohl die seitens der Klägerin herangezogene Definition des Wortes „mindestens" nach dem Duden als auch die vom Verwaltungsgericht zitierte Auslegung des Handbuchs der Rechtsförmlichkeit geben das allgemeine Verständnis wieder, dass der mit dem Zusatz „mindestens" definierte Zahlenwert zu erreichen oder zu überschreiten ist. Die Klägerin weist zutreffend darauf hin, dass sich daraus zunächst kein Rückschluss auf die Möglichkeit der Rundung des maßgeblichen Wertes ergibt. Ob der betroffene „Mindestwert" durch eine durch Rundung zu ermittelnde Zahl erreicht wird, ist anhand konkreter gesetzlicher Vorgaben oder anderweitiger Auslegung zu ermitteln.

5 Das Verwaltungsgericht hat insoweit zu Recht ausgeführt, dass es sich bei der
6 gewählten Schreibweise nach dem „Handbuch der Rechtsförmlichkeit" (vgl. Bundesministerium der Justiz, Bekanntmachung des Handbuchs der Rechtsförmlichkeit vom 22. September 2008, BAnz. vom 22. Oktober 2008, 60. Jahrgang, Nr. 160a, Rdnr. 73, 127) um eine gängige Form der Prozentangabe handele, dessen Empfehlungen im Interesse eines einheitlichen Erscheinungsbildes aller Rechtsvorschriften sorgfältig beachtet werden sollen. Danach werden Prozentzahlen - wie auch Uhrzeiten, technische Daten wie Maße, Gewichte und sonstige normierte Einheiten sowie schematische Aufzählungen - stets mit Ziffern ausgedrückt (a.a.O., Rdnr. 127). Dezimalstellen sollen nur dann angegeben werden, wenn es maßgeblich auf sie ankommt. So werden etwa auch bei Geldbeträgen, die auf volle Euro lauten, leere Dezimalstellen nicht angegeben („Schwerbehinderte erhalten … einen Zuschlag von 68 Euro monatlich"). Explizit heißt es weiter, dass es (nur) dann, wenn Zahlen gerundet werden sollen, einer entsprechenden Angabe (im Gesetz) bedarf, auf welche Einheit und nach welchen Regeln gerundet werden soll (a.a.O., Rdnr. 138).

5 Entgegen der Auffassung der Klägerin ergibt sich eine verallgemeinerungsfähige
7 Auslegung, dass in Gesetzen enthaltene Zahlenwerte oder Prozentangaben ohne Dezimalstellen in der Regel oder im Zweifel stets durch kaufmännische Rundung der Dezimalstellen des Zahlenwerts zu bestimmen seien, auch weder aus der zitierten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts im Beschluss vom 20. November 2015 (- 6 B 32.15 -, juris Rdnr. 9 - 11) noch aus der weiteren zur Bestimmung der Gesamtnote auf Grundlage von Einzelnoten ergangenen verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung oder Literatur.

5 Diese zitierten Gerichtsentscheidungen betreffen die Frage, wie eine Gesamt- oder
8 Endnote aufgrund des aus Einzelbenotungen errechneten Durchschnittswertes mit Dezimalstellen zu bestimmen ist (durch Abbruch oder Rundung) bzw., wie das tatsächlich rechnerisch mit Nachkommastellen gewonnene Ergebnis in einen Notenwert mit ganzen Zahlen (etwa in eine Notenskala von 1 bis 6) oder mit nur einer Dezimalstelle zu überführen ist (vgl. etwa VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 8. Juni 2015 - 9 S 2297/14 -, juris Rdnr. 59 und Beschluss vom 3. November 1992 - 9 S 2489/92 -, juris Rdnr. 10; OVG Sachsen, Urteil vom 14. November 2006 - 2 B 413/06 -, juris Rdnr. 2). Die dem zugrundeliegenden Rechtsfragen sind aber weder ohne weiteres auf die vorliegend entscheidungserhebliche Vorschrift des Erneuerbare-Energien-Gesetzes übertragbar noch ansonsten verallgemeinerungsfähig. Sie betreffen vielmehr ausschließlich die Problematik, wie ein rechnerisch mit Dezimalstellen ermittelter Durchschnitts- oder Gesamtwert einem unteilbaren oder nur in ganzen Zahlen ausgedrückten Wert zuzuordnen ist, wenn eine ausdrückliche gesetzliche Regelung - wie etwa in § 6 Abs. 2 Satz 3 BWahlG für die Verteilung von Abgeordnetensitzen - nicht existiert. Vorliegend stellt sich aber eine gänzlich andere Frage - nämlich, ob ein gesetzlich ohne Dezimalstellen festgeschriebener Schwellenwert auch durch tatsächlich geringere Werte im Wege der Rundung erreicht wird.

5 Die Klägerin leitet aus der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts im
9 Beschluss vom 20. November 2015 und der dieser zugrundeliegenden Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg vom 8. Juni 2015 ab, es sei damit „höchstrichterlich geklärt, dass in Zweifelsfällen eine kaufmännische Rundung zu erfolgen" habe. Die darauf aufbauende Argumentation

der Klägerin, dass es sich bei der Regelung in § 64 Abs. 1 Nr. 2 a) bb) EEG 2014 „um einen solchen Zweifelsfall" handele und „daher (…) in diesem Fall zu runden" sei, geht bei inhaltlicher Betrachtung der herangezogenen bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung (BVerwG, Beschluss vom 20. November 2015 - 6 B 32.15 -, juris Rdnr. 9 - 11) jedoch fehl. Die Zulässigkeit oder Notwendigkeit einer Rundung stand in der dortigen Fallkonstellation nämlich nicht in Frage, weil durch den Normgeber für Notenbildung angeordnet war, dass ein aus Einzelnoten rechnerisch ermittelter Zahlenwert einer der Noten einer Notenskala zuzuordnen ist, die durch einen unteren und oberen Grenzwert konkretisiert sind. Die Entscheidung betrifft vielmehr - wie bereits ausgeführt - die darauf aufbauende Problematik, „wie" die nach der Notenskala erforderliche Dezimalstelle des Zahlenwerts, in der Regel die erste Dezimalstelle, zu ermitteln ist. Hierfür kämen drei Möglichkeiten in Betracht: die kaufmännische Rundung, der Abbruch der Rundung und der Notengrenzwert. Alle Zuordnungsmethoden seien mit Art. 12 Abs. 1 des Grundgesetzes - GG - vereinbar; das Grundrecht gebe keine Rangfolge vor. Die Wahl der Methode dürfe auch bei Fehlen einer normativen Regelung nicht in das Ermessen der Verwaltung gestellt werden. Es sei erforderlich, aber auch ausreichend, dass dem normativen Regelwerk durch Auslegung entnommen werden könne, welche Methode für die Bestimmung der Note aufgrund eines Zahlenwerts gelten solle. Das im dortigen Fall erzielte Auslegungsergebnis der Vorinstanz (VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 8. Juni 2015 - 9 S 2297/14 -, a.a.O.) habe „der Verwaltungsgerichtshof entsprechend seiner Rechtsprechung auf den allgemeinen Grundsatz gestützt, in Zweifelsfällen sei kaufmännisch zu runden, weil es sich hierbei um eine mathematische Grundregel handele". Die Klägerin reißt diesen hinsichtlich der - in den dort betroffenen Zweifelsfällen - anzuwendenden Zuordnungsmethodik aufgestellten Rechtssatz aus dem Kontext der Entscheidung heraus und überträgt ihn fälschlicherweise auf die hier betroffene Fragestellung, „ob" eine Rundung zulässig oder geboten ist, wenn im Gesetz ein Schwellenwert mit Zahlenwerten ohne Dezimalstelle festgelegt ist.

60 Die Kommentarliteratur zum Erneuerbare-Energien-Gesetz erlaubt ebenfalls keinen derartigen Rückschluss im Sinne der Auffassung der Klägerin. Soweit ersichtlich, ist insoweit bislang vielmehr ausgeführt worden, dass die in der besonderen Ausgleichsregelung vorgegebenen Prozentwerte nicht durch Aufrundung zu ermitteln, sondern „fix zu verstehen" seien (vgl. Baumann/Todorovic, in: Handkommentar -EEG, 2020, § 64, Rdnr. 63, unter Zitierung der hier angefochtenen erstinstanzlichen Entscheidung) bzw. dass auch ein geringfügiges Unterschreiten der Schwelle ein Unternehmen von der Begünstigung ausschließe (vgl. Salje, EEG 2014, 7. Aufl. 2015, § 64, Rdnr. 41).

61 Dass der Wert der nachzuweisenden Stromkostenintensität keine Rundung erlaubt, ergibt sich insbesondere aufgrund der Betrachtung der Systematik des Erneuerbare-Energien-Gesetzes einerseits und der dort betroffenen Fragestellungen sowie der weiteren von den Beteiligten ins Auge gefassten Vorschriften andererseits.

62 Wie die Klägerin zutreffend dargelegt hat, enthält das Erneuerbare-Energien-Gesetz in mehreren seiner Regelungen Zahlenwertangaben sowohl mit Dezimal- oder Nachkommastellen als auch ohne solche.

63 Bei genauerer systematischer Betrachtung dieser Regelungen ergibt sich, dass diejenigen Prozentangaben ohne Dezimalstellen jeweils die Festlegung von

Zahlenwerten betreffen, bei denen eine Differenzierung in ganzen Zahlen genügt. Der Einsatz von Dezimalstellen ist demgegenüber (nur) in den Regelungsbereichen erfolgt, die aufgrund des konkreten Regelungsgegenstands eine Festlegung oder Berechnung in kleineren Zahlenschritten erfordern. Dabei war sich der Gesetzgeber - wie die Klägerin zutreffend ausführt - des Unterschieds zwischen diesen Darstellungsweisen offensichtlich wohl bewusst.

64 Dies ergibt sich mit aller Deutlichkeit zunächst aus der Regelung des § 64 EEG 2014 selbst.

65 So wird der Mindeststromverbrauch durchweg in vollen Gigawattstunden angegeben. Die jeweiligen Schwellenwertangaben werden durch die Zusätze „mehr als 1 Gigawattstunde", „weniger als 5 Gigawattstunden", „bis einschließlich 1 Gigawattstunde" und „über 1 Gigawattstunde" konkretisiert. Eine Auf- oder Abrundung dieser Schwellenwerte ist nicht explizit vorgesehen und auch nicht im Sinne des Gesetzeszwecks. Die angegebenen Werte sind vielmehr erst mit der vollen Gigawattstundenzahl (1,00) erreicht oder überschritten. Im Übrigen hätte die von der Klägerin aufgestellte Prämisse - Zahlenwerte oder Prozentangaben ohne Dezimalstellen seien in der Regel oder im Zweifel stets kaufmännisch zu runden - zur Folge, dass bei den sonstigen Zahlenwertangaben im Erneuerbare-Energien-Gesetz, die Grenz- oder Schwellenwerte sowie Rechtsfolgen festlegen, gleichermaßen auch zuungunsten der Unternehmen auf- oder abzurunden wäre. Den betroffenen Unternehmen steht beispielsweise ab Überschreiten des Selbstbehalts nach § 64 Abs. 2 Nr. 1 EEG 2014 („bis einschließlich 1 Gigawattstunde") die Begrenzung der EEG-Umlage für jede einzelne darüber hinaus verbrauchte Kilo- oder Megawattstunde zu. Eine kaufmännische (Ab-)Rundung von Verbrauchswerten bis 1,49 Gigawattstunden auf 1 Gigawattstunde scheidet deshalb aus. D.h., die Begrenzung erfolgt vielmehr ab einem Wert von über 1,00 Gigawattstunde - wobei dies auch für Werte im Dezimalbereich gelten muss. Gleichermaßen verbietet sich auch etwa eine (Auf-) Rundung des nach § 64 Abs. 2 Nr. 2 EEG 2014 vorgesehenen Prozentsatzes („15 Prozent") der Begrenzung der EEG-Umlage für den Stromanteil über 1 Gigawattstunde von z. B. tatsächlich nur 14,50 Prozent auf „15 Prozent". Den Unternehmen steht nach der gesetzlichen Maßgabe nämlich eine Begrenzung der EEG-Umlage i.H.v. exakt 15,00 Prozent zu. Dass eine Rundung von Zahlenwerten ohne Dezimalstellenangabe aber selektiv nur zugunsten der die Begrenzung der EEG-Umlage beantragenden Unternehmen vorzunehmen sein sollte, folgt auch aus der Argumentation der Klägerin nicht.

66 Aus den vorstehenden Überlegungen ergibt sich das Ergebnis, dass in den Fällen der Angabe ganzer Zahlen diese auch in ganzen Zahlenschritten „voll" zu erreichen bzw. anzuwenden sind und keine Rundung der Dezimalstellen zu erfolgen hat. Verdeutlicht wird dieses etwa auch dadurch, dass § 64 Abs. 3 Nr. 1 c) EEG 2014 explizit eine „Wesentlichkeitsschwelle von 5 Prozent" enthält. Dass diese Wesentlichkeitsschwelle aber bereits ab einem errechneten tatsächlichen Wert von 4,50 Prozent erreicht sein sollte, ist mit der Funktion eines Schwellenwertes nicht zu vereinbaren. Die „Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Energie <9. Ausschuss>, zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung - Drucksachen 18/1304, 18/1573 -, Entwurf eines Gesetzes zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts" (BT-Drs. 18/1891 S. 71 f., 210) zu Absatz 3 des (neuen) § 64 Abs. 1 EEG 2014 bringt dies unmissverständlich

zum Ausdruck: „Nummer 1 Buchstabe c Doppelbuchstabe aa bis cc führt aus, welche Bestandteile die Wirtschaftsprüferbescheinigung nach Nummer 1 Buchstabe c enthalten muss. (…) Die Wesentlichkeitsschwelle von 5 Prozent bezieht sich nicht auf Falschangaben des Unternehmens; jede entdeckte Falschangabe ist vom Wirtschaftsprüfer zu korrigieren, auch wenn sie eine Abweichung von weniger als 5 Prozent verursacht." Eine Rundung dieses Zahlenwertes im Dezimalbereich ist damit nicht vereinbar, sondern die Wesentlichkeitsschwelle mit faktisch 5,00 Prozent festgelegt. Entsprechend gilt dies auch für den im Rahmen der besonderen Ausgleichsregelung zu erreichenden Schwellenwert der Stromkostenintensität.

67 Die Notwendigkeit von kleineren Zahlenschritten hat der Gesetzgeber hingegen in § 64 Abs. 2 Nr. 3 und Nr. 4 EEG 2014 zum Ausdruck gebracht, indem er unter Nr. 3 die Prozentangabe der Bruttowertschöpfung mit einer Dezimalstelle und die (Euro-)Centangaben unter Nr. 4 a) mit zwei Dezimalstellen festgelegt hat. Bezeichnenderweise enthält die (Euro-)Centangabe unter Nr. 4 b) wiederum nur eine Dezimalstelle und die anderen Prozent- und Gigawattstundenangaben werden auch hier in vollen Zahlen ohne Dezimalstelle benannt.

68 Dies bringt den restriktiven Einsatz von Dezimalstellen durch den Gesetzgeber zum Ausdruck, der auf die hierfür notwendigen Regelungspunkte beschränkt ist.

69 Dieses Ergebnis wird auch durch den von der Klägerin herangezogenen § 31 Abs. 3 EEG 2014 und mit den weiteren angeführten Vorschriften § 28 Abs. 3 EEG 2014, § 40 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 6 EEG 2014, § 44 EEG 2014 und § 51 Abs. 2 EEG 2014 bestätigt, welche in gleicher Weise stringent (nur) an den erforderlichen Regelungspunkten Werte mit Dezimalstellen enthalten, während im Übrigen volle Zahlen gebraucht werden.

70 So ist im Rahmen von § 31 Abs. 3 EEG 2014 die Festlegung der Absenkung der anzulegenden Werte nach Absatz 2 Satz 2 im zweistelligen Dezimalbereich erfolgt, weil in diesem Regelungsbereich volle Prozentschritte zu einem zu groben oder undifferenzierten Berechnungsergebnis führen würden. Zugleich sind die hier maßgeblichen Megawattangaben in vollen Zahlen (z.B. 900 Megawatt) als Schwellenwerte festgelegt, die zu überschreiten sind.

71 Auch die im Rahmen der gesetzesübergreifenden systematischen Auslegung der von den Beteiligten kontrovers herangezogene Regelung der 5-Prozent-Klausel in § 6 Abs. 3 Satz 1 BWahlG bestätigt das Vorstehende. In diesem Fall ist auch diese als Schwellenwert festgelegte Zahlenangabe einer Rundung nicht zugänglich, sondern eine solche verbietet sich - wie auch die Klägerin zuerkennt - nach Systematik, Sinn und Zweck der Norm gerade. Demgegenüber ist die bei der Verteilung der Gesamtzahl der Sitze nach § 6 Abs. 2 Satz 3 BWahlG vorgesehene Rundung angesichts der Verteilung von - naturgemäß - nicht im Dezimalbereich auf- oder verteilbaren Abgeordnetensitzen geboten und dementsprechend auch gesetzlich geregelt. Die - eingangs dargelegte - gerichtlich angewandte Methode der kaufmännischen Rundung im Rahmen der Zuordnung von aus mehreren Einzelnoten errechneten Quotienten in eine Notenskala der Gesamtnote trägt der Darstellung der Endnote mit nur einer Dezimalstelle oder in vollen Zahlenschritten dementsprechend ebenfalls Rechnung. Ein positiver Rückschluss auf eine Rundungsmöglichkeit der im Erneuerbare-Energien-Gesetz festgelegten Schwellenwerte eröffnet sich damit aber jeweils nicht. Vielmehr folgt daraus, dass auch innerhalb dieses Gesetzes eine Rundung nur dann gesetzlich vorgesehen oder geboten ist, wenn es eine solche wegen der Unteilbarkeit oder der fehlenden

Darstellbarkeit des Wertes der jeweiligen betroffenen Regelung mit Dezimalstellen (z.B. Parlamentssitz, Endnoten, Urlaubstage) erfordert. Dies gilt aber nicht für Grenz- oder Schwellenwerte, die in (nur) vollen Zahlen dargestellt werden und sich keine Notwendigkeit der Festlegung im Dezimalbereich ergibt.

72 Die von der Klägerin herangezogene Rechtsvorschrift des § 14 Abs. 1 Satz 2 BeamtVG bestätigt dieses Ergebnis, da sie eine vom Gesetzgeber im konkreten Regelungsgegenstand explizit vorgesehene Rundung von Dezimalstellen vorsieht.

73 Die Entwicklung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes lässt ebenfalls nicht den von der Klägerin gezogenen Rückschluss zu. Aufgrund der von der Klägerin exemplarisch aufgezeigten Konformität der gleichzeitigen Verwendung von ganzen Zahlen und solchen mit Dezimalstellen in sämtlichen Fassungen des Gesetzes, und dabei insbesondere im Bereich der hier fraglichen besonderen Ausgleichsregelung zur Begrenzung der EEG-Umlage, wird vielmehr die oben dargelegte Annahme bestätigt.

74 Dies gilt auch für die von der Klägerin wiedergegebenen Gesetzesbegründungen zu den jeweiligen Fassungen des Erneuerbare-Energien-Gesetzes, die wie in den Gesetzen selbst nur punktuell Werte mit Dezimalstellen und ansonsten nur volle Zahlen nennen. Nach der o.g. „Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Energie <9. Ausschuss>" (BT-Drs. 18/1891 S. 71 f., 210) enthält Nr. 2 des (neuen) § 64 Abs. 1 EEG 2014 die Anforderungen an die Stromkostenintensität des Unternehmens. Je nachdem, welcher Branchenliste ein Unternehmen angehört, wird ein anderes Verhältnis der Stromkosten zur Bruttowertschöpfung gefordert. Weiter heißt es dort: „Hier sieht Nummer 2 Buchstabe a vor, dass für das Begrenzungsjahr 2015 ein Verhältnis der Stromkosten zur Bruttowertschöpfung von mindestens 16 Prozent und ab dem Begrenzungsjahr 2016 von mindestens 17 Prozent nachgewiesen werden muss. Diese Anhebung gegenüber der bisher im EEG 2012 festgelegten 14 Prozent vollzieht den Anstieg der EEG-Umlage von 3,6 Cent je Kilowattstunde in 2012 auf 5,3 Cent je Kilowattstunde in 2013 und auf 6,2 Cent je Kilowattstunde in 2014 teilweise nach. Dieser Anstieg der Umlage führt zu einem Anstieg der Stromkosten der Unternehmen, da bei der Berechnung die volle, theoretisch zu zahlende Umlage zugrunde gelegt wird (vorherige Begrenzungsentscheidungen bleiben außer Betracht), und hat damit erhöhende Auswirkungen auf die Stromkostenintensität." Daraus rechtfertigt sich jedenfalls nicht der Rückschluss der Klägerin, dass der Gesetzgeber hiermit zum Ausdruck gebracht habe, dass eine Zahl ohne Kommastellen als Prozentangabe eine Rundungsmöglichkeit erlaube. Vielmehr wird der gezielte Einsatz von Dezimalstellen (nur) an den hierfür notwendigen Regelungspunkten verdeutlicht.

75 Gegen die von der Klägerin vertretene Auffassung spricht zudem der Wortlaut der entsprechenden Tatbestandsvoraussetzung der besonderen Ausgleichsregelung in den Fassungen des Erneuerbare-Energien-Gesetzes, die bis zum Inkrafttreten des Erneuerbare-Energien-Gesetzes in der ab 1. Januar 2012 geltenden Fassung vom 28. Juli 2011 galten. Diese lauten: „das Verhältnis der Stromkosten zur Bruttowertschöpfung des Unternehmens (…) 15 Prozent überschritten hat" (vgl. § 16 Abs. 2 Nr. 2 EEG in der Fassung vom 21. Juli 2004; § 16 Abs. 2 Nr. 2 EEG in der Fassung vom 7. November 2006; § 41 EEG in der bis zum 31. Dezember 2011 gültigen Fassung vom 25. Oktober 2008). Dieser Wortlaut der früheren Gesetzesfassungen verdeutlicht zum einen die Maßgabe, dass der angegebene

Wert „überschritten" werden muss, was eine Aufrundung niedrigerer Werte ab 16,50 Prozent zugleich grundsätzlich ausschließt. Zum anderen verbleibt bei dieser Formulierung eine Unklarheit dahingehend, ob bei Erreichen einer Stromkostenintensität von exakt 15 Prozent bzw. 15,00 Prozent der Tatbestand der Vorschrift erfüllt ist oder (noch) nicht. Dem hat der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien vom 28. Juli 2011 (BGBl. I S. 1634, 2255; EEG in der ab 1. Januar 2012 geltenden Fassung vom 28. Juli 2011) dann Rechnung getragen und mit der - seitdem insoweit unveränderten - Formulierung „mindestens" klargestellt, dass - so wie vom Verwaltungsgericht zutreffend dargelegt - der angegebene Wert „zu erreichen oder zu überschreiten" ist. Dabei ist der Gesetzgeber ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien zum neu gefassten § 41 EEG (vgl. „Gesetzentwurf Fraktion der CDU/CSU, Fraktion der FDP" vom 6. Juni 2011, BT-Drucksache 17/6071, S. 1 f., 49, 84 f.) und der „Beschlussempfehlung und Bericht Ausschuss für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit" vom 29. Juni 2011 (BT-Drucksache 17/6363, S. 33 f.) auch bei den vorherigen Fassungen von dem Erfordernis ausgegangen, dass der Wert der Stromkostenintensität „mindestens" den angegebenen Wert zu betragen hat (vgl. BT-Drucksache 17/6071, S. 84).

76 Der Zweck der besonderen Ausgleichsregelung ist, wie von der Klägerin richtigerweise unter Bezugnahme auf § 63 EEG 2014 ausgelegt, die internationale und intermodale Wettbewerbsfähigkeit von stromintensiven Unternehmen sowie Schienenbahnen zu erhalten, und hat den Interessensausgleich zwischen der klimapolitisch sinnvollen Förderung von erneuerbaren Energien und der Erhaltung der Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen in der Bundesrepublik zum Anliegen (vgl. BeckOK EEG/Schuster, 11. Ed. 16. November 2020, EEG 2017 § 63 Rdnr. 1; Ekardt/Steffenhagen Jb. UTR 2011, 319 (322); vgl. dazu auch die Ausführungen des BVerwG NVwZ 2011, 1069 [1071]). Diese Ziele werden durch die konkreten Regelungen des § 64 EEG 2014 umgesetzt. Dies geschieht durch die Festlegung von Schwellenwerten auf der Tatbestandsseite, die bestimmten Unternehmen dann die Möglichkeit zur Begrenzung der EEG-Umlage eröffnen. Durch die Höhe der Schwellenwerte hat der Gesetzgeber den vorgenannten Zielen in einem bestimmten Maß Rechnung getragen. Damit geht jedoch nicht zugleich die Intention einher, diese Schwellenwerte durch eine - gesetzlich aber nicht explizit vorgesehene - Möglichkeit zur Auf- oder Abrundung „aufzuweichen" oder - etwa bei nur knappem Verfehlen der Schwellenwerte - aus Billigkeitsgesichtspunkten den Gesetzeszielen „anzupassen". Erweist sich ein festgelegter Wert als nicht oder nicht mehr im Sinne der besonderen Ausgleichsregelung angemessen oder zielführend, hat der Gesetzgeber dem vielmehr durch eine Anpassung der Schwellenwerte Rechnung zu tragen. Dementsprechend ist in der o.g. „Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Energie <9. Ausschuss>", BT-Drs. 18/1891 S. 71 f., 210) auch explizit ausgeführt: „Mit den Änderungen des EEG durch die grundlegende Reform ist eine Stabilisierung der EEG-Umlage zu erwarten, so dass der erhöhende Effekt der Umlage auf die Stromkostenintensität in den kommenden Jahren weniger ausgeprägt auftreten dürfte. Die Bundesregierung wird die Entwicklung beobachten und ggf. erforderliche Anpassungen des Wertes der Stromkostenintensität für spätere Antragsjahre vorschlagen." Dass dies auch tatsächlich geschieht, zeigt sich an der von der Klägerin aufgezeigten Herabsetzung des Schwellenwertes der

Stromkostenintensität bereits in der ab 1. Januar 2017 gültigen Fassung vom 13. Oktober 2016 auf „14 Prozent".

77 Der für die Begrenzung der EEG-Umlage maßgebliche Wert ist auch in der Rechtsprechung des Senats bislang in vergleichbaren Fällen der nur knappen Unterschreitung nicht unter Berücksichtigung der Dezimalstellen auf die erforderlichen Schwellenwerte aufgerundet worden (vgl. Hess. VGH, Urteil vom 26. September 2018 - 6 A 1511/16 -, juris Rdnr. 19 [13,68 Prozent bei zu erreichenden 14 Prozent]; Urteil vom 14. September 2011 - 6 A 2864/09 -, juris [19,91 Prozent bei zu erreichenden 20 Prozent]).

78 Das Erfordernis einer gesetzlich geregelten Rundung eines Berechnungsergebnisses wird auch in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Bemessung eines Urlaubsanspruchs (BAG, Urteil vom 23. Januar 2018 - 9 AZR 200/17 -, BAGE 161, 347-355, juris Rdnr. 32) sowie der bundessozialgerichtlichen Rechtsprechung (BSG, Urteil vom 10. März 2010 - B 3 P 10/08 R -, SozR 4-3300 § 15 Nr. 4, juris Rdnr. 18) vorausgesetzt.

79 Im Rahmen der hier betroffenen Regelung des § 64 Abs. 1 Nr. 2 a) bb) EEG 2014 verbietet sich auch hinsichtlich der von der Klägerin herangezogenen verfassungsrechtlichen Gebote der Bestimmtheit und der Rechtsstaatlichkeit eine Rundung des mit dem Wert von 17 Prozent angegebenen Schwellenwertes. Die vom Gesetzgeber mit einem derart angegebenen Zahlenwert gezogene, eindeutig bestimmte Schwelle oder Grenze würde im Falle einer gesetzlich nicht explizit vorgesehenen Rundung „aufgeweicht" und damit zugleich auch Risiken im Hinblick auf das Gleichbehandlungsgebot bergen. Einer derartigen gesetzlichen Festlegung eines Schwellenwertes oder Grenzwertes auf der Tatbestandsebene ist es damit aber auch immanent, dass die gesetzliche Rechtsfolge erst bei Erreichen, Über- oder Unterschreiten des konkreten Wertes ausgelöst wird. Dies gilt grundsätzlich unabhängig von der konkreten Benennung des Wertes in vollen Zahlen oder mit Dezimalstellen. Fehlt es an Letzterem, kann eine Rundung des tatsächlich - etwa rechnerisch ermittelten - Wertes mit Dezimalstellen auf volle Zahlen nur dann erfolgen, wenn die Rundung gesetzlich ausdrücklich vorgesehen ist. Andernfalls ist der maßgebliche Wert erst erreicht, wenn die volle Zahl dieses Wertes dem im Gesetz angegebenen Wert entspricht. Ein ggfs. als unbillig empfundenes Ergebnis, dass ein gesetzlich geforderter Wert nur knapp unter- oder überschritten wird, ist Schwellen- oder Grenzwerten ebenso wesensimmanent wie etwa das knappe Verfehlen oder Überschreiten von Stichtagen oder Fristen und wird von der Rechtsordnung grundsätzlich gebilligt. Dies ist auch im Hinblick auf die nach dem Grundgesetz gebotene Gleichheit vor dem Gesetz nicht zu beanstanden. Aufgrund des Gestaltungsspielraumes des Gesetzgebers und der neuen differenzierten Regelung des § 64 EEG 2014 ist ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG zu verneinen. Soweit Konkurrenten privilegierter Unternehmen aufgrund der nicht erreichten Schwellenwerte aus dem Anwendungsbereich herausfallen, ist zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber Typisierungen vornehmen darf. Da die Bildung von Gruppen also zulässig ist, schließt das auch die dadurch für Grenzfälle bedingten Härten im Einzelfall mit ein (so: Posser/Altenschmidt in: Frenz/Müggenburg, EEG, 5. Aufl. 2018, vor §§ 63- 69, Rdnr. 64, m.w.N.).

80 Die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO.

81 Die Entscheidung hinsichtlich der vorläufigen Vollstreckbarkeit ergibt sich aus § 708

1 Nr. 10 Satz 1, § 711 der Zivilprozessordnung i.V.m. § 167 VwGO.

8 Die Voraussetzungen nach § 132 Abs. 2 VwGO für die Zulassung der Revision und
2 hier insbesondere des § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO liegen nicht vor. Die gesetzliche Festlegung eines Grenz- oder Schwellenwerts durch einen Zahlenwert ohne Dezimalstellen mit dem Zusatz „mindestens" erlaubt eindeutig keine Rundung, solange eine solche nicht entweder im Gesetz ausdrücklich vorgesehen oder aus denknotwendigen Gründen geboten ist. Ein grundsätzlicher Klärungsbedarf besteht insoweit weder im Hinblick auf die Regelung des § 64 Abs. 1 Nr. 2 a) bb) EEG 2014 noch im Allgemeinen.

Beschluss

8 Der Wert des Streitgegenstandes wird auch für das Berufungsverfahren auf
3 1.963.846,59 Euro festgesetzt.

Gründe:

8 Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 52 Abs. 3 Satz 1 und § 47 Abs. 1 Satz 1 des
4 Gerichtskostengesetzes - GKG - und orientiert sich an der Streitwertfestsetzung der ersten Instanz, der die Beteiligten nicht widersprochen haben.

8 Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO und § 68 Abs. 1 Satz 5
5 i.V.m. § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).

Zitiervorschlag:
VGH Kassel Urt. v. 16.9.2021 – 6 A 260/19, BeckRS 2021, 40071

BeckRS 2021, 34688

BSG (7. Senat), Urteil vom 24.06.2021 – B 7 AY 1/20 R

Titel:
Blindenhilfe als Analogleistung im Asylbewerberleistungsgesetz
Normenketten:
AsylbLG § 2
SGB XII § 19 Abs. 3, § 23 Abs. 1 S. 3, § 72 Abs. 1 S. 1
Amtlicher Leitsatz:
Zu den Leistungen, die Analogleistungsberechtigten unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls gewährt werden können, gehört die Blindenhilfe.
Redaktionelle Leitsätze:
1. Da die (begünstigende) Änderung des § 2 Abs. 1 AsylbLG zum 1.3.2015 ohne Übergangsregelung in Kraft getreten ist, sind auch Zeiten des Aufenthalts vor dem 1.3.2015 mit in die in der Vorschrift neu geschaffene Wartefrist einzubeziehen. (Rn. 12)
2. Analogleistungen nach dem AsylbLG umfassen auch Leistungen der Blindenhilfe. § 2 Abs. 1 S. 1 AsylbLG erklärt das SGB XII grundsätzlich für entsprechend anwendbar. Eine Einschränkung, dass die Gewährung von Blindenhilfe (als „Hilfe in anderen Lebenslagen" im Sinne des Neunten Kapitels des SGB XII) von vornherein ausscheidet, ergibt sich nicht. (Rn. 13)
3. Dem Sinn und Zweck von § 2 AsylbLG entspricht das Verständnis, wonach die entsprechende Anwendung im Grundsatz alle Vorschriften des SGB XII erfasst, die Leistungsansprüche von Leistungsberechtigten regeln sowie die damit korrespondierenden Leistungsausschlüsse und Leistungseinschränkungen. (Rn. 15)

4. Eine vollständige Gleichstellung mit Inländern erfolgt nur für Ausländer mit verfestigtem Aufenthaltsstatus unter den Voraussetzungen des § 23 Abs. 1 S. 4 SGB XII, die Leistungsberechtigte nach dem AsylbLG nicht erfüllen. In den übrigen Fällen erhalten Leistungsberechtigte nach § 2 AsylbLG wie sonstige Ausländer Hilfe zum Lebensunterhalt, Hilfe bei Krankheit, Hilfe bei Schwangerschaft und Mutterschaft sowie Hilfe zur Pflege als gebundene Leistung (§ 23 Abs. 1 S. 1 SGB XII). Im Übrigen kann Sozialhilfe geleistet werden, soweit dies im Einzelfall gerechtfertigt ist (§ 23 Abs. 1 S. 3 SGB XII). (Rn. 15)
5. Die Gewährung von Blindenhilfe als Analogleistung steht in entsprechender Anwendung des § 23 Abs. 1 S. 3 SGB XII im Ermessen des Beklagten. (Rn. 21)

Rechtsgebiet:
Sozialrecht
Schlagworte:
Asylbewerberleistung, Blindenhilfe
vorgehend:
SG Frankfurt (Oder), Urteil vom 20.12.2019 - S 34 AY 15/16 (nicht rechtskräftig)
Fundstellen:
LSK 2021, 34688
NJW 2022, 966
Entscheidungsbesprechungen:
NZS 2022, 191
ECLI:
ECLI:DE:BSG:2021:240621UB7AY120R0
Rechtskraft:
rechtskräftig

Text1

BUNDESSOZIALGERICHT
Im Namen des Volkes
Urteil
in dem Rechtsstreit
Verkündet am 24. Juni 2021
BSG Az.: B 7 AY 1/20 R
SG Frankfurt/Oder 20.12.2019 - S 34 AY 15/16
…,
Kläger und Revisionsbeklagter,
Prozessbevollmächtigte:,
g e g e n
Landkreis Märkisch-Oderland, Puschkinplatz 12, 15306 Seelow,
Beklagter und Revisionskläger.
Der 7. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. Juni 2021 durch die Richterin K r a u ß und die Richter Dr. B i e r e s b o r n und Prof. Dr. L u i k sowie die ehrenamtlichen Richter H. und L.

für Recht erkannt:

Tenor:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des Sozialgerichts Frankfurt (Oder) vom 20. Dezember 2019 aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an dieses Gericht zurückverwiesen.

Gründe:

I.

1 Im Streit ist ein Anspruch auf Blindenhilfe für den Kläger, der laufende Leistungen nach § 2 Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG) bezieht.

2 Der 1973 geborene Kläger ist russischer Staatsangehöriger tschetschenischer Volkszugehörigkeit. Er, seine Ehefrau und ihre drei minderjährigen Kinder reisten im Januar 2011 ins Bundesgebiet ein und leben nach einer entsprechenden Zuweisung seit Mai 2012 ununterbrochen im Zuständigkeitsbereich des beklagten Landkreises. Der Kläger verfügte zunächst über eine Duldung und erhielt später eine Aufenthaltsgestattung. Die Familienmitglieder bezogen zumindest seit Juni 2015 Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach § 2 AsylbLG (sog Analogleistungen). Der Kläger ist ua wegen Blindheit schwerbehindert. Einen Grad der Behinderung von 100 sowie die Merkzeichen G, BL, H und RF hat das Landesamt für Versorgung und Soziales des Landes Brandenburg anerkannt (Bescheid vom 23.12.2012). Den Antrag des Klägers auf Blindenhilfe entsprechend § 72 Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch - Sozialhilfe - (SGB XII) lehnte der Beklagte ab (Bescheid vom 22.7.2016; Widerspruchsbescheid vom 29.9.2016).

3 Das Sozialgericht (SG) Frankfurt (Oder) hat die angefochtenen Bescheide aufgehoben und den Beklagten verpflichtet, über den Antrag vom 23.9.2015 unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu entscheiden (Urteil vom 20.12.2019). Zur Begründung hat es ausgeführt, zu Unrecht habe der Beklagte ohne jede Ausübung von Ermessen einen Anspruch des Klägers auf Grundlage von § 72 SGB XII abgelehnt. Auch die Vorschriften der §§ 70 bis 74 SGB XII fänden über § 23 Abs. 1 Satz 3 SGB XII im Anwendungsbereich des § 2 AsylbLG entsprechend Anwendung. Aus § 9 Abs. 1 AsylbLG und § 23 Abs. 2 SGB XII folge nichts Abweichendes.

4 Mit seiner Revision rügt der Beklagte eine Verletzung von § 9 Abs. 1 AsylbLG und § 23 Abs. 2 SGB XII. Leistungsberechtigte nach dem AsylbLG seien nach diesen Normen von Sozialhilfe ausgeschlossen. § 2 Abs. 1 AsylbLG sehe zwar Abweichungen vor, enthalte jedoch keinen umfassenden Verweis in das SGB XII, verweise insbesondere nicht auf § 72 SGB XII.

5 Der Beklagte beantragt,
das Urteil des Sozialgerichts Frankfurt (Oder) vom 20. Dezember 2019 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

6 Der Kläger beantragt,
die Revision zurückzuweisen.

7 Er hält das angegriffene Urteil für zutreffend.

II.

8 Die zulässige Sprungrevision (§ 161 Abs. 1 Satz 1 Sozialgerichtsgesetz <SGG>) des Beklagten ist im Sinne der Aufhebung des angegriffenen Urteils und der Zurückverweisung der Sache an das SG begründet (§ 170 Abs. 2 Satz 2 SGG). Der Senat kann auf Grundlage der bisherigen Feststellungen des SG nicht abschließend

entscheiden, ob der Kläger die tatbestandlichen Voraussetzungen für einen Anspruch auf Blindenhilfe erfüllt. Liegen diese Voraussetzungen jedoch vor, kommt für den Kläger als Analogleistungsberechtigten ein Anspruch auf Blindenhilfe in Betracht, über den der Beklagte in Ausübung pflichtgemäßen Ermessens zu entscheiden hat.

9 Gegenstand des vom Kläger von Beginn an zutreffend mit der kombinierten Anfechtungs- und Verpflichtungsklage (§ 54 Abs. 1 Satz 1, § 56 SGG) geführten Verfahrens ist der Bescheid vom 22.7.2016 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 29.9.2016. Die vom Kläger vorgenommene Beschränkung des Streitgegenstands auf Leistungen der Blindenhilfe als neben der Hilfe zum Lebensunterhalt zu erbringende Leistung ist - wie im unmittelbaren Anwendungsbereich des SGB XII - zulässig.

10 Der Beklagte ist für den geltend gemachten Anspruch sachlich zuständig (§ 10 Satz 1 AsylbLG iVm § 1 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes über die Aufnahme von Spätaussiedlern und ausländischen Flüchtlingen im Land Brandenburg in der zuletzt geltenden Fassung vom 13.3.2012, GVBl I Nr. 16; ab 1.4.2016 § 10 Satz 1 AsylbLG iVm § 3 Abs. 1 des Gesetzes über die Aufnahme von Flüchtlingen, spätausgesiedelten und weiteren aus dem Ausland zugewanderten Personen im Land Brandenburg sowie zur Durchführung des Asylbewerberleistungsgesetzes vom 15.3.2016, GVBl I Nr. 11); denn der Kläger lebt im Land Brandenburg außerhalb einer Aufnahmeeinrichtung. Die örtliche Zuständigkeit folgt aus der Zuweisung in das Kreisgebiet des Beklagten (§ 10a Abs. 1 Satz 1 AsylbLG).

11 Als Grundlage für einen Anspruch des Klägers auf Blindenhilfe kommt nur § 2 Abs. 1 Satz 1 AsylbLG iVm § 19 Abs. 3, § 23 Abs. 1 Satz 3, § 72 Abs. 1 Satz 1 SGB XII in Betracht. Dieser Anspruch ist - anders als es der Beklagte wohl meint - nicht von der Stellung eines gesonderten Antrags abhängig. Es genügt vielmehr die Kenntnis des Beklagten von den Voraussetzungen für die Leistung im Sinne des § 18 Abs. 1 SGB XII, der für Analogleistungsberechtigte unabhängig von der Einführung des § 6b AsylbLG (mit dem Gesetz zur Änderung des AsylbLG und des SGG vom 10.12.2014, BGBl I 2187) erst mit Wirkung vom 1.3.2015 zur Vermeidung einer Besserstellung gegenüber Leistungsberechtigten nach dem SGB XII entsprechend gilt. Ob der Beklagte die Kenntnis von der Bedarfslage, die Ansprüche auf Blindengeld auslösen kann, erst mit Antragstellung im September 2015 oder bereits zuvor (zugleich mit Kenntnis von der Leistungsberechtigung nach § 2 AsylbLG) erlangt hat, kann im derzeitigen Stand des Verfahrens offenbleiben. Der Senat kann schon nicht abschließend beurteilen, ob die Voraussetzungen eines Anspruchs überhaupt bestehen.

12 Der Kläger hat jedenfalls seit Antragstellung im September 2015 dem Grunde nach Anspruch auf Analogleistungen. Nach § 2 Abs. 1 Satz 1 AsylbLG (in der Fassung des Gesetzes vom 10.12.2014) ist abweichend von §§ 3 bis 7 AsylbLG das SGB XII auf diejenigen Leistungsberechtigten entsprechend anzuwenden, die sich seit 15 Monaten ohne wesentliche Unterbrechung im Bundesgebiet aufhalten und ihre Aufenthaltsdauer nicht selbst rechtsmissbräuchlich beeinflusst haben. Diese Voraussetzungen liegen auf Grundlage der bindenden Feststellungen des SG (§ 163 SGG) zumindest seit Antragstellung vor. Da die (begünstigende) Änderung des § 2 Abs. 1 AsylbLG zum 1.3.2015 ohne Übergangsregelung in Kraft getreten ist, sind auch Zeiten des Aufenthalts vor dem 1.3.2015 mit in die neu geschaffene Wartefrist einzubeziehen (vgl auch § 9 Abs. 4 AsylbLG iVm § 48 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1

Zehntes Buch Sozialgesetzbuch - Sozialverwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz - <SGB X>). Ob die nach der Rechtslage bis zum 28.2.2015 erforderlichen Vorbezugszeiten (vgl § 2 Abs. 1 AsylbLG in der Fassung des Gesetzes zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union vom 19.8.2007 <BGBl I 1970>) erfüllt waren, kann damit (im jetzigen Stand des Verfahrens) offenbleiben. Schließlich sind durch die Änderungen des § 2 Abs. 1 Satz 1 AsylbLG mit dem Integrationsgesetz vom 31.7.2016 (BGBl I 1939) mit Wirkung vom 6.8.2016 (Anwendbarkeit der §§ 5, 5a, 5b AsylbLG auf Analogleistungsberechtigte) und mit dem Zweiten Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht vom 15.8.2019 (BGBl I 1294) mit Wirkung vom 21.8.2019 (Verlängerung der Wartefrist auf 18 Monate; dazu auch die Übergangsregelung in § 15 AsylbLG) keine für die Anspruchsberechtigung des Klägers wesentlichen Änderungen erfolgt.

13 Analogleistungen umfassen auch Leistungen der Blindenhilfe. § 2 Abs. 1 Satz 1 AsylbLG erklärt das SGB XII grundsätzlich für entsprechend anwendbar. Eine Einschränkung, dass die Gewährung von Blindenhilfe (als „Hilfe in anderen Lebenslagen" im Sinne des Neunten Kapitels des SGB XII) von vornherein ausscheidet, ergibt sich nicht (ebenso Cantzler, AsylbLG, 2019, § 2 RdNr. 48, 54; Birk in Bieritz-Harder/Conradis/Thie, SGB XII, 12. Aufl 2020, § 2 RdNr. 6; Krauß in Siefert, AsylbLG, 2. Aufl 2020, § 2 RdNr. 68; Deibel in Hohm, GK-AsylbLG, § 2 RdNr. 210, Stand August 2020; Oppermann/Filges in jurisPK-SGB XII, § 2 AsylbLG RdNr. 207, Stand Juli 2021; einschränkend für Leistungen nach dem Neunten Kapitel nur Hohm in Schellhorn/Hohm/ Scheider, SGB XII, 19. Aufl 2015, § 2 AsylbLG RdNr. 29).

14 Entgegen der Auffassung des Beklagten lässt sich schon dem Wortlaut keine Einschränkung dahin entnehmen, dass nur solche im SGB XII vorgesehenen Leistungen erbracht werden dürfen, die mit denjenigen der §§ 3, 4, 6 und 7 AsylbLG vergleichbar sind. Bei der Formulierung, wonach die Leistungserbringung abweichend von §§ 3 bis 7 AsylbLG bzw §§ 3, 4, 6 und 7 AsylbLG erfolgt, handelt es sich lediglich um eine Aufzählung, welche Normen des AsylbLG bei Vorliegen der Voraussetzungen für die Gewährung von Analogleistungen nicht anzuwenden sind. Dass § 2 Abs. 1 Satz 1 AsylbLG - wie der Beklagte meint - ausschließlich zu einer abweichenden Leistungshöhe führt, lässt sich dem Wortlaut der Norm gerade nicht entnehmen. Geregelt wird dem Wortlaut nach nur das Verhältnis von § 2 Abs. 1 Satz 1 AsylbLG zu den übrigen leistungsrechtlichen Vorschriften des AsylbLG.

15 Dem Sinn und Zweck von § 2 AsylbLG entspricht das Verständnis, wonach die entsprechende Anwendung im Grundsatz alle Vorschriften des SGB XII erfasst, die Leistungsansprüche von Leistungsberechtigten regeln sowie die damit korrespondierenden Leistungsausschlüsse und Leistungseinschränkungen. Analogleistungen werden gewährt, weil aus Sicht des Gesetzgebers bei zunehmender Aufenthaltsdauer nicht mehr auf einen mit einem kürzeren Aufenthalt regelmäßig verbundenen geringeren Bedarf abgestellt werden kann. Nach einem bestimmten Zeitablauf (in der zum 1.11.1993 in Kraft getretenen Fassung des AsylbLG war eine Wartefrist von lediglich zwölf Monaten vorgesehen) sollen insbesondere auch Bedürfnisse anerkannt werden, die auf eine stärkere Angleichung an die hiesigen Lebensverhältnisse im Inland und bessere soziale Integration gerichtet sind (vgl zur Begründung der ursprünglichen Gesetzesfassung BTDrucks 12/5008 S. 15 zu § 1a). § 2 Abs. 1 Satz 1 AsylbLG (in den seit dem

1.3.2015 geltenden Fassungen) legt den Zeitpunkt fest, ab dem aus Sicht des Gesetzgebers eine Bedarfssituation vorliegt, die mit der anderer Leistungsberechtigter vergleichbar ist, weshalb Leistungen entsprechend dem SGB XII zu gewähren sind (vgl BT-Drucks 18/2592 S. 19). Eine wesentliche Einschränkung erfährt die Leistungsberechtigung nach § 2 Abs. 1 AsylbLG dabei durch die entsprechende Anwendbarkeit von § 23 Abs. 1 SGB XII (ebenso Leopold in Grube/Wahrendorf/Flint, SGB XII, 7. Aufl 2020, § 2 AsylbLG RdNr. 49; Deibel in Hohm, GK-AsylbLG, § 2 RdNr. 245, Stand August 2020; Decker in Oestreicher/ Decker, SGB II/SGB XII, § 2 AsylbLG RdNr. 48b, Stand September 2020; Oppermann/Filges in jurisPK-SGB XII, 3. Aufl 2020, § 2 AsylbLG RdNr. 184, Stand Juli 2021; vgl zum Verhältnis von § 2 AsylbLG zu § 120 Bundessozialhilfegesetz <BSHG> bereits BT-Drucks 12/5008 S. 15; zur Bedeutung von § 23 Abs. 2 SGB XII später). Eine vollständige Gleichstellung mit Inländern erfolgt nur für Ausländer mit verfestigtem Aufenthaltsstatus unter den Voraussetzungen des § 23 Abs. 1 Satz 4 SGB XII, die Leistungsberechtigte nach dem AsylbLG nicht erfüllen. In den übrigen Fällen erhalten Leistungsberechtigte nach § 2 AsylbLG wie sonstige Ausländer - von Leistungen nach dem Vierten Kapitel des SGB XII abgesehen - Hilfe zum Lebensunterhalt, Hilfe bei Krankheit, Hilfe bei Schwangerschaft und Mutterschaft sowie Hilfe zur Pflege als gebundene Leistung (§ 23 Abs. 1 Satz 1 SGB XII). Im Übrigen kann Sozialhilfe geleistet werden, soweit dies im Einzelfall gerechtfertigt ist (§ 23 Abs. 1 Satz 3 SGB XII). Hierzu gehören auch Ansprüche nach dem Neunten Kapitel, die der Kläger vorliegend geltend macht.

16 Gesichtspunkte, die dafür sprechen, das Leistungsniveau nach § 2 Abs. 1 AsylbLG gegenüber den sonstigen Ausländern ohne verfestigten Aufenthaltsstatus von vornherein noch weiter einzuschränken, sind nicht erkennbar, auch wenn es sich bei § 2 Abs. 1 Satz 1 AsylbLG nur um eine sogenannte Analogieverweisung (vgl Bundesministerium der Justiz, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. Aufl 2008, RdNr. 232) handelt und so zum Ausdruck gebracht wird, dass der Normtext, auf den verwiesen wird, nicht in jeder Hinsicht „passt" (vgl BSG vom 19.6.2018 - B 2 U 1/17 R - SozR 4-2700 § 2 Nr. 42 RdNr. 15). Die Gesetzesentwicklung zeigt, dass der Gesetzgeber bei den existenzsichernden Leistungen der Sozialhilfe einerseits und dem AsylbLG andererseits Abweichungen im Leistungsrecht gleichwohl ausdrücklich regelt. Insbesondere die mit dem Dritten Gesetz zur Änderung des Asylbewerberleistungsgesetzes vom 13.8.2019 (BGBl I 1290) mit Wirkung vom 1.9.2019 eingefügte Regelung des § 2 Abs. 2 Satz 2 AsylbLG, mit der Rückausnahmen zu den Regelungen in § 22 SGB XII (Leistungsausschluss bei Ausbildung) normiert worden sind, macht das deutlich. Für § 72 SGB XII (oder die Leistungen nach dem Neunten Kapitel insgesamt) ist eine Regelung, die dessen entsprechende Anwendbarkeit einschränkt, gerade nicht getroffen worden.

17 Auch dem Sinn und Zweck des § 72 SGB XII entspricht es, Leistungsberechtigten nach § 2 Abs. 1 AsylbLG im Einzelfall unter Ausübung von Ermessen Blindenhilfe zu gewähren. Die Blindenhilfe - wie auch das Blindengeld nach den Landesblindengeldgesetzen - verfolgt das Ziel, laufende blindheitsspezifische, auch immaterielle Bedürfnisse des Blinden zu erfüllen. Dies soll ihm ermöglichen, sich trotz Blindheit mit seiner zunehmend visualisierten Umgebung vertraut zu machen, mit eigenen Mitteln Kontakt zur Umwelt zu pflegen und am kulturellen Leben teilzunehmen (vgl zum Landesblindengeld BSG vom 11.12.2007 - B 8/9b SO 20/06 R - SozR 4-3500 § 90 Nr. 1 RdNr. 18 und zuletzt BSG vom 24.10.2019 - B 9 SB

1/18 R - BSGE 129, 211 = SozR 4-3250 § 152 Nr. 2, RdNr. 23 mwN; zu § 67 Abs. 1 BSHG bereits Bundesverwaltungsgericht <BVerwG> vom 4.11.1976 - V C 7.76 - BVerwGE 51, 281, 283 f). Zwar wird Blindenhilfe nach § 72 Abs. 1 SGB XII pauschal und unabhängig vom konkreten Bedarf im Einzelfall gewährt. Das allein führt aber nicht dazu, dass ihm (ausschließlich) ein immaterieller Versorgungscharakter zukommt, wie der Beklagte meint. Worin die Mehraufwendungen wegen Blindheit im Einzelnen bestehen können, lässt sich weder typisierend noch für den Einzelfall festlegen. „Blindheitsbedingte Mehraufwendungen" sind insoweit keine eigenständige Anspruchsvoraussetzung; es kommt für die Gewährung von Blindenhilfe nicht einmal darauf an, ob wegen der äußeren Lebensumstände die bestimmungsgemäße Verwendung im Einzelfall möglich ist (so bereits BVerwG vom 4.11.1976 - V C 7.76 - BVerwGE 51, 281, 284 am Beispiel des Strafgefangenen). Es ist aber nichts ersichtlich dafür, dass Analogleistungsberechtigte blindheitsbedingte Mehraufwendungen regelmäßig nicht haben. Im Übrigen ist die Gewährung von Leistungen für behinderungsbedingte Mehraufwendungen bei Blindheit auch für Grundleistungsberechtigte nach § 3 AsylbLG auf Grundlage von § 6 Abs. 1 Satz 1 AsylbLG vorgesehen (Krauß in Siefert, AsylbLG, 2. Aufl 2020, § 6 RdNr. 28), wenn auch nicht pauschaliert (vgl zuletzt BSG vom 25.10.2018 - B 7 AY 1/18 R - SozR 4-3520 § 6 Nr. 2 zum Mehrbedarf wegen Alleinerziehung im Anwendungsbereich des § 6 AsylbLG).

18 Dass § 72 SGB XII im Anwendungsbereich des § 2 AsylbLG unanwendbar ist, folgt auch nicht aus § 9 Abs. 1 AsylbLG und § 23 Abs. 2 SGB XII. Nach diesen Normen erhalten Leistungsberechtigte nach dem AsylbLG zwar keine Leistungen der Sozialhilfe, nach § 9 Abs. 1 AsylbLG auch keine Leistungen nach vergleichbaren Landesgesetzen. Hieraus ergibt sich im Hinblick auf Analogleistungen aber nur, dass diese nicht als Sozialhilfe vom Sozialhilfeträger zu gewähren sind, sondern als Asylbewerberleistungen von dem hierfür zuständigen Leistungsträger (BSG vom 13.11.2008 - B 14 AS 24/07 R - BSGE 102, 60 = SozR 4-4200 § 7 Nr. 10, RdNr. 18; BT-Drucks 12/5008 S. 15 zu § 1a). Eine Aussage über Art und Umfang der Analogleistungen ist § 9 Abs. 1 AsylbLG und § 23 Abs. 2 SGB XII nicht zu entnehmen. Es trifft zu, dass wegen § 9 Abs. 1 AsylbLG Leistungsberechtigte nach dem AsylbLG wegen der Vergleichbarkeit mit Sozialhilfe kein Blindengeld nach Landesrecht erhalten können (BSG vom 6.10.2011 - B 9 SB 7/10 R - BSGE 109, 154 = SozR 4-3250 § 145 Nr. 2, RdNr. 69; Landessozialgericht <LSG> Sachsen-Anhalt vom 18.9.2013 - L 7 BL 1/10 - Breith 2014, 484, 486 f; Oberverwaltungsgericht <OVG> Nordrhein-Westfalen vom 17.6.2011 - 12 A 1011/10 - juris RdNr. 27, 32 ff). Hieraus folgt allerdings nicht, dass Gleiches für die Gewährung von Blindenhilfe auf bundesgesetzlicher Grundlage für Analogleistungsberechtigte zu gelten habe. Eine Vorschrift über die Gewährung von Analogleistungen, die ins Landesrecht verweist, existiert gerade nicht.

19 Soweit der Beklagte meint, die fehlende Anwendbarkeit des § 72 SGB XII ergebe sich daraus, dass dieser - im Gegensatz zu anderen Normen des SGB XII - nicht in der Aufzählung des § 9 Abs. 5 AsylbLG enthalten ist, ist auch dem nicht zu folgen. Wollte man aus § 9 Abs. 5 AsylbLG den Umkehrschluss ziehen, dass alle dort nicht genannten Vorschriften bei der Analogleistungsgewährung unanwendbar sind, liefen Analogleistungen ins Leere. § 9 Abs. 5 AsylbLG ordnet die entsprechende Geltung einzelner Verfahrensbestimmungen an, nicht jedoch irgendeiner Vorschrift, die eine Leistung vorsieht.

20 Ob die tatbestandlichen Voraussetzungen für die Gewährung von Blindenhilfe vorliegen, kann der Senat nicht abschließend beurteilen. Nach § 72 Abs. 1 Satz 1 SGB XII wird blinden Menschen Blindenhilfe gewährt, soweit sie keine gleichartigen Leistungen nach anderen Rechtsvorschriften erhalten. Der Kläger ist blind. Die entsprechende Statusentscheidung des Versorgungsamts auf Grundlage von § 3 Abs. 1 Nr. 3 Schwerbehindertenausweisverordnung (SchwbAwV), der mit dem Verweis auf § 72 Abs. 5 SGB XII ein inhaltsgleicher Blindheitsbegriff zugrunde liegt, ist für den Anspruch auf Blindenhilfe bindend (Blüggel in jurisPK-SGB XII, 3. Aufl 2020, § 72 RdNr. 28, Stand Januar 2021; zum landesrechtlichen Pflegegeldverfahren bereits BVerwG vom 27.2.1992 - 5 C 48.88 - BVerwGE 90, 65). Ein Bezug anderweitiger Leistungen ist nicht festgestellt. Nach § 19 Abs. 3 SGB XII ist aber zusätzlich erforderlich, dass den Leistungsberechtigten, ihren nicht getrennt lebenden Ehegatten oder Lebenspartnern und, wenn sie minderjährig und unverheiratet sind, auch ihren Eltern oder einem Elternteil die Aufbringung der Mittel aus dem Einkommen (§ 82 Abs. 1 Satz 1 SGB XII) und Vermögen (§ 90 Abs. 1 SGB XII) nicht zuzumuten (§ 87 Abs. 1, § 90 Abs. 2 und 3 SGB XII) ist. Das SG hat keine Feststellungen dazu getroffen, ob beim Kläger oder seiner Ehefrau Einkommen oder Vermögen in ggf bedarfsdeckender Höhe vorhanden ist und wird dies noch nachzuholen haben.

21 Sollten die tatbestandlichen Voraussetzungen vorliegen, steht die Gewährung von Blindenhilfe in entsprechender Anwendung des § 23 Abs. 1 Satz 3 SGB XII im Ermessen des Beklagten. Maßgeblich sind alle Umstände des Einzelfalls, die sich ggf auch aus den Besonderheiten des ausländerrechtlichen Status eines Leistungsberechtigten nach § 1 Abs. 1 AsylbLG ergeben. Ein Fall der Ermessensreduzierung auf Null liegt auf Grundlage der bisherigen Feststellungen des SG allerdings nicht vor. Aus dem dargestellten Sinn und Zweck der Verweisung in das SGB XII in § 2 Abs. 1 AsylbLG einerseits und dem Zweck der Blindenhilfe andererseits folgt, dass allein der nicht abschließend gesicherte Status des Asylbewerbers oder des nur Geduldeten nicht ausschließlich die Entscheidung rechtmäßig macht, einen Anspruch auf Blindenhilfe abzulehnen. Welche weiteren Aspekte bei der Ermessensentscheidung eine Rolle spielen können, ist vorliegend nicht zu entscheiden.

22 Das SG wird ggf auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu entscheiden haben.

Zitiervorschlag:
BSG Urt. v. 24.6.2021 – B 7 AY 1/20 R, BeckRS 2021, 34688

BeckRS 2021, 20443

FG Düsseldorf (7. Senat), Urteil vom 09.06.2021 – 7 K 3034/15 K G F

Titel:
Pensionsrückstellung: Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Eindeutigkeitsgebot - Reichweite des Tatbestandsmerkmals "und soweit" in § 6a Abs. 1 EStG

Normenketten:
EStG § 6a Abs. 1 Nr. 3
KStG § 8 Abs. 1
KStG § 8 Abs. 3 Satz 2
GewStG § 7 Abs. 1

Redaktionelle Leitsätze:

1. Verstößt eine Pensionszusage hinsichtlich der Möglichkeit des Bezugs der Altersrente vor Vollendung des 65. Lebensjahres gegen das Eindeutigkeitsgebot des § 6a Abs. 1 Nr. 3 EStG, schließt dies auch eine Rückstellungsbildung in Teilhöhe unter Berücksichtigung des in der Pensionszusage festgeschriebenen Regelpensionsalters (hier: das 65. Lebensjahr) als Bezugsbeginn sowie einer an die Regelungen für den Bezug der Altersrente anknüpfenden Zusage einer Hinterbliebenenrente aus.

2. Der mit dem Jahressteuergesetz 1997 in die gesetzliche Regelung des § 6a Abs. 1 EStG eingefügte Satzteil "und soweit" rechtfertigt keine Auslegung der Vorschrift in der Weise, dass die dem Eindeutigkeitsgebot unterliegenden Einzelmerkmale (Art, Form, Voraussetzungen und Höhe) nur zum Teil erfüllt werden müssten und eine Rückstellung dann "insoweit" zu bilden wäre.

Rechtsgebiete:

Steuerrecht alt, Gesellschaftsrecht, Sozialrecht, Einkommensteuer

Schlagworte:

Bilanzierung, Pensionsrückstellung, Eindeutigkeitsgebot, Auslegung, Altersgrenze, Bezugsbeginn, Körperschaftsteuer, Einkommensermittlung, Verdeckte Gewinnausschüttung, Gesellschaftsverhältnis, Altersrente, Gesellschafter-Geschäftsführer

nachfolgend:

BFH, Urteil vom 28.02.2024 - I R 29/21 (rechtskräftig)

Fundstellen:

BB 2021, 2416 (m. Anm. Matthias Lieb)
DStRE 2022, 712
EFG 2021, 1576 (m. Anm. Dr. Werner Kuhfus)
LSK 2021, 20443
StEd 2021, 502 (Ls.)

ECLI:

ECLI:DE:FGD:2021:0609.7K3034.15K.G.F.00

Rechtskraft:

nicht rechtskräftig

Tatbestand:

1 Die Klägerin betreibt seit ihrer Gründung in 1984 den Bereich Haustechnik. Alleinige Gesellschafter und zugleich Geschäftsführer waren in der Zeit vom 01.01.1985 bis zum 11.01.2010 die Herren Z (geb. 03.02.1951) und Herr Y (geb. 11.09.1953).

2 Im Anschluss an einen entsprechenden Gesellschafterbeschluss über die Gewährung einer Pensionszusage vom 12.11.1984 wurden beiden Geschäftsführern am 01.11.1985 inhaltsgleiche Pensionszusagen erteilt. Danach sollte die Altersrente bei Ausscheiden aus der Firma mit Erreichen der Altersgrenze monatlich 66,67 Prozent des Gehaltes betragen. Zugleich wurde eine Witwenrente zugunsten Frau E (geb. 11.01.1954, Ehefrau des Herrn Z) und Frau F (geb. 27.07.1957, Ehefrau des Herrn Y) in Höhe von 60 Prozent der Anwartschaft auf Altersrente

vereinbart.

3 Unter dem 01.10.1992 wurden die Pensionszusagen für beide Geschäftsführer neu gefasst. Als Altersgrenze wurde der letzte Tag des Monats, in dem das 65. Lebensjahr vollendet wurde, festgelegt. Zugleich wurde bestimmt: "Sie haben auch die Möglichkeit, zu einem früheren oder einem späteren Zeitpunkt als der Vollendung des 65. Lebensjahres bei Ausscheiden aus der Firma eine Altersrente gemäß Punkt A-1. zu beziehen. Aufgrund der kürzeren bzw. längeren Dienstzeit und entsprechend längeren bzw. kürzeren Gewährungsdauer der Rente wird die mit dem 65. Lebensjahr gemäß Punkt A-1. erreichbare Rente um 0,4 Prozent pro Monat des vorzeitigen Bezuges der Altersrente gekürzt bzw. um 0,4 Prozent pro Monat der längeren Dienstzeit erhöht. Der vorzeitige Bezug der Rente ist jedoch entsprechend der Regelungen der gesetzlichen Rentenversicherung auf das 62. Lebensjahr begrenzt." Zugleich wurde ein Anspruch auf Witwenrente zugesagt, wenn die Ehe mit der anspruchsberechtigten Ehefrau mindestens fünf Jahre vor dem Erreichen der Altersgrenze gemäß Punkt B-1. geschlossen wurde und zum Zeitpunkt des Todes noch bestand. Zugleich wurde bestimmt, dass mit Wirkung dieser Zusage eine vorherige Zusage vom 01.11.1985 erlischt.

4 Unter dem 01.10.1994 wurden wiederum beiden Geschäftsführern inhaltsgleiche Pensionszusagen erteilt. Diese sind inhaltlich gleichlautend mit den Pensionszusagen vom 01.10.1992, mit Ausnahme der Regelung zur Altersgrenze. Hierzu heißt es:

"B-1. Altersgrenze

5 Die Altersgrenze ist der letzte Tag des Monats, in dem sie ihr 65. Lebensjahr vollenden.

6 Sie haben auch die Möglichkeit, zu einem früheren oder einem späteren Zeitpunkt als der Vollendung des 65. Lebensjahres bei Ausscheiden aus der Firma eine Altersrente gemäß Punkt A-1. zu beziehen. Aufgrund der kürzeren bzw. längeren Dienstzeit und entsprechend längeren bzw. kürzeren Gewährungsdauer der Rente wird die mit dem 65. Lebensjahr gemäß Punkt A-1. erreichbare Rente um 0,4 Prozent pro Monat der längeren Dienstzeit erhöht. Der vorzeitige Bezug der Rente ist jedoch entsprechend den Regelungen der gesetzlichen Rentenversicherung frühestens nach Vollendung des 60. Lebensjahres möglich." Zugleich heißt es in dieser Pensionszusage: "Mit Wirkung dieser Zusage erlischt die Zusage vom 01.11.85".

7 Am 30.09.1996 fasste die Gesellschafterversammlung der Klägerin einen Beschluss dahingehend, dass, soweit nicht bereits in der Vergangenheit geschehen, die bisher erteilte Versorgungszusage, gegebenenfalls mit Nachträgen, durch die Gesellschafterversammlung genehmigt wird.

8 Am 28.10.1998 wurde von der Gesellschafterversammlung beschlossen, dass vereinbart werde, dass die Witwenrente 60 Prozent der Altersrente betragen solle. Am 04.11.1998 fasste die Gesellschafterversammlung folgenden Beschluss: "Frau G, geboren am 29.03.1963, X-Straße 0, A-Stadt erhält 60 Prozent der Altersrente als Witwenbezug."

9 Durch Gesellschafterbeschluss vom 21.10.2003 wurde festgehalten, dass die Unverfallbarkeit des Anspruchs ab Zusagedatum zu berücksichtigen sei.

10 Mit notarieller Urkunde vom 11.01.2010 übertrugen die Herren Z und Y ihre Anteile an der Klägerin auf ihre Söhne S und T Im Rahmen einer sich anschließenden Gesellschafterversammlung legten Herr Z und Herr Y ihr Amt als Geschäftsführer

der Klägerin nieder. Im Anschluss daran wurden Herr S und Herr T zu einzelvertretungsberechtigten Geschäftsführern der Klägerin bestellt. Ebenfalls am 11.01.2010 wurde zwischen der Klägerin und der Firma Gebr. … GmbH & Co. KG ein Beratervertrag geschlossen, wonach die KG die Klägerin in allen betrieblichen Bereichen berate. Als Vergütung für die Beratungstätigkeit wurde ein Nettoentgelt von 6.500 € pro Monat festgelegt. Weiterhin verpflichtete sich die Klägerin, der KG zwei Fahrzeuge - auch für die private Nutzung - der Beschäftigten der KG zur Verfügung zu stellen. In der Folge wurde die Vergütung mit Wirkung vom 01.02.2011 auf netto 4.400 € und ab dem 01.10.2012 auf netto 2.400 € herabgesetzt.

11 Herr Z erhält seit Februar 2011 eine vorzeitige Altersrente in Höhe von monatlich 2.099,09 € und Herr Y seit September 2013 eine vorzeitige Altersrente in Höhe von monatlich 1.933,77 €.

12 Die Klägerin bildete in ihren Bilanzen zum 31.12.2009 bis 31.12.2012 Pensionsrückstellungen für die bestehenden Pensionsverpflichtungen. Dabei wurde die Pensionsverpflichtung des Herrn Z bis zum 31.12.2011 als Ausgeschiedener bewertet (monatliche Altersrente 2.762 €; monatliche Invalidenrente 1.632 €; 60 Prozent individuelle Hinterbliebenenanwartschaft bezüglich einer am 29.03.1963 geborenen Ehefrau; Pensionsalter 65). Ab dem 31.12.2012 ist Herr Z als Rentner bewertet worden (monatliche Altersrente 2.099 €; 60 Prozent individuelle Hinterbliebenenanwartschaft bezüglich einer am 29.03.1963 geborenen Ehefrau).

13 Herr Y ist bis zum 31.12.2012 als Ausgeschiedener bewertet worden (monatliche Altersrente 2.544 €; monatliche Invalidenrente 1.503 €; 60 Prozent individuelle Hinterbliebenenanwartschaft bezüglich einer am 27.07.1957 geborenen Ehefrau; Pensionsalter 66).

14 Auf dieser Grundlage hat die Klägerin folgende Pensionsrückstellungen in ihrer Steuerbilanz berücksichtigt (ab 31.12.2010 sind in der Bilanz nur die mit den Rückdeckungsversicherungsansprüchen saldierten Werte ausgewiesen):
31.12.2009: 463.800 € (Zuführung: 49.200 €)
31.12.2010: 567.000 € (Zuführung: 103.200 €); Bilanzausweis: 361.507 €
31.12.2011: 598.100 € (Zuführung: 31.100 €); Bilanzausweis: 388.258 €
31.12.2012: 609.100 € (Zuführung: 11.000 €); Bilanzausweis: 394.886 €
Daneben berücksichtigte die Klägerin bei der Berechnung des ausgewiesenen Rückstellungsbetrages zum 31.12.2009 - letztmalig - einen noch nicht passivierten Betrag von 73.873 €, da es sich um eine Altzusage gehandelt hat. Bei der Berechnung des in den Bilanzen ausgewiesenen Rückstellungsbetrages wurde zusätzlich eine "noch nicht erfasste Anpassung an BilMoG" in Höhe von 51.500 € zum 31.12.2010, 39.000 € zum 31.12.2011 und von 26.000 € zum 31.12.2012 berücksichtigt.

15 Im Rahmen einer für die Jahre 2009 bis 2012 durchgeführten Außenprüfung kam der Fachprüfer für betriebliche Altersversorgung zu folgender rechtlicher Einschätzung:

16 Die Herren Z und Y seien im Hinblick auf die ihnen erteilten Pensionszusagen als beherrschende Gesellschafter anzusehen. Sie seien - nach Veräußerung der Geschäftsanteile - im Alter von 58 Jahren und 11 Monaten beziehungsweise 56 Jahren und 4 Monaten aus den Diensten der Klägerin ausgeschieden. Dem Wortlaut nach ließen die Zusagen in der Fassung vom 01.10.1994 für diesen Fall keinen vorzeitigen Bezug von Altersrente zu, da dieser nur "bei Ausscheiden aus der

Firma" möglich sei. Dabei sei der vorzeitige Altersrentenbezug nach weiterem Zusagewortlaut "entsprechend den Regelungen der gesetzlichen Rentenversicherung frühestens nach Vollendung des 60. Lebensjahres möglich". Durch das zuvor erfolgte Ausscheiden aus der Klägerin seien die Herren Z und Y nicht unmittelbar bis zum Bezug der vorzeitigen Altersrente für die Klägerin tätig gewesen. In einem derartigen Fall sehe auch die gesetzliche Rentenversicherung, auf die in der maßgeblichen Zusage ausdrücklich Bezug genommen werde, keine vorzeitige Bezugsmöglichkeit nach Vollendung des 60. Lebensjahres vor. Die Herren Z und Y hätten daher aufgrund des vor dem 60. Lebensjahres erfolgten Ausscheidens die Altersrente zusagegemäß erst mit Vollendung des 65. Lebensjahres beziehen dürfen.

17 Dem Wortlaut der Zusagen vom 01.10.1994 nach sei zudem nicht geregelt, was für den Fall eines vorzeitigen Bezuges zu geschehen habe. Zwar werde ausgeführt, dass ein vorzeitiger Bezug eine kürzere Dienstzeit und eine längere Rentengewährungsdauer bedinge, erklärend sei jedoch unter B-1. der Zusagen nur davon die Rede, dass bei einer längeren Dienstzeit die Rente um 0,4 Prozent pro Monat erhöht werde, nicht aber, welche Kürzung konkret bei einer kürzeren Dienstzeit/längeren Rentengewährungsdauer vorzunehmen sei (die Zusage vom 01.10.1992 sei insoweit noch konkret und habe eine Kürzung von 0,4 Prozent pro Monat vorgesehen).

18 Durch die zusagewidrig erfolgten vorzeitigen Rentenzahlungen an die Herren Z und Y werde die gesellschaftsrechtliche Veranlassung der Zusagen evident. Bei den Rückstellungszuführungen der Jahre ab 2009 handele es sich daher ebenso wie bei den monatlichen Rentenzahlungen um verdeckte Gewinnausschüttungen.

19 Unabhängig von den vorstehenden Ausführungen hätten die Rückstellungsberechnungen nicht unter Einbeziehung individueller Witwenanwartschaften erfolgen dürfen. Die vorliegenden Zusagewortlaute sähen insoweit nur kollektive Anwartschaften vor. Bei Verwendung ansonsten gleicher Parameter hätte die kollektive Bewertung der Hinterbliebenenrentenanwartschaften auf den 31.12.2009 zu einem Rückstellungsbetrag von 502.690 € geführt.

20 Die Prüferin folgte im Betriebsprüfungsbericht vom 10.07.2014 den Vorschlägen des Fachprüfers und schlug vor, die Rückstellung zum 31.12.2009 um 34.983 € zu kürzen, und für 2010 verdeckte Gewinnausschüttungen i.H.v. 64.254 € (Zuführung zur Pensionsrückstellung) abzüglich 34.983 €, für 2011 i.H.v. 54.189 € (31.099 € Zuführung zuzüglich 23.090 € Zahlung) und 2012 i.H.v. 36.230 € (11.041 € Zuführung zuzüglich 25.189 € Zahlung) zu berücksichtigen.

21 Da die Klägerin mit den entsprechenden Änderungen nicht einverstanden war (vgl. Schreiben vom 23.06.2014 und 25.07.2014), schlug die Prüferin mit Schreiben vom 10.09.2014 nunmehr vor, die streitigen Pensionszusagen abweichend vom BP-Bericht wie folgt steuerlich zu behandeln:

22 Ausweislich des vorgelegten Gesellschafterbeschlusses vom 12.11.1984 sei anlässlich der Gesellschafterversammlung keine Konkretisierung hinsichtlich der zu erteilenden Pensionszusagen erfolgt. Es liege daher kein hinreichend konkreter Gesellschafterbeschluss vor, weshalb die Pensionsrückstellung aufzulösen sei. Zudem sehe die gesetzliche Rentenversicherung einen Rentenbezug mit Vollendung des 60. Lebensjahres nicht vor.

23 Für 2009 sei die Pensionsrückstellung in voller Höhe, d.h. mit 238.233 € aufzulösen. Für die Jahre 2010 bis 2012 seien die in den Steuerbilanzen erfolgten

Zuführungen in Höhe von 85.274 € für 2010, 14.251 € für 2011 und -6.372 € für 2012 rückgängig zu machen.

24 Hierbei legte die Prüferin ihren Berechnungen folgende Werte für die Pensionsrückstellungen zugrunde (Rückstellungswerte abzüglich der Ansprüche aus der Rückdeckungsversicherung; der Zuschlag von 73.873 € sowie die Beträge "noch nicht erfasste Anpassung an BilMoG" blieben unberücksichtigt):
31.12.2009: 238.233 €
31.12.2010: 323.507 € (Zuführung: 85.274 €)
31.12.2011: 337.758 € (Zuführung: 14.251 €); richtig 336.758 €
31.12.2012: 331.386 € (Zuführung: - 6.372 €)

25 Die zu berücksichtigenden verdeckten Gewinnausschüttungen seien in Höhe der tatsächlichen Rentenzahlungen anzusetzen und betrügen für 2011 23.089 € und für 2012 25.189 €.

26 Auf dieser Grundlage erließ der Beklagte Änderungsbescheide zur Körperschaftsteuer 2009 bis 2012, über den Solidaritätszuschlag zur Körperschaftsteuer 2009 bis 2012, zum Gewerbesteuer-Messbetrag 2009 bis 2012, über die gesonderte Feststellung des vortragsfähigen Gewerbeverlustes auf den 31.12.2012 und über die gesonderte Feststellung des verbleibenden Verlustabzuges zur Körperschaftsteuer auf den 31.12.2012, jeweils vom 22.10.2014.

27 Den hiergegen erhobenen Einspruch vom 19.11.2014 wies der Beklagte mit Einspruchsentscheidung vom 08.09.2015 als unbegründet zurück.

28 Mit der am 01.10.2015 erhobenen Klage wendet sich die Klägerin gegen die Änderungsbescheide vom 22.10.2014.

29 Die Klägerin ist - unter Hinweis auf ein Gutachten der Kanzlei für Altersversorgung "Pensions Consult Pradl" - der Auffassung, dass weder die bisher gebildeten Pensionsrückstellungen zum 31.12.2009 (teilweise) gewinnerhöhend aufzulösen seien, noch dass verdeckte Gewinnausschüttungen vorliegen oder die Hinterbliebenenrenten für beide Geschäftsführer nach der kollektiven Methode zu bewerten seien.

30 Zunächst sei festzustellen, dass die streitigen Pensionszusagen die Mindestvoraussetzungen des § 6a Abs. 1 Einkommensteuergesetz -EStG- erfüllten. Insbesondere sei die Pensionszusage schriftlich erteilt worden und enthalte eindeutige Angaben zu Art, Form, Voraussetzungen und Höhe der in Aussicht gestellten künftigen Leistungen.

31 Soweit der Beklagte bemängele, dass in der vertraglichen Vereinbarung zur Pensionszusage vom 01.10.1994 keine Bestimmung mehr hinsichtlich eines versicherungsmathematischen Abschlags bei einer vorzeitigen Inanspruchnahme der Altersrente enthalten sei, treffe dieses nicht zu.

32 Eine vertragliche Vereinbarung, die eine Inanspruchnahme einer vorgezogenen Altersrente ab dem 60. Lebensjahr ermögliche, sei zivilrechtlich zulässig und werde steuerrechtlich anerkannt (Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen -BMF- vom 24.07.2013, Rz. 286). Bereits die ursprüngliche Vereinbarung zur Pensionszusage vom 01.11.1985 habe eine Regelung zur vorgezogenen Altersrente beinhaltet. Dabei sei auf Grund der langen Gewährungsdauer der Altersrente eine Kürzung um einen festen versicherungsmathematischen Abschlag pro Monat der vorzeitigen Inanspruchnahme vereinbart gewesen. Der Vergleich der Regelungen in der Vereinbarung vom 01.10.1994 zu der vom 01.10.1992 mache deutlich, dass

lediglich eine ausdrückliche Bestimmung zur Höhe der Kürzung bei einem vorzeitigen Bezug der Altersrente fehle. Bei einer sachgemäßen teleologischen Auslegung der Regelung vom 01.10.1994 komme man zwangsläufig zu dem Ergebnis, dass die insgesamt zu diesem Punkt gewählte Formulierung dem Sinn und Zweck der Regelung nicht mehr gerecht würden. So werde sowohl unverändert auf den "früheren oder späteren Bezug der Altersrente", als auch auf die "längere bzw. kürzere Gewährungsdauer der Rente" abgestellt, um dann zwar einen Ausgleich für die spätere Inanspruchnahme zu schaffen, nicht jedoch für die vorzeitige. Eine derartige Regelung habe nicht im Interesse der Beteiligten gelegen. Vielmehr handele es sich um einen bloßen Übertragungsfehler, der der M- AG - als Verfasserin des Vertragswerkes - zuzurechnen sei. Objektiv nachvollziehbare Fakten, die an dieser Stelle ein bewusstes Handeln der beteiligten Personen belegten, seien definitiv nicht vorhanden. Darüber hinaus sei zu berücksichtigen, dass die Geschäftsführer den Mangel offensichtlich bei der Ermittlung der Höhe der vorzeitigen Altersrente erkannt hätten und dabei auf die Regelung abgestellt haben, die unter Anwendung der Sorgfaltspflicht eines ordentlich und gewissenhaft handelnden Geschäftsleiters die einzig sachgerechte Handhabung dargestellt habe.

33 Auch die Auffassung des Beklagten, eine vorzeitige Inanspruchnahme der Altersrente sei vertraglich nur für den Fall vorgesehen, dass der versorgungsberechtigte Geschäftsführer auch bis zum 60. Lebensjahr aktiv innerhalb des Geschäftsführerdienstverhältnisses für die Klägerin tätig sei, gehe fehl.

34 Die gewählte Formulierung lasse unzweifelhaft offen, zu welchem Zeitpunkt das frühere Ausscheiden aus der Firma stattzufinden habe. Der Wortlaut stelle lediglich klar, dass ein Ausscheiden vor dem 65. Lebensjahr gegeben sein müsse. Etwas anderes folge auch nicht aus der Bezugnahme auf die "gesetzliche Rentenversicherung". Denn die in der maßgeblichen vertraglichen Vereinbarung vom 01.10.1994 verwendete Formulierung "entsprechend den gesetzlichen Regelungen der gesetzlichen Rentenversicherung" beinhalte bei einer detaillierten Betrachtung keine verbindliche Regelung, über die die Anwendung der Normen des Sechsten Buches des Sozialgesetzbuchs -SGB VI- zwingend auf die Versorgungszusage geregelt werde. Vielmehr handele es sich um einen Verweis, der im Hinblick auf die Anwendbarkeit der Bestimmungen des SGB VI keinen zwingenden Tatbestand schaffe. Letztlich werde auf die Regelungen der gesetzlichen Rentenversicherung nur Bezug genommen, um die Üblichkeit der Regelung über einen vorzeitigen Rentenbezug zum 60. Lebensjahr darzulegen. Für dieses Verständnis sprächen auch die Hinweise im Handbuch der Rechtsförmlichkeit (vgl. "Bekanntmachung des Handbuchs der Rechtsförmlichkeit" vom 22. September 2008, Bundesanzeiger, Beilage, Jg. 60, Nr. 160a, Rz. 230, 231, 222).

35 Im Übrigen ließen es die Normen des SGB VI zu, dass ein Versicherter - ab dem Zeitpunkt der Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen - auch dann seine Altersrente beziehen könne, wenn er schon Jahre zuvor aus dem Erwerbsleben ausgeschieden sei.

36 Insbesondere könne die Verwendung der Präposition "bei" unter zeitlichen Gesichtspunkten nicht derart verstanden werden, dass deren Einsatz bewusst deswegen verwendet worden sei, um den sachlichen Anwendungsbereich in der Weise zu begrenzen, dass ein Bezug der Pension nur erfolgen solle, wenn der Versorgungsberechtigte nach Vollendung des 60. Lebensjahres aus den Diensten

ausscheide. Es solle vielmehr zum Ausdruck gebracht werden, dass im Falle eines Ausscheidens vor dem 65. Lebensjahr ein Bezug einer vorgezogenen Altersrente ermöglicht wird.

37 Soweit darauf verwiesen werde, dass beim Verständnis der Klägerin die Verwendung des Wortes "nach" nahegelegen hätte, wäre die Klausel dagegen wie folgt formuliert worden: "Scheiden sie nach Vollendung des 60. Lebensjahres, aber vor Vollendung des 65. Lebensjahres aus unseren Diensten aus, um in den Ruhestand zu treten, können Sie die betriebliche Altersrente bereits zum Zeitpunkt des vorzeitigen Ausscheidens in Anspruch nehmen".

38 Soweit der Beklagte von der zum 31.12.2009 in der Steuerbilanz gebildeten Gesamtpensionsrückstellung i.H.v. 463.800 € einen Teilbetrag i.H.v. 238.233 € gewinnerhöhend aufgelöst habe, sei dieses schon deshalb unzutreffend, weil - wie bereits dargelegt - die Mindestvoraussetzungen des § 6a Abs. 1 EStG im Streitfall erfüllt seien.

39 Selbst wenn die Voraussetzungen für einen vorzeitigen Bezug der Altersrente nicht im Sinne des § 6a Abs. 1 EStG eindeutig geregelt worden sein sollten, wie der Beklagte meine, führe dies im Streitfall zu keiner Auflösung der Rückstellung. Denn § 6a Abs. 1 EStG erlaube eine Rückstellungsbildung, wenn und soweit die dort genannten Voraussetzungen vorlägen. Sollte also der vorzeitige Bezug nicht zu berücksichtigen sein, verbliebe es jedoch in jedem Fall bei der Regelung zum Bezug der Altersrente ab Vollendung des 65. Lebensjahres. "Insoweit" sei eine Rückstellungsbildung nach § 6a Abs. 1 EStG zulässig. Da die Klägerin ihre Rückstellungen zu den streitigen Bilanzstichtagen 31.12.2009 und 31.12.2010 unter Berücksichtigung der vereinbarten Regelaltersgrenze von 65 Jahren gebildet habe, käme eine Auflösung der Rückstellungen zu diesen Stichtagen nicht in Betracht. Soweit erstmals zum 31.12.2011 eine Bewertung der Pensionsrückstellung für Herrn Z unter Berücksichtigung der vorgezogenen Altersrente erfolgt sei, sei dieses ebenfalls unschädlich, weil damit kein Verstoß gegen § 6a Abs.1 EStG verbunden sei. Da der Versorgungsfall eingetreten sei, sei die Rückstellung anhand des tatsächlich bestehenden Versorgungsanspruchs zu bewerten.

40 Soweit der Beklagte die Auffassung vertrete, die zugesagten Hinterbliebenenrenten seien nach der sogenannten kollektiven Methode zu bewerten, treffe dieses auf die Pensionszusage zu Gunsten des Herrn Y unzweifelhaft zu. Im Falle der Pensionszusage zu Gunsten von Herrn Z sei die Rechtsauffassung jedoch nicht zutreffend. Maßgeblich sei hier der Nachtrag vom 04.11.1998. Darin werde die Ehefrau von Herrn Z, Frau G, geboren am 29.03.1963, unmittelbar und individuell begünstigt. Die Vereinbarung sei zivilrechtlich wirksam zustande gekommen und erfülle auch die Anforderungen des Klarheits- und Eindeutigkeitsgebotes des § 6a EStG. Die Bewertung des aus der Witwenrentenzusage resultierenden Verpflichtungsumfangs habe somit insoweit nach der individuellen Methode zu erfolgen.

41 Bei den zu beurteilenden Pensionszusagen habe es sich zudem um sogenannte Altzusagen gehandelt, für die das Passivierungswahlrecht gegolten habe. Dieses Wahlrecht sei in der Vergangenheit ausgeübt worden, so dass per 31.12.2009 ein nicht passivierter Teilbetrag i.H.v. 73.873 € bestanden habe. Da beide Versorgungsberechtigte am 11.01.2010 aus dem maßgeblichen Dienstverhältnis ausgeschieden sind, sei der bisher nichtpassivierte Teilbetrag per 31.12.2010 -

zulässigerweise - nachgeholt worden (§ 6a Abs. 4 Satz 5 EStG).

42 Die zutreffende Bewertung der Pensionsverpflichtungen ergebe sich aus Tz. 9.2 des Gutachtens der Pensions Consult Pradl, auf das wegen der Einzelheiten Bezug genommen wird.

43 Die vertraglich festgelegte Möglichkeit, eine Altersrente bereits ab Vollendung des 60. Lebensjahres zu beziehen, führe auch nicht zu verdeckten Gewinnausschüttungen. Unter Berücksichtigung des anzustellenden Fremdvergleichs könne eine durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasste Zusage insoweit nicht festgestellt werden. Dieses gelte insbesondere, soweit im Streitfall der Bezug einer Altersrente bereits mit Vollendung des 60. Lebensjahre möglich sei. Auch die Finanzverwaltung erkenne dieses für Altzusagen an (vgl. BMF vom 09.12.2016, Bundessteuerblatt -BStBl- I 2016, 1427, Tz. 7ff. unter Bezugnahme auf R 28 Satz 8 Körperschaftsteuerrichtlinien 2004).

44 Eine mangelnde Ernstlichkeit der Pensionsvereinbarung lasse sich ebenfalls nicht annehmen. Eine solche folge insbesondere nicht aus den erfolgten Übertragungsfehlern oder aus dem Umstand, dass die Berechnungen zur Höhe der Pensionsrückstellung unzutreffend waren. Denn auf die Berechnungsergebnisse des Gutachters müsse der Geschäftsführer mangels eigener Kenntnisse vertrauen dürfen. Insbesondere folge die Ernstlichkeit der Pensionszusagen aus der Tatsache, dass diese fortlaufend bilanziert und zudem - teilweise - rückgedeckt gewesen seien.

45 Soweit der Beklagte auf die mangelnde Probezeit verweise, sei er an die Regelung im BMF-Schreiben vom 14.12.2012 (BStBl I 2013, 58) gebunden.

46 Die Klägerin beantragt,
die angefochtenen Bescheide in der Weise zu ändern, dass die Auflösung der Pensionsrückstellungen rückgängig gemacht wird und die Pensionszahlungen nicht als verdeckte Gewinnausschüttungen berücksichtigt werden,
hilfsweise, die Revision zuzulassen.

47 Der Beklagte beantragt,
die Klage abzuweisen,
hilfsweise, die Revision zuzulassen.

48 Er ist weiterhin der Auffassung, dass die Pensionsrückstellungen nicht in der richtigen Höhe gebildet worden seien und im Übrigen in Folge der vorzeitigen Auszahlung der Altersrenten verdeckte Gewinnausschüttungen vorlägen.

49 Nach dem Termin zur mündlichen Verhandlung vom 16.11.2018 vertritt der Beklagte im Hinblick auf die Zusage einer Invalidenrente nunmehr folgende Rechtsauffassung:

50 Zunächst sei unter Berücksichtigung des Urteils des Bundesgerichtshofs vom 25.03.1991 (II ZR 169/90) festzustellen, dass kein zivilrechtlich wirksames Versorgungsversprechen vorliege, da der Gesellschafterbeschluss einerseits und die im Anschluss zugesagten Pensionen andererseits nicht aufeinander abgestimmt seien.

51 Aber auch aus weiteren Gründen durften die Pensionsrückstellungen nicht gebildet werden.

52 Die betriebliche Altersversorgung kenne mit Alters-, Invaliden- und Hinterbliebenenrente drei biometrische Anspruchsgrundlagen, die auch unabhängig voneinander zugesagt werden könnten. Dabei sei nicht zwischen Alters- und vorgezogener Altersrente zu unterscheiden; in beiden Fällen handele es sich

begrifflich um Altersrente. Auch sei es unerheblich, ob bei der Rückstellungsberechnung auf das rechnerische Pensionsalter oder (wie beim so genannten zweiten Wahlrecht) auf das frühestmögliche Pensionsalter als Endalter abgestellt werde. Es sei daher die Voraussetzung für den frühestmöglichen Bezug der Altersrente nicht in schriftlicher Form eindeutig geregelt, womit die Altersrente selbst nicht hinreichend bestimmt sei. Insoweit käme eine Rückstellungsbildung nicht in Betracht.

53 Bei der Anwartschaft auf die Hinterbliebenenrente unterscheide die Versicherungsmathematik zwischen der Anwartschaft auf Altershinterbliebenenrente und der auf Invalidenhinterbliebenenrente. Sei daher die Voraussetzung für den Bezug der Altersrente nicht eindeutig, so sei zwangsläufig auch die Voraussetzung der hieraus abgeleiteten Anwartschaft auf die Hinterbliebenenrente nicht eindeutig bestimmt.

54 Etwas anderes gelte für die Anwartschaft auf Invalidenhinterbliebenenrente, wenn die Anwartschaft auf die Invalidenrente eindeutig bestimmt sei.

55 Auf Grundlage dieser rechtlichen Rahmenbedingungen könne nach Auffassung des Beklagten eine Rückstellung für die Invalidenrentenzusage bis zum Ausscheiden des jeweiligen Gesellschaftergeschäftsführers gebildet werden. Nach dem Ausscheiden komme eine Rückstellungsbildung nicht mehr in Betracht, da "Invalidität" als Ausscheidensursache ab dem Zeitpunkt der Altersrentenzahlungen ausscheide. Aus diesem Grund könnten Rückstellungen in folgender Höhe steuerlich berücksichtigt werden:

56 Für Herrn Y seien danach 43.803 € (zum 31.12.2009), 39.306 € (zum 31.12.2010), 38.369 € (zum 31.12.2011) und 36.670 € (zum 31.12.2012) zu berücksichtigen. Für Herrn Z seien zum 31.12.2009 40.763 € und zum 31.12.2010 36.774 € zu berücksichtigen.

57 Im Übrigen sei der Beklagte der Auffassung, dass hinsichtlich der vorzeitigen Altersrentenbezugsvoraussetzungen keine eindeutige Zusage vorliege. Bezüglich der Anwartschaften auf Hinterbliebenenrente könne schon allein aus diesem Grund keine individuelle Berechnung erfolgen, weil keine der vorliegenden Zusagen eine solche Zusageform enthalte.

58 Weiterhin sei zu berücksichtigen, dass die Ursprungszusagen i. S. des Urteils des Bundesfinanzhofs -BFH- vom 28.04.2010 (I R 78/08, BStBl II 2013, 41) zu früh erteilt worden seien, weshalb die Pensionszusagen als durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst anzusehen seien.

59 Weiterhin sei zu berücksichtigen, dass im Hinblick auf den Zusagepassus "entsprechend den Regelungen der gesetzlichen Rentenversicherung" das SGB VI nur das 63. Lebensjahr als frühesten Bezugszeitpunkt kenne, wobei dann jedoch 35 Beitragsjahre vorliegen müssten. Die Klägerin habe am 11.01.2010 aber noch keine 26 Jahre bestanden. Zudem sehe das Sozialgesetzbuch bei einem vorzeitigen Bezug Hinzuverdienstgrenzen von 400 € monatlich vor, die vorliegend offensichtlich überschritten worden seien.

60 Hinsichtlich des von der Klägerin begehrten Nachholbetrages i. H. von 73.873 € (nicht passivierte Altzulage) sei fraglich, ob dieser Betrag das tatsächliche nicht bilanzierte Volumen darstelle sowie, ob nicht auch die weitergehende Frage der Ernsthaftigkeit der Zusagen vor dem Hintergrund von deren (nicht nachvollziehbarer) Bilanzierung zu stellen sei (vgl. BFH, Beschluss vom 13. Juni 2006 I R 58/05, BStBl II 2006, 928). Die bilanzierten Beträge wichen sowohl von

denen des ursprünglichen Gutachtens ab als auch von den Beträgen, die durch die Klägerin im Klageverfahren ermittelt worden seien.

Gründe:

61 Die Klage ist unbegründet.

62 Weder die Kürzung der gebildeten Pensionsrückstellungen (dazu unter I.) noch die Annahme verdeckter Gewinnausschüttungen (dazu unter II.) ist zu beanstanden.

63 I. Die Klägerin hat in ihren Bilanzen zu Unrecht eine Rückstellung für Verpflichtungen aus den erteilten Pensionszusagen gebildet, soweit es sich nicht um die Zusage einer Invalidenversorgung handelt.

64 Eine Pensionsrückstellung darf in der Bilanz einer Kapitalgesellschaft nur gebildet werden, wenn und soweit die Pensionszusage unter anderem schriftlich erteilt ist und sie eindeutige Angaben zu Art, Form, Voraussetzungen und Höhe der in Aussicht gestellten künftigen Leistungen enthält (§ 8 Abs. 1 Körperschaftsteuergesetz -KStG- und § 7 Abs. 1 Gewerbesteuergesetz -GewStG- i.V.m. § 6a Abs. 1 Nr. 3 EStG).

65 1. Dem Gebot der Schriftlichkeit ist vorliegend unstreitig genügt. Angesichts der Tatsache, dass sämtliche Änderungen durch - von beiden Geschäftsführern unterschriebene - Zusagen oder durch entsprechend schriftlich protokollierte und von beiden Gesellschafter-Geschäftsführern unterzeichnete Protokolle entsprechender Gesellschafterbeschlüsse vollzogen wurden, bestehen auch seitens des Senats insofern keine Zweifel.

66 2. Soweit der Beklagte eine zivilrechtlich wirksame Verpflichtung bestreitet, folgt der Senat dem nicht. Zwar enthält der Gesellschafterbeschluss vom 12.11.1984 keine konkreten Festlegungen über die zu erteilenden Pensionszusagen. Jedoch waren die Geschäftsführer ausweislich des Handelsregisters von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit, weshalb die Zusagen allein durch die gemeinsame Unterzeichnung der Zusagevereinbarungen zivilrechtlich wirksam erteilt wurden (vgl. auch für den Fall, dass die Befreiung erst nachträglich erfolgt ist: BFH-Urteil vom 23.10.1996 I R 71/95, BStBl II 1999, 35 und Beschluss vom 30.06.1997 I R 48/96, Sammlung amtlich nicht veröffentlichter Entscheidungen des BFH -BFH/NV- 1997, 893).

67 3. Streitig ist zwischen den Beteiligten jedoch die Erfüllung des Eindeutigkeitsgebots des § 6a Abs. 1 Nr. 3 EStG.

68 Der Zweck dieser Voraussetzung der Rückstellungsbildung besteht - ebenso wie in dem Gebot der Schriftlichkeit - in der Beweissicherung. Es soll vermieden werden, dass über den Umfang der Pensionszusage, insbesondere über die für die Bemessung wesentlichen Faktoren (Zusagezeitpunkt, Leistungsvoraussetzungen, Widerrufsvorbehalte u.Ä.), Unklarheiten bestehen oder später Streit entsteht. Erforderlich ist damit, dass sich der Inhalt der Zusage zweifelsfrei feststellen lässt, und zwar sowohl über den Grund (Art, Form, Voraussetzungen, Zeitpunkt) als auch die Höhe der Zusage. Die Anforderungen beziehen sich auf den jeweiligen Bilanzstichtag und betreffen damit nicht lediglich die ursprüngliche Zusage, sondern auch deren spätere Änderung (BFH-Urteil vom 12.10.2010 I R 17,18/10, BFH/NV 2011, 452). Die Feststellung, ob und in welcher Form und mit welchem Inhalt im Einzelfall eine Pensionszusage erteilt wurde, obliegt nach der Rechtsprechung des BFH grundsätzlich dem Finanzgericht -FG- als Tatsachengericht. Dieses hat insbesondere zu ermitteln, was die Erklärenden geäußert und was sie bei der Erklärung subjektiv gewollt haben. Zur

Tatsachenfeststellung gehört ferner die Erforschung der für die Auslegung maßgeblichen Begleitumstände der Abgabe einer Willenserklärung oder eines Vertragsschlusses (so ausdrücklich: BFH-Urteil vom 31.05.2017 I R 91/15, BFH/NV 2018, 16, Rz. 21).

69 Damit wird aus der Entscheidung des BFH vom 31.05.2017 deutlich, dass die Bildung einer Pensionsrückstellung folglich nicht schon immer dann ausgeschlossen ist, wenn die maßgebliche schriftliche Pensionszusage der Auslegung bedarf (ebenso: Schleswig-Holsteinisches Finanzgericht, Urteil vom 21.02.2017 1 K 141/15, Entscheidungen der Finanzgerichte –EFG– 2017, 908; diese Frage offen gelassen in BFH, Beschluss vom 08.12.2004 I B 125/04, BFH/NV 2005, 1036). Die Voraussetzungen des § 6a Abs. 1 Nr. 3 EStG sind auch dann noch erfüllt, wenn sich ein eindeutiger Inhalt der Pensionszusage erst durch deren Auslegung einfach und ohne verbleibende Restzweifel am Auslegungsergebnis feststellen lässt, d.h., ein anderes Auslegungsergebnis sich schlechterdings kaum rechtfertigen ließe. Dem Eindeutigkeitsgebot wird jedoch dann nicht mehr genügt, wenn zwar eine Auslegung möglich ist, letztlich aber Unklarheiten verbleiben, die unter Umständen auch ein anderes Auslegungsergebnis hätten rechtfertigen können (ähnlich wohl: BFH-Urteil vom 23.07.2019 XI R 48/17, BStBl II 2019, 763, Rz. 16).

70 Im Streitfall ergibt die Auslegung der Pensionszusage - unter Einbeziehung ihrer späteren Änderungen - keine eindeutige Regelung zum Grund (Voraussetzungen, Zeitpunkt) der Zusage.

71 a) Soweit der Beklagte allerdings der Auffassung ist, es fehle an einer eindeutigen Regelung zur Höhe des Abschlags der Altersrente bei einem vorzeitigen Bezugsbeginn (d.h.: vor Vollendung des 65. Lebensjahres), kann der Senat dieser Auffassung nicht folgen.

72 In der maßgeblichen Änderungszusage vom 01.10.1994 findet sich eine Bestimmung, wonach der Pensionsberechtigte auch die Möglichkeit hat, zu einem früheren oder einem späteren Zeitpunkt als der Vollendung des 65. Lebensjahres - bei Ausscheiden aus der Firma - eine Altersrente zu beziehen. Sodann heißt es: "Aufgrund der kürzeren bzw. längeren Dienstzeit und entsprechend längeren bzw. kürzeren Gewährungsdauer der Rente wird die mit dem 65. Lebensjahr gemäß Punkt A-1. erreichbare Rente um 0,4 Prozent pro Monat der längeren Dienstzeit erhöht." Damit wird zunächst ausdrücklich vereinbart, dass bei einem vorzeitigen Pensionsbezug eine Kürzung der Altersrente zu erfolgen hat. Zur Höhe des Abschlags findet sich keine ausdrückliche Bestimmung in der Änderungszusage. Allerdings findet sich eine Bestimmung zur Erhöhung der Pensionszahlungen bei einem späteren Bezug der Altersrente. Dieses legt nahe, dass auch bei einem vorzeitigen Bezug der Altersrente der Maßstab 0,4 Prozent pro Monat gelten sollte.

73 Dieses Auslegungsergebnis wird insbesondere dadurch gestützt, dass in der geänderten Version der Pensionszusage vom 01.10.1992 - und dort ausdrücklich - derselbe Kürzungs- und Erhöhungsprozentsatz vorgegeben wurde. Dort heißt es nämlich: "Aufgrund der kürzeren bzw. längeren Dienstzeit und entsprechend längeren bzw. kürzeren Gewährungsdauer der Rente wird die mit dem 65. Lebensjahr gemäß Punkt A-1. erreichbare Rente um 0,4 Prozent pro Monat des vorzeitigen Bezuges der Altersrente gekürzt bzw. um 0,4 Prozent pro Monat der längeren Dienstzeit erhöht." Dass der identische Prozentsatz für eine Kürzung oder Erhöhung der Altersrente durch die neue Vereinbarung vom 01.10.1994 aufgegeben werden sollte, ist nicht erkennbar. Vielmehr spricht vieles dafür, dass

eine ausdrückliche Regelung für den Fall der Kürzung nur aus Versehen unterblieben ist.

74 Hinzu kommt, dass die an der Pensionszusage beteiligten Personen in der Folge bei einem vorzeitigen Bezug der Altersrente auch tatsächlich eine Kürzung um 0,4 Prozent pro Monat vorgenommen haben.

75 Anhaltspunkte für ein anderes Verständnis der Beteiligten ist den Umständen der Änderung vom 01.10.1994 nicht zu entnehmen.

76 b) Fraglich ist jedoch, wie die Klausel "Sie haben auch die Möglichkeit, zu einem früheren oder einem späteren Zeitpunkt als der Vollendung des 65. Lebensjahres bei Ausscheiden aus der Firma eine Altersrente gemäß Punkt A-1. zu beziehen. … / Der vorzeitige Bezug der Rente ist jedoch … frühestens nach Vollendung des 60. Lebensjahres möglich." zu verstehen ist. Während die Klägerin der Auffassung ist, das Ausscheiden des Pensionsberechtigten aus der Firma könne auch vor der Vollendung des 60. Lebensjahres erfolgen, der Rentenbezug starte jedoch erst mit Vollendung des 65. Lebensjahres, ist der Beklagte der Auffassung, ein vorzeitiger Rentenbezug sei nur möglich, wenn der Pensionsberechtigte nach Vollendung des 60. Lebensjahres aus der Firma ausscheidet und zudem die Voraussetzungen für den Bezug einer vorgezogenen gesetzlichen Rente gegeben sind.

77 aa) Der Wortlaut der Regelung "Sie haben auch die Möglichkeit, zu einem früheren oder einem späteren Zeitpunkt als der Vollendung des 65. Lebensjahres bei Ausscheiden aus der Firma eine Altersrente gemäß Punkt A-1. zu beziehen." kann in dem Sinne verstanden werden, dass unmittelbar mit dem Ausscheiden der tatsächliche Rentenbezug einsetzen muss. Hierfür spricht bereits der Wortlaut der Zusage, wonach die Möglichkeit besteht, "zu einem früheren Zeitpunkt … bei Ausscheiden … eine Rente zu beziehen". Diese Formulierung legt ein Verständnis in dem Sinne nahe, dass der Rentenbeginn mit dem Ausscheiden aus der Firma zusammenfällt. Ansonsten hätte eine Formulierung nahegelegen, dass die Möglichkeit besteht "zu einem früheren Zeitpunkt … nach Ausscheiden … eine Rente zu beziehen". Auch der Umstand, dass sich im Normalfall, d.h., bei einem Ausscheiden aus der Firma mit dem 65. Lebensjahr unmittelbar der Rentenbezug anschließt, spricht für eine derartige Verknüpfung. Dass mit der Vorverlegung des Zeitpunktes "65. Lebensjahr" auch die Verknüpfung zwischen Ausscheiden und unmittelbarem Rentenbezug aufgelöst werden sollte ist - jedenfalls aus der Pensionszusage selbst - nicht unmittelbar erkennbar. Folglich wäre ein Rentenbezug vor Vollendung des 65. Lebensjahres nicht möglich, wenn die Geschäftsführer, wie im Streitfall, vor Vollendung des 60. Lebensjahres aus der Firma ausscheiden.

78 Das dargelegte Verständnis ist dagegen nicht zwingend, weil nach dem Wortlaut der Regelung der vorzeitige Bezug der Rente nach Vollendung des 60. Lebensjahres möglich ist. Dieses kann auch in dem Sinne verstanden werden, dass zuvor lediglich auf das Ausscheiden vor Vollendung des 65. Lebensjahres abgestellt wird, ohne dass dieses frühestens nach Vollendung des 60. Lebensjahres erfolgt, der Begünstigte die Altersrente aber erst nach Vollendung des 60. Lebensjahres erhält. Auch der Umstand, dass die Klägerin und die Pensionsberechtigten, wie die tatsächliche Handhabung hinsichtlich des Auszahlungsbeginns der Rente deutlich macht, jedenfalls in 2011 und 2013 von diesem Verständnis ausgegangen sind, zeigt, dass auch diese Auslegungsverständnis möglich ist.

79 Umstände, die einen Rückschluss auf den tatsächlichen Willen der an der Pensionszusage beteiligten Parteien ermöglichen könnten, hat die Klägerin nicht

dargelegt.

80 Letztlich lässt sich aufgrund der unterschiedlichen Auslegungsmöglichkeiten der Inhalt der streitigen Pensionszusage nicht einfach und ohne verbliebende Restzweifel am Auslegungsergebnis feststellen. Bei jeder der beiden Auslegungsmöglichkeiten ließe sich auch das jeweils andere Auslegungsergebnis rechtfertigen. Der streitigen Klausel fehlt es daher an der notwendigen Eindeutigkeit im Sinne des § 6a Abs. 1 Nr. 3 EStG.

81 bb) Auch die Klausel "Der vorzeitige Bezug der Rente ist jedoch entsprechend den Regelungen der gesetzlichen Rentenversicherung frühestens nach Vollendung des 60. Lebensjahres möglich" ist letztlich nicht hinreichend eindeutig. Zwar kann die Bestimmung nach ihrem Wortlaut in dem Sinne verstanden werden, dass die Bezugnahme auf die gesetzliche Rentenversicherung lediglich der Begründung der konkreten Altersgrenze als frühestem im Sozialgesetzbuch überhaupt genannten Zeitpunkt für den Bezug von Altersruhegeld dient (wie diesen Passus ja die Klägerin und die Zusagebegünstigten im Streitjahr 2011 und später in 2013 gehandhabt haben). Allerdings wäre auch ein Verständnis in dem Sinne nicht ausgeschlossen, dass für einen vorzeitigen Rentenbezug auch die besonderen Voraussetzungen erforderlich sind, die in der gesetzlichen Rentenversicherung einen vorzeitigen Rentenbezug bereits mit Vollendung des 60. Lebensjahres ermöglichen (vgl. § 37 SGB VI in der Fassung vom 18.12.1989, Bundesgesetzblatt -BGBl- I 1989, 2261, BGBl I 1990, 1337). Nur bei diesem Verständnis käme dem Zusatz "entsprechend den Regelungen der gesetzlichen Rentenversicherung" ein eigenständiger Regelungsinhalt zu. Da jedenfalls nicht ohne Weiteres anzunehmen ist, dass ein vertraglicher Passus lediglich der bloßen Erläuterung dienen soll, sich aber weder aus der Pensionszusage selbst, noch aus den Umständen der Erteilung weitere Gesichtspunkte ergeben, verbleibt insoweit eine Unsicherheit, die ebenfalls einer Eindeutigkeit im Sinne des § 6a Abs. 1 Nr. 3 EStG entgegensteht.

82 Umstände, die einen Rückschluss auf den tatsächlichen Willen der an der Pensionszusage beteiligten Parteien ermöglichen könnten, hat die Klägerin auch im Hinblick auf diese Vertragsklausel nicht dargelegt.

83 c) Fraglich und zwischen den Beteiligten umstritten ist jedoch, welche Folge die Unbestimmtheit zur vorgezogenen Altersversorgung im Hinblick auf die gesetzliche Regelung in § 6a Abs. 1 EStG hat, dass eine Pensionsrückstellung nur gebildet werden darf, "wenn und soweit" die in der Vorschrift genannten Voraussetzungen erfüllt sind. Während die Klägerin davon ausgeht, dass die Festlegung der Altersgrenze "65. Lebensjahr" einer Rückstellungsbildung zugrundezulegen ist, weil es lediglich "insoweit" an einer klaren Vereinbarung fehlt, als die Möglichkeit eines vorzeitigen Rentenbezugs (vor Vollendung des 65. Lebensjahres) vereinbart wurde, vertritt der Beklagte die Auffassung, es fehle an einer eindeutigen Bestimmung zur Altersgrenze überhaupt und damit an der klaren Bestimmung einer Voraussetzung zum Pensionsbezug, weshalb eine Rückstellung nicht gebildet werden könne.

84 Der Senat schließt sich der Auffassung des Beklagten an.

85 Der Senat versteht den Wortlaut des § 6a Abs. 1 Satz 1 EStG in der Weise, dass die Rückstellung gebildet werden kann, soweit die Voraussetzungen der Nummern 1 bis 3 kumulativ erfüllt sind. Die gesetzliche Formulierung "soweit" erstreckt sich allerdings nicht in dem Sinne auf die in der Nummer 3 aufgezählten Einzelmerkmale (Art, Form, Voraussetzungen und Höhe), dass auch diese nur zum Teil erfüllt werden können und eine Rückstellung dann "insoweit" zu bilden ist.

Diese müssen in Gänze erfüllt werden. Genügt eines dieser Einzelmerkmale nicht dem Bestimmtheitsgebot, fehlt eine Voraussetzung für die Rückstellungsbildung, weshalb dann eine Rückstellungsbildung insoweit ausscheidet.

86 Eine weitergehende Auslegung im Sinne der Klägerin würde dem Zweck des später eingefügten Eindeutigkeitsgebotes (vgl. Steueränderungsgesetz 2001 -StÄndG 2001- vom 20.12.2001, BGBl I 2001, 3794; BStBl I 2002, 4) zuwiderlaufen, wonach sich der Inhalt einer Pensionszusage zweifelsfrei feststellen lassen muss (vgl. die Begründung des Gesetzentwurfs zum StÄndG 2001, Drucksache des Bundestages -BT-Drs.- 14/7341, 10) Die Auffassung der Klägerin hätte zur Folge, dass die Rückstellung in jedem Fall unter Berücksichtigung eines Bezugsbeginns mit Vollendung des in einer Pensionszusage festgeschriebenen Regelpensionsalters (hier: das 65. Lebensjahr) gebildet werden könnte. Dieses Ergebnis wird aber dem Sinn und Zweck des Eindeutigkeitsgebots in § 6a Abs. 1 Nr. 3 EStG nicht gerecht. Denn die Frage, zu welchem Zeitpunkt ein Anspruch auf Altersversorgung besteht, soll eindeutig feststehen, auch hinsichtlich eines möglichen früheren Bezugsbeginns. Dieses Ziel wird aber nicht erreicht, wenn - wie im Streitfall - nicht eindeutig geregelt ist, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Versorgungsanspruch bei einem Ausscheiden vor Vollendung des 65. Lebensjahres besteht. Somit ist es nicht möglich, die Frage der Eindeutigkeit der Anspruchsvoraussetzungen in der Weise aufzuspalten, dass eine Rückstellungsbildung "zumindest" unter Berücksichtigung der im Vertrag genannten Regelaltersgrenze von 65. Jahren zulässig ist.

87 Dieses Auslegungsergebnis kann auch nicht dem mit der Einfügung des Satzteils "und soweit" durch das Jahressteuergesetz 1997 verfolgten Ziel des Gesetzgebers widersprechen. Denn angesichts des Umstandes, dass die Einführung dieser Änderung durch die Zweite Beschlussempfehlung des Finanzausschusses vom 05.11.1996 (BT-Drs. 13/5951, Seite 57) ohne weitere Begründung erfolgt ist, lässt sich nicht eindeutig erkennen, welches Ziel der Gesetzgeber verfolgt hat. Denkbar erscheint, dass der Gesetzgeber vor dem Hintergrund des Beschlusses des BFH vom 03.02.1993 (I B 50/92, BFH/NV 1993, 541) tätig geworden ist. Mit dieser Entscheidung hat der BFH die Auffassung vertreten, dass die Anwartschaft einer Person auf Altersversorgung, Invalidenversorgung und Hinterbliebenenversorgung als einheitlicher Anspruch und einheitliches Wirtschaftsgut gilt. Es ist daher denkbar, dass der Gesetzgeber lediglich weiterhin sicherstellen wollte, dass die genannten Versorgungsarten jeweils getrennt voneinander beurteilt werden.

88 Ein weitergehender gesetzgeberischer Wille lässt sich jedenfalls nicht feststellen. Ein Verständnis der gesetzlichen Regelung im Sinne der Klägerin hätte zumindest bei der Unklarheit der Anspruchsvoraussetzungen wie im vorliegenden Fall eine Mindestbegünstigung in dem Sinne zur Folge, dass die Rückstellung in jedem Fall gebildet werden könnte, soweit die Zusage ein Regelpensionsalter beinhaltet, unabhängig von der Eindeutigkeit der Vereinbarung eines möglichen früheren oder späteren Eintrittsalters. Dass eine derart weitreichende Änderung vom Gesetzgeber mit der Einführung des Satzteils "und soweit" gewollt war, ist nicht erkennbar und angesichts des Fehlens jeglicher Begründung für die Einführung auch nicht naheliegend. Zudem widerspräche sie auch der Zielsetzung des zeitlich später eingeführten Eindeutigkeitsgebots, auch wenn diesem nach der Rechtsprechung des BFH lediglich klarstellende Bedeutung zukommt (vgl. statt vieler: BFH, Beschluss vom 10.07.2019 XI R 47/17, BStBl II 2019, 760, Rz. 20 m.w.N.).

89 d) Im Ergebnis hätte die streitige Pensionsrückstellung hinsichtlich der zugesagten Altersrente somit nicht gebildet werden dürfen. Da die Zusage der Hinterbliebenenrente in ihren Voraussetzungen jedoch an die Regelungen für den Bezug der Altersrente anknüpft, genügt auch dieser Teil der Pensionszusage nicht den Anforderungen des § 6a Abs. 1 Nr. 3 EStG, weshalb für diese Risiken keine Rückstellung in der Bilanz der Klägerin hätte gebildet werden dürfen. Die vom Beklagten vorgenommene Auflösung der Pensionsrückstellung ist folglich insoweit nicht zu beanstanden ist. Gleiches gilt für die Rückgängigmachung der Zuführungen in den Jahren 2010 und 2011. Eine Korrektur der Gewinnminderung infolge der Rückstellungskürzung in 2012 ist dem Senat verwehrt (Verböserungsverbot, vgl. nur BFH-Urteil vom 13.06.2012 VI R 92/10, BStBl II 2013, 139, Rz. 20).

90 e) Hinsichtlich der zugesagten Versorgung im Invaliditätsfall bestehen die dargelegten Mängel nicht, weshalb die Beteiligten übereinstimmend davon ausgehen, dass für dieses Risiko eine Rückstellung nach § 6a EStG zu bilden ist. Folglich hat die Klage nach den von der Klägerin unwidersprochen gebliebenen Berechnungen des Beklagten Erfolg, soweit Rückstellungen in Höhe von 84.566 € (2009), 76.080 € (2010), 38.369 € (2011) und 36.670 € (2012) zu berücksichtigen sind. Da der Beklagte die in Höhe von 463.800 € gebildete Rückstellung zum 31.12.2009 jedoch lediglich in Höhe von 238.233 € aufgelöst hat, verbleibt es bei dem - zu hoch ausgewiesenen - (Rest-) Rückstellungsbetrag.

91 Ein Klageerfolg für die Jahre 2010 bis 2012 kommt zudem angesichts der für das Invaliditätsrisiko sinkenden Rückstellungswerte ebenfalls nicht in Betracht und weil auch unter Berücksichtigung des Auflösungsbetrages in 2009 in Höhe von 238.233 € für 2010 bis 2012 ein Rückstellungsbetrag verbleibt, der über den Werten der Rückstellung für das Invaliditätsrisiko liegt.

92 II. Zutreffend hat der Beklagte auch die Auszahlung der Altersrenten vor dem 65. Lebensjahr des Berechtigten als verdeckte Gewinnausschüttungen behandelt.

93 Unter einer verdeckten Gewinnausschüttung i.S. des § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG (für die Gewerbesteuer i.V.m. § 7 Abs. 1 GewStG) ist bei einer Kapitalgesellschaft eine Vermögensminderung (verhinderte Vermögensmehrung) zu verstehen, die durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst ist, sich auf die Höhe des Unterschiedsbetrages gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG auswirkt und in keinem Zusammenhang zu einer offenen Ausschüttung steht (vgl. z.B. BFH-Urteile vom 04.09.2002 I R 48/01, BFH/NV 2003, 347 und vom 22.10.2003 I R 37/02, BStBl II 2004, 121, jeweils m.w.N.). Für den größten Teil der entschiedenen Fälle hat der BFH die Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis angenommen, wenn die Kapitalgesellschaft ihrem Gesellschafter einen Vermögensvorteil zuwendet, den sie bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters einem Nichtgesellschafter nicht gewährt hätte (vgl. BFH-Urteil vom 16.03.1967 I 261/63, BStBl III 1967, 626). Ist der begünstigte Gesellschafter ein beherrschender, so kann eine verdeckte Gewinnausschüttung auch dann anzunehmen sein, wenn die Kapitalgesellschaft eine Leistung an ihn erbringt, für die es an einer klaren, im Voraus getroffenen, zivilrechtlich wirksamen und tatsächlich durchgeführten Vereinbarung fehlt (BFH-Urteile vom 14.03.2006 I R 38/05, BFH/NV 2006, 1515 und vom 17.12.1997 I R 70/97, BStBl II 1998, 545 m.w.N.). Von einer beherrschenden Stellung ist nach der Rechtsprechung des BFH im Regelfall

auszugehen, wenn der Gesellschafter die Mehrheit der Stimmrechte besitzt und er deshalb bei Gesellschafterversammlungen entscheidenden Einfluss ausüben kann. Dies ist im Allgemeinen der Fall, wenn er über mehr als 50 v.H. der Stimmrechte verfügt. Verfügt ein Gesellschafter - wie im Streitfall im Zeitpunkt der Zusage sowie der Erhöhung der Pension - über lediglich 50 v.H. oder weniger der Gesellschaftsanteile, wird er aber dennoch einem beherrschenden Gesellschafter gleichgestellt, wenn er mit anderen gleichgerichtete Interessen verfolgenden Gesellschaftern zusammenwirkt, um eine ihren Gesellschafterinteressen entsprechende Willensbildung der Kapitalgesellschaft herbeizuführen (vgl. BFH-Urteile vom 14.03.2006 I R 38/05, BFH/NV 2006, 1515; vom 09.04.1997 I R 52/96, BFH/NV 1997, 808; vom 13.12.1989 I R 99/87, BStBl II 1990, 454).

94 1. Im Hinblick auf die Zusage der Pensionen waren die beteiligten Gesellschafter als beherrschend im Sinne der BFH-Rechtsprechung anzusehen. Zwar waren im Zusagezeitpunkt die Herren Z und Y nur mit je 50 Prozent beteiligt, weshalb kein Gesellschafter die Klägerin allein beherrschen konnte. Dennoch waren beide hinsichtlich der Zusage der streitigen Pension als beherrschend anzusehen, da sie im Hinblick auf die erteilten Pensionszusagen mit gleichgerichteten Interessen handelten. Die finanzielle Interessenübereinstimmung lag im Streitfall vor, weil sich die Gesellschafter zum gleichen Zeitpunkt entsprechend ihrer gesellschaftsrechtlichen Beteiligungsquote zueinander eine gleich hohe Pension und damit einen gleich großen Vermögensvorteil zugewendet haben (vgl. BFH-Urteil vom 23.10.2013 I R 89/12, BStBl II 2014, 729; Gosch, KStG, 4. Aufl., § 8 Rz. 221f.). Der aus dem unterschiedlichen Alter der Zusageempfänger resultierende Wertunterschied ist schon angesichts seiner Geringfügigkeit für die Beurteilung der Interessengleichheit unerheblich.

95 2. Unter Berücksichtigung dieser Rechtsprechungsgrundsätze war die streitige Pension infolge der Zusage auf das mögliche 60. Lebensjahr hinsichtlich der Altersrenten durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst.

96 Bereits die Vereinbarung des 60. Lebensjahres als Mindestpensionsalter indiziert bei einem als beherrschend anzusehenden Gesellschafter-Geschäftsführer eine gesellschaftsrechtliche Veranlassung der Pensionszusage (FG Düsseldorf, Urteil vom 06.11.2012 6 K 1093/10, EFG 2013, 323; ebenso: FG Niedersachsen, Urteil vom 21.06.1991 VI 706/90, juris; vgl. auch Gosch, KStG, 4. Aufl., § 8 Rz. 1092 m.w.N.). Denn ein ordentlich und gewissenhaft handelnder Geschäftsleiter wird sich für die Zusage einer Altersversorgung an der Regelung für die gesetzliche Sozialversicherungsrente orientieren (offen gelassen von BFH-Urteil vom 23.10.2013 I R 89/12, BStBl II 2014, 729).

97 Im Zusagejahr, d.h. im Streitfall zum Zeitpunkt der für diesen Passus maßgeblichen Änderung mit Vereinbarung vom 01.10.1994, galt für die gesetzliche Sozialversicherungsrente die Regelung, wonach Männer erst mit Erreichen des 65. Lebensjahres Rente beantragen können (vgl. § 35 SGB VI in der am 01.10.1994 geltenden Fassung). In Anbetracht dessen wird ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter das betriebliche Ruhegeld - trotz bestehender Unterschiede zwischen "normalen" Angestellten und Geschäftsführern - jedenfalls nicht für einen früheren Zeitpunkt zusagen. Insoweit indiziert das Unterschreiten des gesetzlichen Mindestalters im Streitfall die Veranlassung im Gesellschaftsverhältnis. Eine Ausnahme davon kann nur dann gelten, wenn besondere betriebliche oder in der Person des Ruhegeldempfängers liegende Gründe eine vorzeitige Pensionierung

erfordern. Solche Gründe oder Umstände, die ausnahmsweise eine gesellschaftsrechtliche Veranlassung der Pensionszusage ausschließen, hat die Klägerin nicht vorgetragen.

98 Gleiches gilt auch, wenn die vertragliche Vereinbarung in dem Sinne auszulegen sein sollte, dass ein Bezug der Altersrente ab Vollendung des 60. Lebensjahres nur dann erfolgen sollte, wenn die zusätzlichen Voraussetzungen des § 36 SGB VI vorliegen. Denn in diesem Fall wären die Zahlungen ohne vertragliche Grundlage und folglich mit Rücksicht auf das bestehende Gesellschaftsverhältnis zu den die Klägerin beherrschenden nahestehenden Gesellschaftern (den Söhnen der Herren Z und Y) erfolgt. Außerdem fehlt es angesichts der bestehenden Auslegungsmöglichkeiten für eine Zahlung ab dem 60. Lebensjahr an einer im Vorhinein getroffenen klaren und eindeutigen Vereinbarung, weshalb angesichts der bestehenden gleichgerichteten Interessen und der damit verbundenen Beherrschung von einer durch das Gesellschaftsverhältnis veranlassten Vereinbarung auszugehen ist.

99 Die streitige Pensionszusage war damit, jedenfalls soweit sie einen Bezug der Altersrente vor Vollendung des 65. Lebensjahres ermöglicht, dem Grunde nach gesellschaftsrechtlich veranlasst, weshalb die in den Streitjahren von der Klägerin gezahlten Altersrenten verdeckte Gewinnausschüttungen darstellen.

100 3. Zudem waren die streitigen Pensionszusagen auch deshalb dem Grunde nach durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst, weil sie erstmalig am 01.11.1985 und damit bereits vor Ablauf eines Jahres nach Bestellung der Begünstigten zu Geschäftsführern am 01.01.1985 erteilt worden sind. Selbst unter Berücksichtigung der Gründung der Klägerin am 30.10.1984 betrug die Probezeit lediglich ein Jahr, weshalb - gerade auch im Hinblick auf das damalige Alter der Begünstigten von 34 bzw. 32 Jahren - eine Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis anzunehmen ist (vgl. dazu Gosch, KStG, 4. Aufl., § 8 Rz. 1080f. m.w.N.). Gesichtspunkte, die eine Ausnahme vom Erfordernis einer angemessenen Probezeit oder eine Probezeit von lediglich rund einem Jahr rechtfertigen könnten, hat die Klägerin nicht dargelegt. Die späteren Änderungen der ursprünglichen Pensionszusagen konnten diesen Mangel nicht heilen (vgl. BFH-Urteil vom 28.04.2010 I R 78/08, BStBl II 2013, 41; Gosch, KStG, 4. Aufl., § 8 Rz. 1136).

101 4. Der Senat braucht nicht zu entscheiden, ob die Auszahlung der Pensionen im Streitfall infolge eines weiteren Umstandes als durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst anzusehen ist.

102 Die Pensionsberechtigten waren als Gesellschafter der Gebr. … GmbH & Co KG (KG) für die Klägerin als Berater tätig. Die für die Beratung der KG mit Wirkung vom 01.02.2011 auf netto 4.400 € und ab dem 01.10.2012 auf netto 2.400 € herabgesetzte Beratervergütung ist nicht - anteilig - mit der gezahlten Pension von monatlich 2099,09 € verrechnet worden. Nach der Rechtsprechung des BFH hätte ein ordentlich und gewissenhaft handelnder Geschäftsleiter jedoch zumindest verlangt, das Einkommen aus einer fortbestehenden Tätigkeit als Geschäftsführer auf die Versorgungsleistung anzurechnen (vgl. BFH-Urteil vom 05.03.2008 I R 12/07, BStBl II 2015, 409, Rz. 16). Nichts anderes kann nach Auffassung des Senats aber gelten, wenn statt einer fortgeführten Geschäftsführertätigkeit eine Beratertätigkeit ausgeübt wird. Dieses gilt ungeachtet der unterschiedlichen Aufgabenbilder beider Tätigkeiten jedenfalls dann, wenn, wie im Streitfall, eine vorgezogene Altersrente bezogen wird und die Beratertätigkeit "alle betrieblichen

Bereiche" (vgl. § 2 des Beratervertrages vom 11.01.2010) betrifft (vgl. auch FG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 06.09.2016 6 K 6168/13, juris; anders möglicherweise BFH-Urteil vom 23.10.2013 I R 60/12, BStBl II 2015, 413, Rz. 13).

103 Da die Zahlungen der Pension jedoch bereits aus anderen Gründen als durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst anzusehen ist, braucht der Senat nicht aufzuklären, in welchem Verhältnis die beiden Gesellschafter der KG am Gewinn der KG beteiligt sind.

104 5. Der Senat braucht auch nicht zu entscheiden, ob die Voraussetzungen für einen Bezug der Altersrenten überhaupt vorlagen. Dieses könnte vor dem Hintergrund problematisch sein, dass die Versorgungszusagen ein "Ausscheiden aus der Firma" fordern, was angesichts der geschlossenen Beraterverträge jedenfalls nicht unproblematisch erscheint (vgl. auch BFH-Urteil vom 17.06.2020 I R 56/17, BFH/NV 2021, 547 Rz. 9).

105 III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 135 Abs. 1 Finanzgerichtsordnung -FGO-.

106 Die Revision war schon im Hinblick auf die ungeklärte Reichweite des Tatbestandsmerkmals "und soweit" in § 6a Abs. 1 EStG wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache zuzulassen (§ 115 Abs. 2 Nr. 1 FGO).

Zitiervorschlag:
FG Düsseldorf Urt. v. 9.6.2021 – 7 K 3034/15 K,G,F, BeckRS 2021, 20443

BeckRS 2021, 32317

OVG Weimar (4. Senat), Urteil vom 25.03.2021 – 4 KO 395/19

Titel:
Hochschulwahl, Wahlordnung, Online-Wahl, Wahlgrundsätze, frei, geheim, öffentlich, Einschränkung, Wesentlichkeitsgrundsatz, Vertrauensniveau

Normenketten:
GG Art. 38
GG Art. 5 Abs. 3
ThürVerf Art. 28
ThürHG § 22
VwGO § 43

Amtliche Leitsätze:

1. Zur Einführung von elektronischen Hochschulwahlen bedarf es keiner ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung. Eine aufgrund § 22 Abs. 7 ThürHG a.F. (juris: HSchulG TH) erlassene Satzung (Wahlordnung) ist ausreichend (Fortf. Senatsrspr. vgl. Senatsurteil v. 23. Mai 2015 - 4 N 124/15 - juris).
2. Die sich durch die Online-Durchführung ergebenden Beschränkungen der Grundsätze der freien, geheimen und öffentlichen Wahl können u. a. gerechtfertigt sein, um einem anderen Wahlgrundsatz stärkere Geltung zu verschaffen, Kosten einzusparen und die Wahlbeteiligung erhöhen. Eine Beschränkung von Wahlgrundsätzen rechtfertigenden Interessen können auch in einer Gesamtschau rechtfertigend sein.
3. Der Satzungsgeber selbst hat jedoch innerhalb der Abwägung der widerstreitenden Interessen seine Verpflichtung, die Einschränkungen von Wahlgrundsätzen auf ein Mindestmaß zu reduzieren und zugleich einen maximalen Schutz des Wesensgehalts der Wahlrechte sicherzustellen, zu berücksichtigen.

4. Die mit der Einführung elektronischer Wahlen verbundenen Gefahren hinsichtlich einzelner Wahlgrundsätze erfordern die Regelung von Mindestanforderungen an das Wahlsystem in der Wahlordnung. Diese umfassen auch die Notwendigkeit, das Authentifizierungsverfahren, die Heranziehung von Mitarbeitern der das Online-Wahlsystem bereit stellenden Firma und der Versicherung der persönlichen (oder ggf. mittels einer Hilfsperson erfolgenden) Stimmabgabe zu regeln.

Orientierungssatz:

rechtliche Anforderungen an hochschulrechtliche Satzungen zur Einführung von Online-Wahlen

Rechtsgebiete:

Sonstiges besonderes Verwaltungsrecht, Verwaltungsverfahren und -prozess

Schlagworte:

Hochschulwahl, Wahlordnung, Online-Wahl, Wahlgrundsätze, frei, geheim, öffentlich, Einschränkung, Wesentlichkeitsgrundsatz, Vertrauensniveau, Elektronische Hochschulwahl, Neuregelung, Wahlordnung, Ermächtigungsgrundlage, Rechtfertigung, Einschränkung, Wahlgrundsätze, Reduzierung, Mindestanforderungen, Wahlsystem

vorgehend:

VG Gera, Urteil vom 23.11.2016 - 2 K 693/14 Ge (nicht rechtskräftig)

Fundstellen:

DÖV 2022, 86 (Ls.)
LKV 2021, 576 (Ls.)
LSK 2021, 32317
ThürVBl 2022, 204

ECLI:

ECLI:DE:OVGTH:2021:0325.4KO395.19.0A

Rechtskraft:

rechtskräftig

Tenor:

Unter Abänderung des Urteils des Verwaltungsgerichts Gera vom 23. November 2016 - 2 K 693/14 Ge - wird festgestellt, dass die Wahlen für die studentischen Vertreter im Senat und für den Fakultätsrat für Sozial- und Verhaltenswissenschaften der Beklagten im Sommersemester 2014 ungültig waren.
Die Beklagte hat die Kosten in beiden Rechtszügen zu tragen.
Das Urteil ist wegen der Kosten gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% der zu vollstreckenden Kosten vorläufig vollstreckbar.
Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

1 Der Kläger wendet sich gegen die im Jahr 2014 online an der beklagten Universität durchgeführte Wahl der Vertreter der Studierenden für den Senat und den Fakultätsrat der Fakultät für Geistes-, Sozial- und Verhaltenswissenschaften (GKS/B), deren Amtszeit nach § 23 Abs. 1 2. HS des Thüringer Hochschulgesetzes (ThürHG) vom 21. Dezember 2006 i. d. F. der Änderung durch Art. 16 des Gesetzes vom 21. Dezember 2011, gültig bis 31. August 2016, (ThürHG a. F.) ein Jahr

betrug. Er gehörte im Zeitpunkt der Wahl der Fakultät für Geistes-, Sozial- und Verhaltenswissenschaften an und ist auch derzeit noch an der Beklagten als Studierender von Fachrichtungen dieser Fakultät eingeschrieben.

2 Die Wahl wurde auf der Grundlage der Wahlordnung der beklagten Universität vom 12. März 2008 (Verkündungsblatt der Beklagten Nr. 3/2008, S. 26; fortan: Wahlordnung - WahlO) i. d. F. der 8. Änderung vom 22. Januar 2014 (Verkündungsblatt v. 28. Februar 2014 Nr. 1 /2014) online mit der Software der F. P. GmbH durchgeführt, und zwar nach Angaben der Beklagten im Berufungsverfahren mit der Version 2.1.1. In seiner Sitzung am 11. Februar 2014 stimmte der Senat der Aufteilung der Wahlbereiche nach Anlage 2 zu und legte die Wahlzeiten für die elektronische Wahl vom 17. bis 26. Juni 2014 und für die Briefwahl/Urnenwahl vom 25. bis 26. Juni 2014 fest. Ausweislich des Protokolls vom 28. Februar 2014 bestimmte der Wahlleiter in der 1. Sitzung des Wahlvorstandes im Einvernehmen mit dem Wahlvorstand unter TOP 1, die Hochschulwahl Sommersemester 2014 als internetbasierte Online-Wahl mit Anmeldung per PIN/TAN, versandt per Brief und E-Mail, mit der Möglichkeit der Stimmabgabe auch per Brief durchzuführen. Unter TOP 8 und 9 wurde auf die durch Fakultätenmeldung und Senatsbeschluss vom 11. Februar 2014 getroffenen Festlegungen zu den Wahlbereichen und der Sitzverteilung verwiesen und die vorgenannten Wahlzeiten bestätigt. Die öffentliche Wahlbekanntmachung erfolgte am 7. April 2014. Die Auszählung der Online-Wahl sowie die Öffnung und Auszählung der Wahlbriefe seien öffentlich und fänden am 26. Juni 2014 ab 14.00 Uhr im Wahlamt statt. Die Wahlergebnisse wurden sodann am 27. Juni 2014 bekanntgemacht (vgl. Wahlergebnisse Beiakte - BA - 1, 6 ff, GA 13).

3 Unter dem 30. Juni 2014 beantragte der Kläger die Einleitung eines Wahlprüfungsverfahrens für die strittigen Wahlen. Er rügte, dass § 22 ThürHG keine ausreichende Rechtsgrundlage für die Durchführung der Wahlen als Online-Wahlen vorsehe, weil der Wesentlichkeitsgrundsatz und das Bestimmtheitsgebot verlangten, dass die grundlegenden Entscheidungen der Gesetzgeber regele. Eine satzungsrechtliche Ermächtigung genüge diesen Anforderungen nicht. Die Wahlordnung regele auch weder das Wahlverfahren noch technische Details desselben, ebenso wenig wie Bestimmungen über die Sicherheit des Wahlvorgangs oder über die erforderliche öffentliche Stimmenauszählung. Bei der Wahl zum Senat sei zudem das Gebot der Neutralität der Gremien verletzt worden, weil entgegen § 20 Abs. 5 Satz 2 WahlO eine Liste mit dem Kennwort „OFL - offene Fachschaftenliste" zugelassen worden sei. Ferner sei im Vorfeld der Wahl von mindestens einer Fachschaft („Wirtschaftswissenschaften") eine Wahlempfehlung auf einer elektronischen Wahlplattform ausgesprochen worden, was ebenfalls das Gebot der Neutralitätspflicht verletzt habe. Zudem sei eine Wahlwerbung in dem Glaskasten am C. A. Platz hinterlegt worden. Daraus ergebe sich, dass sich ein Einfluss auf die Sitz- und Stimmenverteilung sowohl im Senat als auch im Fakultätsrat nicht ausschließen lasse. Weiterer Vortrag bleibe vorbehalten.

4 Durch am 16. Juli 2014 per PZU zugestelltes Schreiben vom 15. Juli 2014 wies der Wahlprüfungsausschuss der Beklagten den Antrag des Klägers zurück. Zur Begründung führte er u. a. aus, es sei verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass die strittigen Gremienwahlen online durchgeführt worden seien. Die Wahlordnung, bezüglich derer der Ausschuss keine Verwerfungskompetenz habe, wahre die Wahlgrundsätze. Kausale Verfahrensfehler, insbesondere durch

unzulässige Wahlwerbung, hätten nicht festgestellt werden können. Diesem Schreiben war eine Rechtsmittelbelehrungbeigefügt, in der darauf hingewiesen wurde, dass innerhalb eines Monats nach Zustellung Klage zum Verwaltungsgericht Gera erhoben werden könne.

5 Am 18. August 2014 hat der Kläger Klage beim Verwaltungsgericht Gera erhoben mit dem Antrag auf Verpflichtung der Beklagten, die Wahlen für die studentischen Vertreter im Senat und für den Fakultätsrat der Fakultät für Sozial- und Verhaltenswissenschaften für ungültig zu erklären. Nach Beendigung der Wahlperiode der für das Sommersemester 2014 gewählten Kandidaten hat der Kläger in der mündlichen Verhandlung vom 6. April 2016 seine Klage auf eine Fortsetzungsfeststellungsklage bzw. hilfsweise auf eine Feststellungsklage umgestellt. Die zulässige Klage sei auch begründet, er beziehe sich auf sein Wahlanfechtungsschreiben. Der Grundsatz der Öffentlichkeit der Wahl sei durch die Durchführung als internetbasierte online Wahl verletzt. Zudem würden die Wahlunterlagen in elektronischer Form versandt. Es sei nicht einmal sicher, dass alle Wahlberechtigten die Wahlunterlagen erhielten.

6 Der Kläger hat im erstinstanzlichen Verfahren zuletzt beantragt,
festzustellen, dass der Wahlprüfungsausschuss der F.-Sch.-Universität J. verpflichtet war, die Wahlen 2014 für die studentischen Vertreter im Senat und für den Fakultätsrat der Fakultät für Sozial- und Verhaltenswissenschaften für ungültig zu erklären,
hilfsweise,
festzustellen, dass die Zurückweisung der Wahlanfechtung durch den Wahlprüfungsausschuss vom 15. Juli 2014 hinsichtlich der Wahlen 2014 für die studentischen Vertreter im Senat und für den Fakultätsrat der Fakultät für Sozial- und Verhaltenswissenschaften rechtswidrig war,
weiter hilfsweise,
festzustellen, dass die Wahlen 2014 für die studentischen Vertreter im Senat und für den Fakultätsrat der Fakultät für Sozial- und Verhaltenswissenschaften ungültig waren,
äußerst hilfsweise,
festzustellen, dass die Wahlen 2014 für die studentischen Vertreter im Senat und für den Fakultätsrat der Fakultät für Sozial- und Verhaltenswissenschaften nicht als Online-Wahlen durchgeführt werden konnten.

7 Die Beklagte beantragte,
die Klage abzuweisen.

8 Die Klage sei unzulässig, soweit das Rechtsschutzbedürfnis fehle. Im Sommersemester 2014 seien für den Fakultätsrat der Geistes-, Sozial- und Verhaltenswissenschaften alle kandidierenden Studierenden gewählt worden, weil es nur so viele Kandidaten gegeben habe, wie Plätze zur Verfügung gestanden hätten. Im Übrigen führte die Beklagte unter Verweis auf die Begründung des angegriffenen Bescheides ergänzend aus: Die Durchführung der Wahl als Online-Wahl sei zulässig gewesen, weil § 22 Abs. 7 ThürHG nicht grundsätzlich die Einführung einer Online-Wahl verbiete. Sie habe die Wahlordnung durch die 7. und 8. Änderung der Rechtsprechung des Thüringer Oberverwaltungsgerichts (Urteil vom 30. Mai 2013 - 1 N 240/12 -) angepasst. Auf die Zertifizierung der Wahlsoftware durch das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI) werde verwiesen.

9 Durch Urteil vom 23. November 2016 - 2 K 693/14 Ge - hat das Verwaltungsgericht die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt: Soweit der Kläger rüge, bestimmte Wahlempfehlungen und bestimmte Bezeichnungen im Wahlverfahren („OFL") hätten gegen das Gebot der Neutralitätspflicht verstoßen, könne er damit nicht gehört werden, weil die behaupteten Fehler mit Ablauf der Wahlperiode, Sommersemester 2014, jedenfalls erledigt seien und keine Auswirkungen mehr haben könnten. Soweit die Klage als Fortsetzungsfeststellungsklage im Hinblick auf die Rechtswidrigkeit der Durchführung der Gremienwahlen als Online-Wahlen fortgeführt werde, bestehe zwar eine Wiederholungsgefahr. Die Klage sei aber im Hauptantrag unbegründet. Die Einführung einer elektronischen Wahl durch eine untergesetzliche Norm verstoße nicht gegen höherrangiges Recht. Entgegen dem Wahlprüfungsausschuss komme zwar dem Verwaltungsgericht die Kompetenz zu, die - erstmals durch die 6. Änderung der Wahlordnung vom 7. Dezember 2011 (Verkündungsblatt 1/2012, 2) eingeführten und sodann durch die 7. Änderung ersetzten und die 8. Änderung geänderten - Regelungen der §§ 25a ff. WahlO zu überprüfen. Die Satzungsautonomie der Hochschule und die Bedeutung der Hochschulwahlen ließen jedoch Einschränkungen der Wahlrechtsgrundsätze zu. Auch § 22 Abs. 6 ThürHG, der den Druck von Stimmzetteln regele und ersichtlich von Wahlen auf klassischen Stimmzetteln ausgehe, stehe der Einführung einer elektronischen Wahl nicht entgegen. Da alle studentischen Kandidaten gewählt worden seien, die zur Wahl gestanden hätten, sei es ausgeschlossen, dass ein Wahlrechtsverstoß die Sitzverteilung habe beeinflussen können. Die Hilfsanträge seien unzulässig. Soweit der Kläger die Prüfung von Satzungsrecht nicht nur inzident anstrebe, sondern diese zum alleinigen Streitgegenstand erhebe, sei diese Prüfung dem Normenkontrollverfahren nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO vorbehalten.

10 Auf Antrag des Klägers hat der Senat durch Beschluss vom 28. Mai 2019 die Berufung zugelassen. Der Kläger hat seine Berufung fristgerecht wie folgt begründet:

11 Die Feststellungs- bzw. Fortsetzungsfeststellungsklage sei zulässig. Die erforderliche gesetzliche Regelung zur Durchführung einer Online-Wahl liege nicht vor. Es könne auch nicht davon ausgegangen werden, dass eine Hochschulwahl geringeren Anforderungen an den Gesetzesvorbehalt unterliege. Der Gesetzgeber müsse die Wahlrechtsgrundsätze unter Beachtung der Vorgaben des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG konkretisieren. Dem Erfordernis einer gesetzgeberischen Regelung stehe die Satzungsautonomie der Beklagten (abgeleitet aus der Wissenschaftsfreiheit des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG) nicht entgegen. Vielmehr sei aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 28. März 1984 - 2 BvL 3/82 - u. a., zu schließen, dass eine satzungsrechtliche Regelung nicht möglich sei, weil der Gesetzgeber bereits eine Regelung getroffen habe. Daher könnten Entscheidungen zum Wahlrecht nicht den Universitäten vorbehalten sein. Der Gesetzgeber selbst habe die kollidierenden Rechte der Grundrechtsträger durch Vorgaben zum Wahlverfahren auszugleichen. Die Vorschrift des § 22 Abs. 6 ThürHG a. F. sperre die Durchführung einer Wahl als Online-Wahl. Der Landesgesetzgeber habe ausschließlich die Papierwahl gewollt. Aus der Entstehungsgeschichte folge nichts anderes. Auch der Wortlaut spreche für das traditionelle Verständnis. Das Wesentlichkeitsprinzip verlange gesetzliche Regelungen zur online Wahl mittels Wahlgeräten (Art. 28 Abs. 4 ThürVerf, Art. 38 Abs. 3 GG). Selbst wenn man von

einer Ermächtigung zum Erlass einer Wahlordnung ausginge, so habe der Gesetzgeber entgegen seiner Verpflichtung gerade Wesentliches nicht geregelt.

12 Die Durchführung einer Wahl als Online-Wahl widerspräche dem -auch für Hochschulwahlen geltenden und aus Art. 20 Abs. 1 und 2 GG sowie Art. 44 Abs. 1, 45, 46 Abs. 1 Thüringer Verfassung herzuleitenden - Grundsatz der Öffentlichkeit der Wahl und anderen Wahlgrundsätzen. Aus dem Grundsatz der Öffentlichkeit der Wahl folge, dass insbesondere die Wahlhandlung und die Ermittlung des Wahlergebnisses kontrollierbar sein müssten. Wesentliche Schritte der Wahlhandlung und der Ergebnismitteilung seien bei einer Online-Wahl aber nicht nachvollziehbar. Das Erfordernis der Überprüfbarkeit sei nicht gewahrt, weil die Wählerstimmen einzig und allein auf elektronischen Speichern abgelegt seien und es nur einen zusammenfassenden Papierausdruck gebe. Die Stimmenerfassung sei nicht kontrollierbar, weil die körperlichen Stimmen nicht reproduziert werden könnten. Der Wahlvorstand könne die Stimmen nicht selbst auszählen, sondern sei auf das Ergebnis eines Dritten angewiesen. Damit scheide auch eine öffentliche Auszählung aus. Die Stimmen könnten auch nicht individuell ausgedruckt werden. Auswirkungen eines Verstoßes könnten daher nicht festgestellt werden. Es bleibe zudem offen, wer die Auszählung realisiere.

13 Die Wahlordnung treffe nicht die wesentlichen Entscheidungen. Das Thüringer Oberverwaltungsgericht habe in seinem Urteil vom 30. Mai 2013 aber vorgeschrieben, dass das System durch Satzung festgelegt werden müsse. Die Beklagte, weder der Wahlvorstand noch die Wahlleitung, hätten sich mit dem Angriffspotenzial und dem erforderlichen Schutzniveau bei Gremienwahlen befasst. Dem „Common Criteria Schutzprofil für Basissatz von Sicherheitsanforderungen an Online Wahlprodukte (BSI-CCPP-0037) des Bundesamtes für Sicherheit in der Informationstechnik - BSI -„liege zugrunde, dass für Gremienwahlen im Verhältnis zu Betriebsratswahlen ein geringeres Schutzniveau ausreichend sei. Dies sei nicht nachvollziehbar. In der Wahlordnung werde keine Aussage dazu getroffen, ob die Anforderungen des BSI für Gremienwahlen ausreichend seien. Ferner bleibe in § 26 Abs. 7 WahlO offen, wie der Auszählungsprozess öffentlich zu machen sei, wer die Wahl starte und beende. § 25 b Satz 2 verweise nur auf § 8 Abs. 1 Nrn. 1 und 2 WahlO. Es bleibe unklar, ob der Wahlvorstand durch zwei Personen handele oder der Wahlvorstand mit dem Kanzler oder nur der Kanzler mit einem Verwaltungsmitarbeiter. Die Stellung des Softwareanbieters sei in diesem Zusammenhang nicht geregelt. § 25 e Abs. 2 WahlO gewährleiste nicht, dass Wahldaten und Wählerverzeichnis noch auf einem Server der Universität lägen. Diese Norm biete auch keine Grundlage für eine Weitergabe der Daten an Dritte. Zudem regele die Wahlordnung nicht die Berechtigungen des Zugriffs auf den Server. § 25 e WahlO beschränke den Personenkreis nicht und regele auch nicht die Autorisierung für einen Zugriff. Es sei auch nicht geregelt, wer dem Server mitteile, dass Briefwahlunterlagen ausgehändigt worden seien. Falls das Wahlamt dies vornehme, sei dies bedenklich, weil das Wahlamt kein Wahlorgan sei.

14 Das eingesetzte Wahlsystem entspreche auch nicht den Wahlgrundsätzen und § 25 e WahlO. Bei den Wahlen 2014 sei das eingesetzte Wahlsystem noch nicht zertifiziert gewesen. Bildschirme seien offen einsehbar, und es könne technisch nicht ausgeschlossen werden, dass entgegen § 25 a Abs. 3 Satz 4 WahlO ein Bildschirmausdruck erfolge. Auch müsse die IP-Adresse erfasst werden, was § 25 a Abs. 3 Satz 6 WahlO eigentlich ausschließe. Wenn der Server nach Eingabe der

Daten abfrage, ob schon gewählt worden sei, müsse er die IP-Adresse für seine Antwort nutzen. Es sei nicht ersichtlich, wie gewährleistet sei, dass bei Störung der Datenverbindungen kein Verlust von Stimmen eintrete.

15 Die Möglichkeit der Beeinflussung der Wahl durch Wahlverstöße reiche aus. Es seien zudem nicht sämtliche Bewerber für den Senat und den Fakultätsrat gewählt worden. Im Übrigen werde der Vortrag zur Unzulässigkeit der Verwendung des Kennwortes offene Fachschaftsliste sowie zu der unzulässigen Wahlwerbung aufrechterhalten. Auf den Vortrag in den gemeinsam verhandelten Klageverfahren werde verwiesen.

16 Nachdem der Kläger zunächst beantragt hat,

1. das Urteil des Verwaltungsgerichts Gera vom 23. November 2016 - 2 K 693/14 Ge - abzuändern,

2. festzustellen, dass die Wahlen 2014 für die studentischen Vertreter im Senat und für den Fakultätsrat der Fakultät für Sozial- und Verhaltenswissenschaften nicht als Online-Wahlen durchgeführt werden konnten

3. festzustellen, dass die Wahlen 2014 für die studentischen Vertreter im Senat, für den vorgenannten Fakultätsrat zu wiederholen waren,

hilfsweise,

festzustellen, dass der Wahlprüfungsausschuss der F.-Sch.-Universität J. verpflichtet war, die Wahlen 2014 für die studentischen Vertreter im Senat und für den vorgenannten Fakultätsrat für ungültig zu erklären;

hilfsweise,

festzustellen, dass die Zurückweisung der Wahlanfechtung durch den Wahlprüfungsausschuss vom 15. Juli 2014 hinsichtlich der Wahlen 2014 für die studentischen Vertreter im Senat und für den vorgenannten Fakultätsrat rechtswidrig war;

hilfsweise,

festzustellen, dass die Wahlen 2014 für die studentischen Vertreter im Senat und für den vorgenannten Fakultätsrat ungültig waren;

hilfsweise,

festzustellen, dass die Wahlen 2014 für die studentischen Vertreter im Senat und für den vorgenannten Fakultätsrat nicht als Online-Wahlen durchgeführt werden konnten, beantragt er nunmehr, unter Abänderung des Urteils des Verwaltungsgerichts Gera vom 23. November 2016 die Ungültigkeit der Wahlen für die studentischen Vertreter im Senat und für den Fakultätsrat für Sozial- und Verhaltenswissenschaften der Beklagten im Sommersemester 2014 festzustellen,

hilfsweise, unter Abänderung des Urteils des Verwaltungsgerichts Gera vom 23. November 2016 festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet gewesen wäre, die Wiederholung der Wahlen für die studentischen Vertreter im Senat und für den Fakultätsrat für Sozial- und Verhaltenswissenschaften der Beklagten im Sommersemester 2014 anzuordnen.

17 Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

18 Die Ermächtigungsnorm des § 22 Abs. 7 ThürHG a. F. umfasse auch das elektronische Wahlverfahren. Der Wesentlichkeitsgrundsatz beziehe sich auf die für die Hochschulen maßgeblichen und zu beachtenden Wahlrechtsgrundsätze. Dass Wahlen nicht elektronisch durchgeführt werden dürften, folge daraus nicht. Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus dem damaligen, nach der Wahl aufgehobenen §

22 Abs. 6 ThürHG a. F.. Selbst wenn der Landesgesetzgeber bei Erlass des Hochschulgesetzes eine elektronische Wahl nicht vor Augen gehabt habe, würden technische Neuerungen, solange dieser Grundsatz beachtet werde, hierdurch nicht ausgeschlossen. Der Landesgesetzgeber habe bei der Neuregelung des Thüringer Hochschulgesetzes ausweislich seiner Gesetzesbegründung sogar ausdrücklich darauf verwiesen, dass nach Maßgabe der Grundordnung die Durchführung von Wahlen auch elektronisch möglich seien (ThürLT-Drs. 6/4467, S. 163), um den Gesetzestext allgemeiner an die Anforderungen möglicher elektronischer Wahlen anzupassen.

19 Die Wahl sei auf der Grundlage einer wirksamen Wahlordnung und wirksamer Beschlüsse des Wahlvorstandes ordnungsgemäß online durchgeführt worden.

20 Mit der nach der Wahlordnung vorgesehenen Möglichkeit zur Überprüfung des Wahlergebnisses werde dem Grundsatz der Öffentlichkeit der Wahl ausreichend genüge getan. Zwar gelte der Grundsatz der Öffentlichkeit der Wahl auch für Hochschulen, er sei im Vergleich zu Parlamentswahlen jedoch einschränkbar. Neben fiskalischen Aspekten der Kosteneinsparung und einer schon weitgehenden Durchdringung des studentischen Alltags mit elektronischen Systemen rechtfertige auch eine Erhöhung der Wahlbeteiligung die elektronische Durchführung der Wahl. Wenn in der Vergangenheit die Wahlbeteiligung für Gremien lediglich im Bereich von 10-15% gelegen habe, sei bei der zuletzt durchgeführten Wahl eine studentische Wahlbeteiligung von ca. 21% und im Jahr 2019 mit bis zu 25% zu verzeichnen gewesen.

21 Das eingesetzte Wahlsystem sei im Januar 2016 vom BSI zertifiziert worden. Selbst wenn das Zertifikat als solches zum Zeitpunkt der Entscheidung über die Form der Wahl 2014 noch nicht vorgelegen habe, sei die technische Geeignetheit spätestens mit der Erteilung des Zertifikats bestätigt. Mithin entspreche das verwandte System den Anforderungen der Wahlordnung. Da sich das System entsprechend den technischen Standards weiterentwickle, könnten sich einzelne Versionen unterscheiden. Nach dem Zertifizierungsreport seien Anpassungen möglich und Abweichungen bezüglich der Authentifizierung ausdrücklich gestattet. Mit den vorhandenen technischen Möglichkeiten der Version 2.1.1 habe die eingesetzte Wahlsoftware auch den Mindestmaßstab zur Einhaltung des Grundsatzes der Öffentlichkeit der Wahl gewährleistet. Der Wähler verfüge über hinreichende Kontrollmöglichkeiten, die systemimmanent computerbasierte Auszählung zu überprüfen. Dass eine Kontrolle vorliegend nicht möglich gewesen sei, habe der Kläger weder behauptet noch substantiiert begründet. Die einzelnen Rügen gegen die Durchführung der Gremienwahlen als internetbasierte online Wahlen griffen nicht durch. Die Verstöße gegen das Neutralitätsgebot durch die Verwendung des Kennwortes offene Fachschaftsliste und eine unzulässige Wahlwerbung lägen nicht vor.

22 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird verwiesen auf die Gerichtsakten dieses Verfahrens (3 Bände) und die in diesem Verfahren beigezogenen Verwaltungsakten (3 Hefter) sowie die jeweiligen Gerichtsakten und beigezogenen Verwaltungsakten der Verfahren 4 KO 395/18, 4 KO 396/19 und 4 KO 538/18. Diese waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung.

Entscheidungsgründe:

23 Die zulässige Berufung hat Erfolg. Das klageabweisende Urteil des Verwaltungsgerichts ist abzuändern, weil die Klage im Hauptantrag zulässig (I.)

und begründet ist (II.).

24 Vorab ist festzuhalten, dass es sich bei der Umstellung der Klageanträge nicht um eine Klageänderung im Sinne des § 125 Abs. 1 Satz 1 VwGO i.V. m. § 91 Abs. 1 VwGO, sondern um eine Berichtigung im Sinne des § 173 VwGO i.V. m. § 264 Abs. 1 Nr. 1 ZPO handelt. Der Senat hat die Beteiligten darauf hingewiesen, dass die sich auf die Gültigkeit der Wahlordnung beziehenden Einwände nicht im Rahmen des Wahlprüfungsverfahrens (§ 28 WahlO) und demzufolge auch nicht innerhalb der sich daran anschließenden Klage, sondern in einer gesonderten Feststellungsklage zu prüfen sind. Gegenstand des in § 28 WahlO geregelten Wahlprüfungsverfahrens ist insbesondere die Prüfung, ob Fehler bei der auf Grundlage der WahlO durchgeführten Wahl feststellbar sind. Insoweit weist die Beklagte zutreffend darauf hin, dass eine Überprüfung der Gültigkeit von Wahlvorschriften, etwa hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht, durch den nach Maßgabe des § 12 WahlO gebildeten Wahlprüfungsausschusses im Wahlprüfungsverfahren nicht stattfindet, weil dem Wahlprüfungsausschuss keine Normverwerfungskompetenz zukommt (vgl. OVG Hamburg, Urteil vom 13. Juni 2006 - 3 Bf 294/03 -, juris Rdnr. 81 ff.). Vielmehr ist die vom Senat der Beklagten nach § 33 Abs. 1 Nr. 1 ThürHG a. F. (als Satzung) beschlossene Wahlordnung die Grundlage und der Rahmen für das Handeln des Wahlprüfungsausschusses. Daraus ergibt sich die Notwendigkeit, auf die Ungültigkeit der Wahlordnung gestützte Angriffe gegen die Gültigkeit einer Hochschulwahl mittels einer gesonderten Klage neben dem Wahlprüfungs- bzw. Wahlanfechtungsverfahren geltend zu machen. Da bereits bei (gerichtlich inzident) festgestellter Unwirksamkeit der Wahlordnung die Ungültigkeit der Wahl (mangels hinreichender Rechtsgrundlage) feststeht, kommt es in einem solchen Fall nicht mehr darauf an, ob daneben auch Verstöße gegen die Wahlordnung bei Durchführung der Wahlen feststellbar sind. Aus diesem Grund stehen die gesonderte Klage, die auf die Unwirksamkeit der Wahlordnung gestützt ist, und die sich an das Wahlprüfungsverfahren anschließende Klage in einem Eventual-, also im Verhältnis von Haupt- und Hilfsantrag zueinander, wie sie der Kläger in der mündlichen Verhandlung auch gestellt hat.

25 Zur Klarstellung ist auch darauf hinzuweisen, dass die sich an das Wahlprüfungsverfahren anschließende Klage zunächst als Verpflichtungsklage und seit Ablauf der Wahlperiode als Fortsetzungsfeststellungsklage (§ 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO analog) statthaft war. Bei dem Schreiben des Wahlprüfungsausschusses vom 15. Juli 2014 handelt es sich um einen Bescheid, mit dem die begehrte Anordnung der Wiederholungswahl abgelehnt wird. Dies ergibt sich im Wesentlichen daraus, dass die Beklagte das Wahlprüfungsverfahren zulässigerweise als - sich im Rahmen der höherrangigen Bestimmungen des Thüringer Verwaltungsverfahrensgesetzes haltendes - Antragsund damit Verwaltungsverfahren ausgestaltet hat.

26 Insofern ist jedoch auch festzuhalten, dass der Antrag trotz der Formulierung des § 28 Abs. 1 Satz 1 WahlO, wonach dem Wortlaut nach „die Einleitung eines Wahlprüfungsverfahrens" beantragt werden kann, so ausgelegt werden muss, dass die Anordnung einer Wiederholungswahl beantragt wird. Allein die Stellung eines Antrags i.S.d. § 28 Abs. 1 Satz 1 WahlO führt nach § 22 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ThürVwVfG auf einen verfahrensrechtlichen Anspruch auf Einleitung und Durchführung eines Wahlprüfungsverfahrens, das die Prüfung zum Gegenstand hat, ob die (fristgerecht) geltend gemachten Wahlrechtsverstöße vorliegen und ob sie das Wahlergebnis beeinflusst haben (§ 28 Abs. 3 Satz 1 WahlO). Kommt der

Wahlprüfungsausschuss nach Durchführung des Wahlprüfungsverfahrens - wie im vorliegenden Fall - zu dem Ergebnis, dass keine (kausalen) Wahlrechtsverstöße vorliegen, lehnt er in der Sache die (eigentlich begehrte) Anordnung einer Wiederholungswahl ab, in dem er den Antrag zurückweist (§ 28 Abs. 3 Satz 2 WahlO). Bei dieser Entscheidung handelt es sich um einen rechtsmittelfähigen Bescheid i.S.d. § 35 ThürVwVfG. Dies verdeutlicht auch § 28 Abs. 3 Satz 3 WahlO, wonach diese Entscheidung zuzustellen ist.

27 Der Zulässigkeit der zunächst als Verpflichtungsklage und dann als Fortsetzungsfeststellungsklage statthaften Klage gegen den Bescheid der Beklagten vom 15. Juli 2014 steht im vorliegenden Fall auch nicht entgegen, dass kein Vorverfahren nach §§ 68 ff. VwGO durchgeführt wurde. Dieses ist zwar mangels entsprechender Regelung nicht nach § 68 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 VwGO (i. V. m. § 8 ff. ThürAGVwGO), aber deshalb entbehrlich, weil die Beklagte durch die dem Bescheid beigefügte Rechtsmittelbelehrungzu verstehen gegeben hat, dass ihrer Auffassung nach sogleich Klage zum Verwaltungsgericht zu erheben ist. Konsequenterweise hat die Beklagte sich im erstinstanzlichen Verfahren sogleich zur Sache eingelassen.

28 I. Die im Hauptantrag erhobene Klage ist zulässig.

29 1. Die auf die Geltendmachung der (inzidenten) Unwirksamkeit der Wahlordnung (als satzungsrechtliche Grundlage) gestützte und im Hauptantrag auf Feststellung der Unwirksamkeit der strittigen Wahl gerichtete Klage ist als Feststellungsklage im Sinne des § 43 VwGO statthaft (vgl. auch OVG Hamburg, Urteil vom 13. Juni 2006 - 3 Bf 294/03 - juris Rdnr. 72). Es handelt sich nicht um eine Gestaltungsklage sui generis, weil es an einer landesgesetzlichen Regelung mangelt, die einer entsprechenden Auslegung zugänglich wäre, wie dies z.B. im Kommunalwahlrecht für die Wahlanfechtung mit § 33 Abs. 3 Satz 1 ThürKWG der Fall ist (vgl. dazu: ThürOVG, Urteil vom 20. Juni 1996 - 2 KO 229/96 - juris Rdnr. 60). Nur der Thüringer Landesgesetzgeber und nicht die Beklagte als Satzungsgeberin wäre berechtigt, sich im Rahmen der Bestimmungen der VwGO haltende konkretisierende Regelungen für das sich an das Wahlprüfungsverfahren anschließende Klageverfahren zu treffen.

30 Mangels landesgesetzlicher Regelung einer Gestaltungsklage und eines Kausalitätserfordernisses kommt es im Rahmen der Klärung der Frage, ob die Wahlordnung als satzungsrechtliche Grundlage für die Wahl wirksam ist, nicht darauf an, ob alle Bewerber, die für die jeweiligen Gremien kandidierten, gewählt wurden oder nicht. Dieses Kausalitätserfordernis ist - neben der erforderlichen Feststellung eines Verstoßes gegen Wahlvorschriften - als Voraussetzung für die Anordnung der Wiederholungswahl in § 28 Abs. 3 Satz 1 der Wahlordnung geregelt, deren Wirksamkeit aber gerade als solche Gegenstand der inzidenten, aber auf gerügte Fehler beschränkten Begründetheitsprüfung der Feststellungsklage ist. Die Unwirksamkeit einer Wahl stünde bei Unwirksamkeit der Wahlordnung auch dann fest, wenn alle Kandidaten gewählt worden sein sollten. Klarstellend ist jedoch darauf hinzuweisen, dass dieser Umstand die Beklagte nicht hindert, für das auch nach § 22 Abs. 7 ThürHG grundsätzlich vorgesehene Wahlanfechtungsverfahren ein Kausalitätserfordernis vorzusehen.

31 2. Der Kläger hat auch ein berechtigtes Interesse an einer Entscheidung über die von ihm begehrte Feststellung. Ein berechtigtes Interesse in diesem Sinne schließt jedes als schutzwürdig anzuerkennende Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder auch ideeller Art ein. Solange der Kläger der Beklagten als Studierender angehört,

ergibt sich ein berechtigtes Interesse jedenfalls aus einer Wiederholungsgefahr. Dass weitere Klagen im Hinblick auf die Wahlen der Jahre 2015 - 2016 zeitlich nachfolgend anhängig gemacht worden sind (und zwar die gemeinsam verhandelten Verfahren 4 KO 395/18, 4 KO 396/19 und 4 KO 538/18), ist nicht geeignet, das Feststellungsinteresse in diesem Verfahren zum Wegfall zu bringen. Eine für ein bestimmtes Wahljahr zulässigerweise erhobene Feststellungsklage bleibt zulässig, auch wenn später eine Feststellungs- oder Gestaltungsklage für das nachfolgende Wahljahr erhoben wird oder erhoben werden könnte. Insofern handelt es sich um unterschiedliche Streitgegenstände. Zudem dient die Feststellungsklage gerade der Klärung der Gesamtsituation und der von Rechten und Pflichten, die in der Zukunft, vor allem auch wiederholt, entstehen können (Eyermann/Happ, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 43 Rdnr. 2).

32 3. Da der Kläger die (Un-)gültigkeit der Wahlordnung aus den o.g. Gründen nicht im Rahmen des Wahlprüfungsverfahrens und der sich anschließenden Verpflichtungs- bzw. Fortsetzungsfeststellungsklage geltend machen kann, ist die im Hauptantrag erhobene Feststellungsklage auch nicht subsidiär (§ 43 Abs. 2 Satz 1 VwGO).

33 4. Der im Hauptantrag erhobenen Feststellungsklage, mit der inzident die Ungültigkeit der Wahlordnung geltend gemacht wird, fehlt auch nicht das erforderliche Rechtsschutzinteresse.

34 Unerheblich ist insoweit, dass die Gültigkeit/Ungültigkeit der für die Wahl im Sommersemester 2014 maßgeblichen Wahlordnung mit ihren bis zu diesem Zeitpunkt in Kraft getretenen Änderungen (insbesondere die 6. bis 8. Änderung) gemäß § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO Gegenstand einer Normenkontrolle sein kann bzw. auch gewesen ist (vgl. ThürOVG, Urteil vom 30. Mai 2013 - 1 N 240/12 - juris betreffend die 6. Änderung und Senatsurteil vom 23. Mai 2017 - 4 N 124/15 - betreffend die 7. und 8. Änderung). Zwar wirkt ein einem Normenkontrollantrag stattgebendes, also eine Satzung für unwirksam erklärendes Urteil des Oberverwaltungsgerichts „inter omnes" und wäre auch in einem Klageverfahren, in dem es auf die Gültigkeit dieser Satzung ankommt, zu beachten; dies rechtfertigt aber nicht die Schlussfolgerung, dass ein Verwaltungsgericht an der inzidenten Prüfung der Gültigkeit gehindert wäre bzw. von der Gültigkeit der Satzung ausgehen müsste, wenn ein entsprechender Normenkontrollantrag zuvor abgelehnt wurde oder sogar gar nicht erhoben wurde. Es bestehen vielmehr keine Zweifel daran, dass das Verwaltungsgericht zur inzidenten Prüfung einer entscheidungserheblichen Satzung berechtigt ist. Insoweit besteht jedoch keine Verpflichtung zur umfassenden Rechtmäßigkeitskontrolle und ungefragten Fehlersuche. Vielmehr werden nur die substantiierten Rügen geprüft (vgl. zur vergleichbaren Problematik bei Abgabensatzungen: Driehaus, Abgabensatzungen, 2014, S. 175 ff. m. w. N.).

35 II. Die Berufung des Klägers ist begründet, weil die im Hauptantrag erhobene Feststellungsklage des Klägers begründet ist. Die Ungültigkeit der strittigen Gremienwahlen ist festzustellen, da einige der Rügen des Klägers auf die Unwirksamkeit der Wahlordnung der Beklagten vom 29. November 1994 in der Fassung der maßgeblichen 7. und 8. Änderung (fortan: Wahlordnung, WahlO) - letztere trat ab 1. März 2014 in Kraft - führen.

36 Entgegen der Auffassung des Klägers ist § 22 Abs. 7 ThürHG a. F. jedoch eine ausreichende Rechtsgrundlage für die Einführung von Online-Wahlen auf

satzungsrechtlicher Grundlage (1.). Auch verstößt die Einführung von Online-Wahlen nicht grundsätzlich gegen die Wahlgrundsätze des § 22 Abs. 1 ThürHG a. F. i.V. m. § 2 WahlO (2.). Entgegen der Auffassung des Klägers regelt § 25a Abs. 3 Satz 6 WahlO mit dem Verbot der Speicherung der IP-Adresse keine unmögliche Anforderung (3.). Dass der Bildschirm des bei der Wahlhandlung verwendeten Computers möglicherweise von Dritten einsehbar oder ein Bildschirmausdruck möglich ist, steht der Wirksamkeit des § 25e WahlO und des § 25a Abs. 3 Satz 4 WahlO mangels Verstoßes gegen den Grundsatz der geheimen Wahl nicht entgegen (4.). Es ist auch hinreichend in § 25b Satz 2 WahlO bestimmt, wer die Wahl startet oder beendet (5.). Entgegen der Auffassung des Klägers bleibt es nicht unklar, wer nach § 25d Abs. 3 WahlO dem Server die Aushändigung der Wahlen mitteilt (6.). Es ist auch nicht offen, wer nach § 26 Abs. 6 Satz 1 WahlO die Auszählung realisiert (7.). Der von dem Kläger in den Blick genommene § 26 Abs. 7 WahlO ist mit dem Grundsatz der Öffentlichkeit der Wahl vereinbar (8.) § 2 Abs. 3 Satz 5 WahlO ist entgegen der Auffassung des Klägers wirksam (9.).

37 Die Regelungen der 7. Änderung der Wahlordnung, mit der die onlinebasierte Wahl eingeführt wurde, sind jedoch wegen des Verstoßes gegen den Grundsatz der geheimen Wahl unwirksam, weil weder in § 25a WahlO noch an anderer Stelle in der 7. Änderung der Wahlordnung geregelt ist, wie die Authentifizierung des Wahlberechtigten am Wahlportal erfolgt (10.). Auch ist es im vorliegenden Fall mit dem Grundsatz der geheimen Wahl und darüber hinaus mit dem Grundsatz der Selbstorganschaft unvereinbar, dass weder die 7. noch die 8. Änderung der Wahlordnung eine Regelung über die Hinzuziehung bzw. Beteiligung von Dritten - insbesondere Mitarbeitern der das Online-Wahlsystem bereit stellenden Firma - durch den Wahlvorstand enthält (11). Des Weiteren erfordern es die Grundsätze der freien Wahl, dass in der Wahlordnung eine Erklärung des Wahlberechtigten vorgesehen ist, in der er versichert, seine Stimme persönlich (oder durch eine Hilfsperson) abgegeben zu haben (12.).

38 1. Entgegen der Auffassung des Klägers bietet § 22 Abs. 7 ThürHG a. F. eine hinreichende Rechtsgrundlage für die Einführung onlinebasierter Hochschulwahlen auf Satzungsebene. Für die Einführung von elektronischen Hochschulwahlen bedurfte es nach dem damals gültigen Thüringer Landesrecht keiner dies ausdrücklich zulassenden gesetzlichen Regelung. Art. 28 Abs. 4 der Verfassung des Freistaats Thüringen, wonach das Nähere zum Recht der Hochschulen auf Selbstverwaltung durch Gesetz geregelt wird, ist nicht verletzt. Dieser Gesetzesvorbehalt wurde durch § 22 ThürHG a. F., der alle wesentlichen Entscheidungen unter Berücksichtigung der Wissenschaftsfreiheit des Art. 5 Abs. 3 GG enthält, in hinreichendem Maße ausgefüllt. Die Entscheidung über die Einführung von Online-Wahlen und die Kompetenz zur Regelung der Einzelheiten wurde demzufolge durch den Landesgesetzgeber den mit Satzungsautonomie ausgestatteten Hochschulen überantwortet.

39 Ausgangspunkt der - demgegenüber strengeren - Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, vgl. z.B. Urteil vom 3. März 2009 (- 2 BvC 3/07, 4/07 - juris Rdnr. 132 ff., Wahlcomputer), ist Art. 38 Abs. 3 GG (auf Landesebene Art. 49 Abs. 4 ThürVerf), der die nähere Ausgestaltung der Wahlen ausdrücklich unter einen Parlamentsvorbehalt stellt. Diese Rechtsprechung bezieht sich aber nur auf Parlamentswahlen. Vorliegend handelt es sich jedoch um Hochschulwahlen. Hier ist die Satzungsautonomie der Hochschule als Ausfluss des Selbstverwaltungsrechts

(das sich wiederum aus der Wissenschaftsfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 3 GG ableitet) zwingend zu beachten. Der Landesgesetzgeber hatte in § 22 ThürHG a. F. alle wesentlichen Bestimmungen getroffen, wie etwa zu den Wahlgrundsätzen (Grundsatz der freien, gleichen und geheimen Wahl sowie den Grundsatz der personalisierten Verhältniswahl in Abs. 1), zu der hinreichenden Vertretung von Frauen (Abs. 2), zu der Wahlberechtigung (Abs. 3 und 5), zum Wählerverzeichnis (Abs. 4) sowie zu den Wahlvorständen (Abs. 6). In Absatz 7 hatte er der Hochschule hinsichtlich der näheren Bestimmungen zur Wahl und zum Wahlverfahren Satzungsautonomie eingeräumt. Da der Gesetzgeber mit der Festlegung der Wahlgrundsätze der freien, gleichen und geheimen Wahl wesentliche Bestimmungen zur Wahl selbst getroffen hat, kann die Hochschule die näheren Bestimmungen, d. h. die Einzelheiten des Wahlverfahrens und -vorganges, im Rahmen der ihr zustehenden Satzungsautonomie selbst bestimmen. Dies gilt jedenfalls solange, wie sie dabei die im Grundgesetz, in der Thüringer Verfassung bzw. im Thüringer Hochschulgesetz verankerten bzw. vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Wahlrechtsgrundsätze beachtet. Zur weiteren Begründung wird Bezug genommen auf die Ausführungen des Senats in dem Urteil vom 23. Mai 2017 (Az.: 4 N 124/15, juris) und des Urteils des 1. Senats vom 30. Mai 2013 (Az.: 1 N 240/12 juris). Die Ausführungen des Klägers bieten keine Veranlassung, von dieser Rechtsprechung abzuweichen.

40 Soweit der Kläger meint, aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 28. April 1984 (Az.: 2 BvL 3/82) ableiten zu können, dass den Hochschulen keine Kompetenz zur Regelung des Wahlrechts zustehe, trifft dies nicht zu. Das Bundesverfassungsgericht hat in dieser Entscheidung § 26 Abs. 2 Satz 1 des Hochschulgesetzes des Landes Schleswig-Holstein (HSchulG SH) in der Fassung vom 1. März 1979 (GVBl. S. 123) wegen Verstoßes gegen § 39 Hochschulrahmengesetz (HRG a.F.) vom 26. Januar 1976 (BGBl. I. S. 185) nach Art. 31 GG für nichtig erklärt. § 26 Abs. 2 Satz 1 HSchulG SH sah für die Wahlen zu den Kollegialorganen der Hochschulen ausschließlich das Mehrheitswahlrecht vor, während § 39 Abs. 1 Satz HRG a. F. (Wahlen) seinerzeit für die Hochschulwahlen als bundesrechtliches Rahmengesetz (vgl. Art. 75 GG in der bis zum 30. August 2006 geltenden Fassung) noch im Grundsatz die personalisierte Verhältniswahl vorsah. Ein solcher nach Art. 31 GG zur Nichtigkeit einer landesrechtlichen Regelung führender Verstoß scheidet heutzutage und auch im vorliegenden Fall aus, weil § 39 HRG a. F. bereits durch Art. 1 Nr. 24 des 4. Gesetzes zur Änderung des Hochschulrahmengesetzes vom 20. August 1998 (BGBl. S. 2190) aufgehoben wurde, um den Ländern insoweit umfassenden Handlungsspielraum zu gewähren (vgl. BT-Drs. 13/8796, S. 14, 25).

41 Ebenso wenig kann aus dem § 22 Abs. 6 ThürHG a. F. geschlussfolgert werden, dass der Thüringer Landesgesetzgeber sich gegen die Durchführung von Online-Wahlen im Hochschulbereich entschieden hätte. Auch insoweit nimmt der Senat zur Vermeidung von Wiederholungen zunächst Bezug auf das Senatsurteil vom 23. Mai 2017 (Az.: 4 N 124/15, juris Rdnr. 122). Im Übrigen verweist die Beklagte zutreffend darauf, dass der Landesgesetzgeber bei Novellierung des Thüringer Hochschulgesetzes vom 10. Mai 2018 - ThürHG 2018 - (GVBl. S. 149) § 22 Abs. 7 ThürHG a. F. in seiner Auslegung durch den Senat, wonach dieser auch eine hinreichende Grundlage für die Einführung elektronischer Wahlen ist, ausdrücklich bestätigt hat, in dem er § 22 Abs. 6 Thür a. F. bewusst nicht in das neue

Hochschulrecht übernommen und keine Veranlassung für eine inhaltliche Änderung der jetzt in § 23 Abs. 7 ThürHG enthaltenden Rechtsgrundlage für die Wahlordnungen der Hochschulen gesehen hat (vgl. Gesetzesbegründung in LT-Drs. 6/4467, S. 163).

42 2. Entgegen der Auffassung des Klägers verstößt die Einführung von onlinebasierten Wahlen nicht schon grundsätzlich - ohne dass es auf einzelne Regelungen ankäme - gegen die in § 22 Abs. 1 ThürHG a. F (und auch in § 2 Abs. 1 Satz 1 WahlO) geregelten Wahlgrundsätze.

43 Regelungen zur Online-Wahl, §§ 25a ff., hat die Beklagte erstmals mit Art. 1 der 6. Änderung der Wahlordnung (Verkündung am 27. Januar 2012 im Verkündungsblatt Nr. 1/2012, Seite 2) erlassen. Durch Urteil des 1. Senats des Thüringer Oberverwaltungsgerichts vom 30. Mai 2013 - 1 N 240/12 - wurden die Bestimmungen über die Online-Wahl in Artikel 1 Nrn. 6 b, 11, 16 und 17 jedoch für unwirksam erklärt. Die 7. Änderung der Wahlordnung fasste daraufhin durch Art. 1 Nrn. 5 und 7 die §§ 25a bis 25d, § 26 Abs. 6 und 7 neu und fügte unter Nr. 6 § 25e ein. Sie wurde am 18. Juni 2013 vom Senat beschlossen, am selben Tag vom Rektor der Beklagten genehmigt und am 21. Juni 2013 im Verkündungsblatt Nr. 5/2013 veröffentlicht. Am 21. Januar 2014 beschloss der Senat der Beklagten die 8. Änderung der Wahlordnung. Der Rektor der Beklagten genehmigte diese am 22. Januar 2014, die gegenüber dem Thüringer Ministerium für Bildung, Wissenschaft und Kultur mit Schreiben vom 22. Januar 2014 angezeigt wurde (§ 3 Abs. 2 Satz 3 ThürHG a. F.). Die mit Schreiben vom 28. Januar 2014 gegebenen redaktionellen Hinweise des o. g. Ministeriums wurden umgesetzt. Im Übrigen blieb die Satzung unbeanstandet. Die 8. Änderung der Wahlordnung, die u. a. § 25c Abs. 2, § 25e und § 26 Abs. 7 S. 3 änderte, wurde am 28. Februar 2014 gemäß § 3 Abs. 2 Satz 1 ThürHG a. F. im Verkündungsblatt der Beklagten veröffentlicht und damit ordnungsgemäß bekanntgemacht.

44 Mit der Einführung der onlinebasierten Wahl durch diese vorgenannten Bestimmungen werden zwar insbesondere die Grundsätze der freien, geheimen und öffentlichen Wahl beschränkt, weil das Risiko des manipulativen und ausspähenden Zugriffs Dritter steigt und die Auszählung von Stimmzetteln nicht mehr in einem Raum, sondern innerhalb eines elektronischen Wahlsystems als Rechenprozess (internes Datenverarbeitungsprogramm) stattfindet. Allein diese Beschränkung führt jedoch nicht bereits auf eine Verletzung dieser Wahlgrundsätze, weil dies zudem die Feststellung erforderte, dass es an einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung mangelt. Die Beschränkung eines Wahlgrundsatzes kann beispielweise gerechtfertigt sein, wenn diese erfolgt, um einem anderen Wahlgrundsatz eine stärkere Geltung zu verschaffen. Darüber hinaus kann sich eine Rechtfertigung der Beschränkung von Wahlgrundsätzen gerade im Hochschulrecht aus der vorbehaltlosen Wissenschaftsfreiheit ergeben (vgl. BVerfG, Beschluss vom 9. April 1975 - 1 BvL 6/74 - juris). Des Weiteren sind noch weitere Einschränkungen aufgrund bestimmter Besonderheiten der Hochschulen oder zur Steigerung der Wahlbeteiligung zulässig. Auch kann das Interesse der Hochschule an der Einsparung von Kosten der Urnen- und Briefwahl und die Durchdringung des studentischen Lebens vom Computer die Einschränkung von Wahlgrundsätzen rechtfertigen (vgl. Urteil des 1. Senats vom 30. Mai 2013 - 1 N 240/12 - juris Rdnr. 53 ff.).

45 Soweit der Kläger mit seinem Schriftsatz vom 12. März 2021 versucht, diese eine

5 Beschränkung der Wahlgrundsätze rechtfertigenden berechtigten Interessen in Frage zu stellen, gelingt ihm das nicht. Entgegen seiner Auffassung muss die Beklagte nicht vortragen bzw. nachweisen, dass das eingesetzte Wahlsystem unter fiskalischen Gesichtspunkten günstiger ist. Es ist offenkundig, dass die Beklagte mit der Durchführung der elektronischen Wahl den tatsächlichen und finanziellen Sach- und Personalaufwand spart, der mit der Vorbereitung und Durchführung einer analogen Wahl mit Stimmzetteln in Papierform verbunden ist. Ob und inwieweit diese Kosteneinsparungen durch die Ausgaben für die Beschaffung des elektronischen Wahlsystems nivelliert werden, ist für die Beurteilung des rechtfertigenden Interesses unerheblich. Das Urteil des 1. Senats vom 30. Mai 2013 ist nicht so auszulegen, dass eine Kosteneinsparung positiv festgestellt werden muss und eine Rechtfertigung ausscheidet, wenn die Kosten für die Anschaffung des elektronischen Wahlsystems die Einsparungen überschreiten sollten. Insofern ist zu berücksichtigen, dass die in dem vorgenannten Urteil nur beispielhaft genannten Aspekte, die eine Beschränkung rechtfertigen können, kumulativ in den Blick zu nehmen sind und auch in einer Gesamtschau die Beschränkung von Wahlgrundsätzen rechtfertigen können.

46 So ist insbesondere das Interesse, mit einer Online-Wahl die Wahlbeteiligung zu erhöhen, vor dem Hintergrund, dass bereits die Briefwahl zu einer höheren Wahlbeteiligung geführt hat, nicht von der Hand zu weisen. Die Beklagte hat diesbezüglich darauf hingewiesen, dass die Wahlbeteiligung bei der Briefwahl in den letzten Jahren zwischen 12,65% und 16,02% gelegen habe, während sich an der Urnenwahl lediglich zwischen 1,38% und 3,29% der Wahlberechtigten beteiligt hätten. Dass sich dies bei einer elektronischen Wahl gegenläufig entwickeln könnte, hat keiner der Beteiligten vorgetragen und ist auch im Übrigen nicht ersichtlich. Insofern hält es der Senat eher für wahrscheinlich, dass sich angesichts der elektronischen/digitalen Durchdringung des studentischen Lebens und der überwiegend elektronischen/digitalen Verwaltung des Studiums (vgl. dazu das Campus Management System der Beklagten, die „Friedolin - Online-Studienverwaltung") die Wahlbeteiligung bei einer elektronischen Wahl im Vergleich zur Briefwahl sogar nochmals erhöht. Denn der Aufwand, der mit der Teilnahme an einer elektronischen Wahl verbunden ist, ist nicht nur aus der Perspektive des Wahlveranstalters, sondern auch aus der Perspektive der Wahlberechtigten geringer als bei der Briefwahl. Es entfällt die Notwendigkeit, die schriftlichen Briefwahlunterlagen zurückzusenden oder zurückzubringen. Unergiebig ist insoweit der diesbezügliche Einwand des Klägers in seinem Schriftsatz vom 12. März 2021, dass aus der Vorgabe des elektronischen Systems nicht darauf geschlossen werden könne, dass Studierende dieses System auch anwenden wollen. Zum einen berücksichtigt er nicht, dass auch bei Durchführung einer Online-Wahl weiterhin die Möglichkeit der Teilnahme mittels Briefwahl besteht. Dass insbesondere die Gruppe der Studierenden, das Angebot der elektronischen Wahl verweigert und im Wesentlichen per Brief wählt, trägt der Kläger jedoch nicht vor und ist auch im Übrigen nicht ersichtlich. So rechtfertigen die von der Beklagten im Verfahren 4 KO 395/18 zur Wahl 2016 als Beiakte 2 vorgelegten und auch in diesem Verfahren beigezogenen Unterlagen über die Stimmenauszählung eher die Schlussfolgerung, dass zumindest die Gruppe der studierenden Wahlberechtigten überwiegend elektronisch und nicht per Briefwahl wählt.

4 Da wie bereits ausgeführt die bloße Feststellung einer Beschränkung von

7 Wahlgrundsätzen nicht bereits auf eine Verletzung dieser Wahlgrundsätze führt, bedarf es dezidierter Rügen dazu, warum bestimmte Regelungen zur Durchführung onlinebasierter Wahlen nicht mit (bestimmten) Wahlgrundsätzen vereinbar sind bzw. der mit der Einführung elektronischer Wahlen verbundene Eingriff im Hinblick auf das damit verbundene Interesse der Hochschule nicht verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein soll. Diesen Anforderungen genügt der Vortrag des Klägers nicht, soweit er lediglich pauschal den Verstoß gegen (die in) § 2 WahlO (geregelten Wahlgrundsätze) rügt.

48 Auch die auf § 25a Abs. 3 Satz 6 WahlO (3.), §§ 25e, 25a Abs. 3 Satz 4 WahlO (4.), § 25b Satz 2 WahlO (5.), § 25d Abs. 3 WahlO (6.), § 26 Abs. 6 Satz 1 WahlO (7.) und § 26 Abs. 7 WahlO (8.) bezogenen Rügen des Klägers führen nicht auf einen Verstoß gegen die Wahlgrundsätze (§ 22 Abs. 1 ThürHG a. F i.V. m. § 2 WahlO).

49 3. Entgegen der Auffassung des Klägers regelt § 25a Abs. 3 Satz 6 WahlO mit dem Verbot der Speicherung der IP-Adresse keine unmögliche Anforderung. Nach dieser bereits durch die 7. Änderung eingefügten Bestimmung dürfen die Anmeldung am Wahlsystem, die Auswahl und Abgabe der Stimme sowie persönliche Informationen und IP-Adressen nicht protokolliert werden. Soweit der Kläger meint, dass diese technische Anforderung bezogen auf die IP-Adresse nicht umsetzbar und daher widersprüchlich sei, weil im Wahlvorgang zwingend eine IP-Adresse genutzt werden müsse, teilt der Senat diese Auffassung nicht. § 25a Abs. 3 Satz 6 WahlO ist ausgehend vom Sinn und Zweck dieser Bestimmung teleologisch dahingehend auszulegen, dass nur die dauerhafte, aber nicht die für eine logische Sekunde während des Wahlvorganges erforderliche kurzfristige Protokollierung und Zwischenspeicherung verboten ist. Sinn und Zweck dieser Vorschrift ist nur, dass die abgegebene Stimme nach Beendigung des Wahlvorganges nicht über den PC, von dem der Wähler gewählt hat, oder innerhalb des elektronischen Wahlsystems mit der Person des Wählers im Nachhinein verknüpft und identifiziert werden kann. Dieser Zweck wird u.a. dadurch erreicht, dass die dauerhafte Speicherung verboten wird.

50 4. Dass der Bildschirm des bei der Wahlhandlung verwendeten Computers möglicherweise von Dritten einsehbar oder ein Bildschirmausdruck möglich ist, steht der Wirksamkeit des § 25e WahlO und des § 25a Abs. 3 Satz 4 WahlO mangels Verstoßes gegen den Grundsatz der geheimen Wahl ebenso wenig entgegen. Denn die Einsehbarkeit des Bildschirmes oder die Anfertigung eines Bildschirmausdruckes liegt allein im Verantwortungsbereich des Wählers und wäre damit vergleichbar, dass in der Wahlkabine unerlaubterweise mit dem Handy ein Foto von dem Stimmzettel gemacht wird.

51 5. Es ist auch hinreichend in § 25b Satz 2 WahlO bestimmt, wer die Wahl startet oder beendet. Nach dieser Bestimmung sind zur Autorisierung von Beginn und Ende der Wahl nur Mitglieder der Wahlorgane nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 und 2 WahlO berechtigt, also der Kanzler (§ 8 Abs. 1 Nr. 1 WahlO) mit einem Mitglied des Wahlvorstandes oder zwei Mitglieder des Wahlvorstandes. Die Vorschrift muss entgegen der Ansicht des Klägers die handelnden Personen des Wahlvorstandes nicht näher konkretisierend festlegen. Denn diese das „Vier-Augen-Prinzip" enthaltende Regelung zielt erkennbar darauf ab, Manipulationen durch einzelne Mitglieder des Wahlvorstandes zu verhindern. Dafür ist es nicht notwendig, zwei von den sechs nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 und 2 WahlO möglichen Berechtigten genauer

zu bestimmen und damit die vier anderen auszuschließen.

52 6. Entgegen der Auffassung des Klägers bleibt nicht unklar, wer nach § 25d Abs. 3 WahlO dem Server die Aushändigung der Wahlunterlagen mitteilt. Diese Rüge geht ins Leere, weil dies nach § 25d Abs. 3 Satz 1 WahlO das Wahlamt ist, das die Wahlunterlagen versendet und im Wählerverzeichnis vermerkt. Das Wahlamt ist in Umsetzung dieser Zuständigkeitsbestimmung unzweifelhaft auch zur Eingabe dieser Information in das E-Wählerverzeichnis berechtigt.

53 7. Es ist auch nicht offen, wer nach § 26 Abs. 6 Satz 1 WahlO die Auszählung realisiert. Die Norm enthält alle dazu erforderlichen Vorgaben. Für die Administration der Wahlserver und insbesondere für die Auszählung und Archivierung der Wahl ist, wird die Wahl als elektronische Wahl durchgeführt, die Autorisierung durch mindestens zwei Berechtigte nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 und 2 WahlO notwendig. Dies ist, wie bereits unter 5. ausgeführt, hinreichend bestimmt.

54 8. Der von dem Kläger in den Blick genommene § 26 Abs. 7 WahlO ist mit dem Grundsatz der Öffentlichkeit der Wahl vereinbar. Nach deren Satz 1 ist die Auszählung der Wahl universitätsöffentlich. Die Wahlergebnisse sind vom vorsitzenden Mitglied des Wahlvorstandes zu unterzeichnen und öffentlich bekannt zu geben. Dass der „computerbasierte" Auszählungsvorgang selbst nicht öffentlich nachvollziehbar ist, ist systemimmanent, weil der elektronische Rechenprozess mit bloßem Auge - im Gegensatz zum Auszählen gedruckter Stimmzettel - nicht erkennbar ist und auch nicht in dem Raum stattfindet, in dem sich der Wahlvorstand aufhält. Mit der Onlinewahl ist deshalb zwangsläufig eine Beschränkung des Grundsatzes der Öffentlichkeit in dieser Weise verbunden. Diese Beschränkung ist jedoch verfassungsrechtlich zulässig, wenn die vom Bundesverfassungsgericht in der Grundsatzentscheidung aus dem Jahr 2009 zur Bundestagswahl enthaltenen Mindestvorgaben eingehalten sind. Diese Mindestanforderungen beinhalten zunächst die Möglichkeit der Kontrolle der eigenen Wahlhandlung und Stimmabgabe durch den Wähler. Diesen Anforderungen werden die § 25a Abs. 2 Sätze 6 und 8 WahlO gerecht. Danach kann der Wähler bis zur endgültigen Stimmabgabe die Eingabe korrigieren oder die Wahl abbrechen und erhält eine Information über die endgültige Stimmabgabe. Des Weiteren eröffnet § 26 Abs. 7 WahlO die Möglichkeit, das Wahlergebnis nachträglich zu überprüfen. Weitere konkretisierende Anforderungen muss diese Bestimmung zur Wahrung nicht enthalten. Auf der satzungsrechtlichen Ebene der Wahlordnung ist es ausreichend, dass die (verfassungs-)rechtlichen Anforderungen an die Ausgestaltung des Wahlverfahrens wie hier durch die Formulierung technikneutraler abstrakter Ziele konkretisiert werden. Ermöglicht das technische System, den Auszählungsprozess („für jeden Wähler") reproduzierbar zu machen, wird eine nachträgliche Kontrolle möglich. Alles andere geht über Mindestanforderungen hinaus. Ob das verwandte technische System tatsächlich diesen rechtlichen Mindestanforderungen genügt und die abstrakten Ziele erreicht werden, ist keine Frage der Gültigkeit der Wahlordnung. Die Vereinbarkeit des Wahlsystems mit der Wahlordnung wäre deshalb - bei entsprechenden substantiierten Rügen - im Rahmen des Wahlanfechtungsverfahrens zu prüfen.

55 9. § 2 Abs. 3 Satz 5 und 6 WahlO ist entgegen der Auffassung des Klägers wirksam. Diese Bestimmung, nach der bei Einzelwahlvorschlägen zwei zusätzliche Bewerber als „Vertreter bzw. Ersatzleute für die gewählten Mitglieder" zu benennen sind, ist insbesondere mit dem Grundsatz der freien Wahl vereinbar. Insoweit

verkennt der Kläger den Unterschied zwischen Listenwahlvorschlägen und Einzelwahlvorschlägen. Einzelwahlvorschläge sollen nach § 2 Abs. 3 Satz 5 WahlO mindestens zwei zusätzliche Bewerber aufweisen, wobei nach Satz 6 diese zusätzlichen Bewerber von vornherein nur als Stellvertreter bzw. Ersatzvertreter für die gewählten Mitglieder fungieren. Insoweit weist die Beklagte in ihrem Schriftsatz vom 20. Januar 2020 zutreffend darauf hin, dass es sich bei den Stellvertretern nicht um gesondert zu wählende Kandidatinnen oder Kandidaten, sondern um den Kandidaten zugeordnete Stellvertreter handelt. Diese sollen bei Verhinderung des gewählten Mitglieds die Funktionsfähigkeit des jeweiligen Gremiums sichern. Da auch die Stellvertreter der zu wählenden Kandidaten den Wahlberechtigten bekannt sind, wissen sie bei Abgabe ihrer Stimme für einen bestimmten Kandidaten auch, welche Stellvertreter dieser benannt hat. Dass und warum es zur Wahrung der Wahlgrundsätze im Rahmen des weiten satzungsrechtlichen Gestaltungsspielraums geboten sein sollte, auch die „Vertreter bzw. Ersatzleute" unmittelbar zu wählen, legt der Kläger nicht dar. Dazu trägt insbesondere sein Vortrag in dem Schriftsatz vom 12. März 2021 nichts bei. Dieser ist schon wegen unzutreffender Darstellung der in Bezug genommenen Regelungen nicht nachvollziehbar. Soweit der Kläger die Auffassung vertritt, dass auch die Ersatzmitglieder gewählt werden, widerspricht dies zudem dem eindeutigen Wortlaut des § 2 Abs. 3 Sätze 5 und 6 WahlO.

56 Zur Vermeidung von Wiederholungen wird im Übrigen ergänzend auf die diesbezüglichen Ausführungen des Urteils des Verwaltungsgerichts Bezug genommen (§ 130b Satz 1 VwGO in entsprechender Anwendung).

57 10. Die Regelungen der 7. Änderung der Wahlordnung, mit der die onlinebasierte Wahl eingeführt wurde, sind jedoch wegen des Verstoßes gegen die Grundsätze der geheimen und der freien Wahl unwirksam. Die Hochschulen sind auf Grundlage des einen weiten Gestaltungsspielraum eröffnenden § 22 Abs. 7 ThürHG a. F. nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, auf Satzungsebene alle wesentlichen Fragen zu regeln, die eine Einhaltung der Wahlgrundsätze gewährleisten. Die mit der Einführung elektronischer Wahlen verbundenen Gefahren hinsichtlich einzelner Wahlgrundsätze erfordern - unabhängig davon, ob die von der Beklagten konkret bei der Wahl angewandte Softwareversion diese Risiken durch technische Vorrichtungen bzw. Schutz-/Sicherheitsmechanismen tatsächlich zuverlässig ausschließt bzw. minimiert - klare Vorgaben durch die Formulierung technikneutraler abstrakter Ziele.

58 Gemessen daran mangelt es der Wahlordnung der Beklagten (in der Fassung der hier maßgeblichen 7. und 8. Änderung) an der gebotenen Festlegung eines Authentifizierungsmittels. Dies wäre jedoch erforderlich, um den Mindestanforderungen zur Gewährleistung dieser Wahlgrundsätze gerecht zu werden. Eine solche Bestimmung enthält die Wahlordnung jedoch weder in § 25a Abs. 1 Satz 2 WahlO noch an anderer Stelle.

59 Nach § 25a Abs. 1 Satz 2 WahlO umfassen die den Wahlberechtigten zu übermittelnden Wahlunterlagen im Sinne des § 25a Abs. 1 Satz 1 i.V. m. § 23 Abs. 1 WahlO auch die Zugangsdaten, also die Authentifizierungsmittel (vgl. zu diesem Begriff z.B. die Technische Richtlinie TR-03107-1 Elektronische Identitäten und Vertrauensdienste im E-Government Teil 1 Vertrauensniveaus und Mechanismen Version 1.1.1. vom 7. Mai 2019; diese löste die Version 1.0 vom 22. Mai 2014 ab, die auf der Homepage des BSI jedoch nur noch in englischer Version veröffentlicht ist). Wer (die erforderliche vorgelagerte Einstufung des Vertrauensniveaus und) die

Entscheidung über das einzusetzende Authentifizierungsmittel trifft, regelt § 25a Abs. 1 Satz 2 WahlO jedoch nicht.

60 Sogar dann, wenn diese Bestimmung so ausgelegt werden könnte, dass der Wahlvorstand die Entscheidung über das einzusetzende Authentifizierungsmittel treffen soll, würde dies den Anforderungen an eine Rechtfertigung des Eingriffs in den Grundsatz der geheimen Wahl nicht gerecht werden. Die Entscheidung kann ebenso wenig dem Wahlvorstand, geschweige denn dem Kanzler als Wahlleiter oder dem ihm unterstehenden Wahlamt als Geschäftsstelle übertragen werden.

61 Der Wahlvorstand ist nach § 10 Abs. 3 Satz 1 WahlO nur für die ordnungsgemäße Vorbereitung und Durchführung der Wahl verantwortlich, soweit nicht der Kanzler nach § 22 ThürHG a. F. (Abs. 6 Druck der Stimmzettel) oder nach dieser WahlO (§ 8 Abs. 1 Nr. 2 als Wahlleitung) zuständig ist. Dies gilt auch für die Wahlleitung, die nach § 11 WahlO nur mit der technischen Vorbereitung der Wahlen beauftragt ist und den Wahlvorstand bei der Durchführung seiner Aufgaben unterstützt. Nach § 11 Abs. 1 Satz 3 WahlO gehört dazu u. a. die Festlegung des Wahlverfahrens (Durchführung als Online-Wahl oder klassisch als Urnenwahl). Dabei bleiben die Befugnisse des Rektors/Präsidenten als Leiter der Hochschule, der diese nach außen vertritt, nach § 28 Abs. 4 ThürHG a. F. unberührt (vgl. § 11 Abs. 2 S. 3 WahlO). Aus dieser Aufzählung wird ersichtlich, dass es nur um die Umsetzung der Vorgaben der WahlO geht. Der Wahlvorstand oder die Wahlleitung mögen zwar die konkrete Wahlsoftware auswählen und prüfen dürfen, ob diese den Vorgaben des § 25e WahlO entspricht. Zu inhaltlichen Entscheidungen über das Authentifizierungsverfahren sind sie indes nicht befugt, weil dies über eine reine Vorbereitungs- und Durchführungshandlung hinausgeht. Das ergibt sich aus Folgendem:

62 Bei der Entscheidung über das einzusetzende Authentifizierungsmittel handelt es sich um eine in der Satzung zu regelnde Mindestanforderung hinsichtlich der Gewährleistung der geheimen Wahl. Es geht um eine Regelung dazu, wie eine Manipulation oder eine Ausspähung der Stimmabgabe durch unberechtigte Dritte abgewehrt werden kann (vgl. ThürOVG, Urteil vom 30. Mai 2013 - 1 KO 240/12 - UA S. 18/19). Der Satzungsgeber selbst hat eine Abwägung zwischen seiner Verpflichtung, die Einschränkungen von Wahlgrundsätzen auf ein Mindestmaß zu reduzieren und zugleich einen maximalen Schutz des Wesensgehalts der Wahlrechte sicherzustellen (vgl. ThürOVG, Urteil vom 30. Mai 2013 - 1 KO 240/12 - UA S. 17), mit den diese Einschränkung rechtfertigenden berechtigten Interessen (s.o.) vorzunehmen. Diese zur Festlegung des Authentifizierungsmittels gebotene Abwägungsentscheidung erfordert eine vorgelagerte Bestimmung des Vertrauensniveaus und in diesem Zusammenhang auch eine Bewertung (und damit Gewichtung) des Risikos unberechtigter und manipulativer Zugriffe (Angriffspotential). Ob der Satzungsgeber sich zur Vorbereitung dieser wertenden Entscheidung dem innerhalb der Beklagten für die Informationssicherheit zuständigen Universitätsrechenzentrum der FSU Jena (URZ FSU Jena) bedient oder mangels entsprechender eigener Vorkenntnisse sogar bedienen muss, ist insoweit unerheblich. Dies ändert nichts daran, dass nicht das URZ FSU Jena im Rahmen des -sich auch an den Sicherheitsstandards des BSI orientierenden - Informationssicherheitsmanagements - ISMS - (vgl. Informationssicherheitsleitlinien für die FSU Jena), sondern der Senat der Beklagten als Satzungsgeber eine eigene Abwägungsentscheidung treffen muss, als

deren Ergebnis die Festlegung eines Authentifizierungsmittels in der Satzung erfolgt. Ob das bei der Wahl 2014 verwandte (PIN/TAN) oder ein anderes Authentifizierungsmittel (wie z.B. Ein- oder Zweifaktor-Authentifizierung durch Wissen, Credentials, gültig für mehrere Wahlen bzw. allgemeine Portalauthentifizierung für mehrere IT-Anwendungen) festgelegt werden darf, bedarf keiner Entscheidung, da es bereits an der erforderlichen Festlegung in der Wahlordnung/Satzung mangelt. Insofern weist der Senat zur Vermeidung weiterer Streitigkeiten in kommenden Jahren nur vorsorglich darauf hin, dass viel dafür spricht, dass diese Abwägungsentscheidung - angesichts des insbesondere bei der Risikobewertung und der Bestimmung des Vertrauensniveaus bestehenden Bewertungsspielraums - wohl nur eingeschränkt gerichtlich darauf hin überprüft werden dürfte, ob das Wesen der Wahlgrundsätze verkannt oder die Grenzen des Willkürverbots überschritten wurde. Es ist nicht Aufgabe des Senats konkrete Satzungsregelungen vorzugeben (vgl. ThürOVG, Urteil vom 30. Mai 2013 - 1 KO 240/12 - UA S. 19).

6 Auch § 25e Abs. 1 Satz 1 WahlO enthält insoweit keine hinreichende Regelung.
3 Nach der vorgenannten Bestimmung muss das verwendete elektronische Wahlsystem aktuellen technischen, insbesondere den Sicherheitsanforderungen für Online-Wahlprodukte des Bundesamtes für Sicherheit in der Informationstechnik entsprechen. Nach Auffassung des Senats ist diese Bestimmung im Hinblick darauf, dass zum Zeitpunkt des Erlasses der 7. Änderung und auch bis heute nur das „Common Criteria Schutzprofil für Basissatz von Sicherheitsanforderungen an Online-Wahlprodukte" (BSI-CCPP-0037) vom 18. April 2008 ausdrücklich technische Sicherheitsanforderungen für Online-Wahlprodukte regelt, so auszulegen, dass „insbesondere" auf dieses Schutzprofil Bezug genommen wird. Insoweit handelt es sich aber nicht um eine statische Verweisung auf die Fassung vom 18. April 2008, sondern im Hinblick auf die Verwendung des Begriffs der „aktuellen technischen Standards" um eine dynamische Verweisung, die auch eine Fortschreibung des Schutzprofils BSI-CC-PP-0037 erfassen würde, ohne dass es einer Änderung der Wahlordnung bedürfte (vgl. BMJV, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, S. 75 ff., insbesondere S. 84/85). Anhand des Schutzprofils BSI-CC-PP-0037 ist jedoch feststellbar, dass dieses keine sicherheitstechnischen Mindestvorgaben für die dem Wähler zur Verfügung zu stellenden Identifikationsdaten und Authentifizierungsmerkmale enthält. Vielmehr ergibt sich aus dem Schutzprofil BSI-CC-PP-0037, dass ihm die Annahme (vgl. zu diesem Begriff Rdnr. 136/136 BSICC-PP-0037) zugrunde liegt, dass dem Wahlberechtigten die Identifikationsdaten und Authentifizierungsmerkmale vorab übermittelt werden, wie dies in § 25a Abs. 1 Satz 2 WahlO auch geregelt ist (s.o.). So wird unter Rdnr. 141 des Schutzprofils BSI-CC-PP- 0037 Folgendes ausgeführt:

„A. AuthDaten

Der registrierte Wähler hat alle zur Durchführung der Wahl erforderlichen Daten, insb. die Identifikationsdaten und das Authentisierungsmerkmal, erhalten. Es liegt in der Verantwortung des Wahlveranstalters die Wähler zu informieren, wie sie mit ihren Identifikationsdaten und Authentisierungsmerkmalen umgehen sollen, damit ihre Stimme nur berechtigt abgegeben werden kann. Der registrierte Wähler beachtet die Vorgaben des Wahlveranstalters zum Umgang mit diesen Daten, d.h. er gibt sie insbesondere nicht an andere Wähler weiter."

6 Auch an anderer Stelle wird in vergleichbarer Weise deutlich, dass das Schutzprofil

4 BSI-CC-PP-0037 die Entscheidung über die Festlegung eines sicheren Authentifizierungsverfahrens durch den Wahlveranstalter (Hochschule) voraussetzt. So heißt es im Anhang A e. Ziff. 426 ff., S. 78 :

„Der Wahlveranstalter entscheidet, welches Wähleridentifikationsmerkmal verwendet und wie Technik zur Authentisierung der Wähler auf sichere Weise eingesetzt wird. Hier können beispielsweise Transaktionsnummern (TAN), wählerbezogene Credentials (im Unterschied zu der üblichen Auffassung von TANs kann man die Credentials ggf. für mehrere Wahlen verwenden) oder digitale Zertifikate zum Einsatz kommen. Die eingesetzten Authentisierungsmerkmale sollten dem Wahlwert entsprechend sicher festgelegt werden und dem anerkannten Stand der Technik entsprechen.

Falls Identifikationsdaten oder Authentisierungsmerkmale an die Wähler verteilt werden müssen, so liegt es in der Verantwortung des Wahlveranstalters diese rechtzeitig bereit zu stellen. Die Verteilung muss dabei authentisch und integer sowie ggf. auch vertraulich erfolgen.

Es liegt in der Verantwortlichkeit des Wahlveranstalters die Wähler zu informieren, wie sie mit ihren Identifikations- und Authentisierungsmerkmalen umgehen sollen.

Es liegt in der Verantwortung des Wahlveranstalters, dass der Wähler die in der Wahlberechtigungsliste enthaltenen Einträge überprüfen und ggf. Berichtigung verlangen kann."

6 Der durch das Schutzprofil BSI-CC-PP-0037 „betrachtete Evaluationsgegenstand
5 (EVG)" (vgl. Rdnr. 12 ff. BSI-CC-PP-0037) bezieht sich demgegenüber insbesondere auf die Phase der Wahldurchführung inkl. der Stimmauszählung, nicht aber auf die Wahlvorbereitung und demzufolge auch nicht auf die insoweit vorgelagerte Festlegung des Authentifizierungsmittels bzw. -merkmals. Zwar ist der nach § 9 WahlO gebildete Wahlvorstand nach § 10 Abs. 3 Satz 1 WahlO für die ordnungsgemäße Vorbereitung und Durchführung der Wahl auf Grundlage der Wahlordnung verantwortlich, soweit nicht der Kanzler nach § 22 ThürHG a. F. oder nach der Wahlordnung als Wahlleitung (§ 8 Abs. 1 Nr. 2 WahlO) zuständig ist. Diese Kompetenzzuweisung des § 10 Abs. 3 Satz 1 WahlO bezieht sich jedoch nur auf die Umsetzung der Vorgaben der Wahlordnung und umfasst keine nicht in der Wahlordnung geregelten Kompetenzen. Zu den sich aus der Wahlordnung ableitbaren Kompetenzen dürfte zwar auch die Entscheidung über die Auswahl der konkreten Wahlsoftware bzw. -anwendung und die Prüfung, ob diese den Vorgaben des § 25e WahlO entspricht, gehören; diese Entscheidung über die Auswahl der Wahlsoftware umfasst jedoch gerade nicht die Entscheidung über das Authentifizierungsverfahren, weil diese der Umgebung der in die ITStruktur einzubindenden elektronischen Wahlanwendung zuzuordnen ist.

6 11. Auch ist es im vorliegenden Fall mit dem Grundsatz der geheimen Wahl und
6 darüber hinaus mit dem Grundsatz der Selbstorganschaft unvereinbar, dass weder die 7. noch die 8. Änderung der Wahlordnung eine Regelung über die Hinzuziehung bzw. Beteiligung von Dritten - insbesondere Mitarbeitern der das Online-Wahlsystem bereit stellenden Firma - durch den Wahlvorstand enthält. Insbesondere fehlen Regelungen dazu, in welchem Umfang der Wahlvorstand bzw. die Wahlleitung Mitarbeiter der Softwarefirma, deren Wahlsoftware zur Wahl eingesetzt wird, während der Wahldurchführung heranziehen darf, welche Kompetenzen diesen zustehen und wie diese zur Geheimhaltung verpflichtet werden. Dazu im Einzelnen:

6 Der aus dem Rechtsstaatsprinzip abzuleitende Grundsatz der Selbstorganschaft
7 und Eigenverantwortlichkeit verpflichtet Träger öffentlicher Verwaltung, zu denen auch die Beklagte gehört, die ihm gesetzlich zugewiesenen Aufgaben grundsätzlich durch eigene Verwaltungseinrichtungen, also mit eigenem Personal, eigenen Sachmitteln und eigener Organisation wahrzunehmen (vgl. BVerwG, Urteile vom 23. August 2011 - 9 C 2.11 - DVBl. 2012, S. 49-53, juris Rdnr. 14 m. w. N. und auch Senatsurteil vom 14. Dezember 2009 - 4 KO 482/09 - juris Rdnr. 33 zur Einbeziehung eines privaten Dritten beim Erlass von Abgabenbescheiden). Dem tragen sowohl § 22 ThürHG a. F. als auch die auf Grundlage des § 22 Abs. 7 ThürHG erlassene Wahlordnung Rechnung, indem sie die hier in Rede stehende Aufgabe der Vorbereitung und Durchführung der Wahl schon existierenden Organen wie dem Kanzler, noch zu bildenden Organen wie dem Wahlvorstand oder dem zu bildenden bzw. als existent vorausgesetzten Wahlamt als Behörde innerhalb der dem Kanzler unterstehenden Hochschulverwaltung zuweisen. Handeln natürliche Personen nicht als Privatperson, sondern in ihrer Eigenschaft als Organwalter oder als für eine Behörde handelnder Amtsträger, wird das Handeln dieser Personen dem Träger öffentlicher Verwaltung unmittelbar zugerechnet (vgl. Hufeld, Die Vertretung der Behörde, 2003, S. 16 und 22). Darüber hinausgehend ist das Handeln eines Dritten einem Träger öffentlicher Verwaltung mittelbar zurechenbar, wenn die Einbeziehung eines Dritten bei der Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe von einer gesetzlichen Regelung gedeckt ist oder wenn sich das Handeln des Dritten im Rahmen zulässiger Verwaltungshilfe hält (vgl. Senatsbeschluss vom 23. Februar 2012 - 4 ZKO 711/11 - juris zur Einbeziehung eines privaten Dritten bei der Erfüllung der Aufgabe der Abwasserbeseitigung). Keine der beiden Voraussetzungen liegt vor, soweit es im vorliegenden Fall um die Einbeziehung externer Mitarbeiter geht, die die Wahlanwendung bereitstellen bzw. während des Wahlvorgangs betreuen. Es bedarf nach Auffassung des Senats zwar keiner gesetzlichen Regelung auf der Ebene des Landesrechts. Ausreichend, aber erforderlich ist im Hinblick auf das aus der Wissenschaftsfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 3 GG ableitende Selbstverwaltungsrecht und die daraus resultierende Satzungsautonomie der Hochschulen eine satzungsrechtliche Regelung, die die Einbeziehung Dritter, insbesondere von Mitarbeitern der die Wahlanwendung bereit stellenden Firma, ermöglicht. Insbesondere aufgrund der in der mündlichen Verhandlung durch Befragung des Geschäftsführers der F. P. GmbH gewonnenen Erkenntnisse steht es zur Überzeugung des Senats fest, dass es sich bei der Unterstützungstätigkeit der Mitarbeiter, hier der F. P. GmbH, nicht nur um unselbständige Verwaltungshilfe handelt, die auch ohne rechtliche Grundlage möglich wäre (vgl. Senatsbeschluss vom 23. Februar 2012 - 4 ZKO 711/11 - juris Rdnr. 22 m. w. N.). Dies ist schon dem Umstand geschuldet, dass es sich bei der Wahlanwendung nicht um eine Software handelt, die von der Beklagten erworben und dann - insbesondere durch das URZ FSU Jena - unter Aufsicht des Wahlvorstandes oder der Wahlleitung installiert und betrieben wird. Vielmehr ist es so, dass die für die Durchführung der Wahl benötigten serverseitigen Komponenten (vgl. dazu auch die Darstellung auf S. 9/10 der - auf dem BSI-Schutzprofil BSI-CC-PP-0037 basierenden - Sicherheitsvorgaben der F. M. GmbH zum Zertifikat BSI-DSZ-CC-0862- 2016, https://www.bsi.bund.de/SharedDocs/Zertifikate_CC/CC/Sonstiges/0862.html) nicht allesamt auf den Servern der Beklagten installiert und von eigenen Mitarbeitern betreut werden. Insbesondere die Wahlurne, in der die

abgegebenen Stimmen gespeichert und gezählt werden, befindet sich nach Angaben des Geschäftsführers der F. P. GmbH auf dem Wahlserver der F. P. GmbH und wird von ihren Mitarbeitern betreut. Dies umfasst auch eine Beteiligung am Starten und Beenden des Wahl- bzw. Auszählungsvorganges, wofür nach § 25b WahlO eigentlich nur Personen berechtigt sind, die in § 8 Abs. 1 Nr. 1 und 2 WahlO genannt sind (Wahlvorstand und Kanzler als Wahlleitung).

68 Obwohl es bezogen auf die konkret hinzugezogenen Mitarbeiter der F. P. GmbH keine Anhaltspunkte für eine Verletzung des Grundsatzes der geheimen Wahl durch diesen Personenkreis gibt, ist jedoch auf der übergeordneten satzungsrechtlichen Ebene zur Wahrung eben dieses Wahlgrundsatzes flankierend eine Verpflichtung vorzusehen, nach der der Wahlvorstand externe Dritte ausdrücklich zur Geheimhaltung verpflichten muss. Dies ist dem Umstand geschuldet, dass bereits mit der - noch zu schaffenden - satzungsrechtlichen Regelung, die die Einbeziehung externer Dritter erlaubt, in den Grundsatz der freien Wahl eingegriffen ist, weil sich dadurch zumindest abstrakt das Risiko der Ausspähung und Manipulation erhöht. Dieser Eingriff muss durch Sicherungsmaßnahmen so weit wie möglich minimiert bzw. kompensiert werden.

69 12. Ferner erfordern die Grundsätze der geheimen und freien Wahl, dass der Wähler auf Satzungsebene vor seiner Online-Stimmabgabe zur Abgabe einer Erklärung verpflichtet wird, in der er versichert, seine Stimme persönlich (oder ggf. mittels einer Hilfsperson) abgegeben zu haben.

70 Die Online-Wahl überlässt es - wie die Briefwahl - weitgehend dem Wahlberechtigten, in seinem Bereich selbst für die Wahrung des Wahlgeheimnisses und der Wahlfreiheit Sorge zu tragen. Hier ist eine Beeinträchtigung der Wahlfreiheit und des Wahlgeheimnisses durch die Anwesenheit eines Dritten bei einer Briefwie bei einer Online-Wahl zu befürchten. Daher muss der Wahlveranstalter den Wähler nicht nur auf sein Recht zur freien und geheimen Ausübung der Wahl, sondern auch auf seine Verpflichtung hinweisen, (auch online) unbeobachtet zu wählen. Um diesen Wahlgrundsätzen so weit wie möglich Geltung zu verschaffen, hat der Wähler auch bei einer OnlineWahl - analog zur Eidesstattlichen Versicherung bei der Briefwahl - dies ausdrücklich zu bestätigen (vgl. zur Briefwahl: BVerfG, Beschluss vom 24. November 1981 - 2 BvC 1/81 -, BVerfGE 59, 119-128, Rdnr. 26). Ob ohne Abgabe einer solchen Erklärung die Stimmabgabe unmöglich oder nur ungültig wird, hat der Beklagte in Ausübung des ihm eröffneten weiten Gestaltungsspielraums zu entscheiden.

71 Da die Klage im Hauptantrag Erfolg hat, ist eine Entscheidung über die hilfsweise erhobene Verpflichtungsklage nicht mehr notwendig, um dem klägerischen Begehren zu entsprechen. Aus diesem Grund bedarf es keiner Klärung, ob das verwandte elektronische Wahlsystem der Wahlordnung entspricht und mit den Wahlgrundsätzen vereinbar ist oder ob die im Wahlanfechtungsverfahren im Übrigen erhobenen Rügen Erfolg haben.

72 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO.

73 Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 167 VwGO i.V. m. §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO in entsprechender Anwendung.

74 Gründe für die Zulassung der Revision liegen nicht vor (§ 132 VwGO).

Zitiervorschlag:
OVG Weimar Urt. v. 25.3.2021 – 4 KO 395/19, BeckRS 2021, 32317

LG Frankfurt a. M. (13. Zivilkammer), Beschluss vom 18.02.2021 – 2-13 O 35/21

Titel:
Zuständigkeit der Kammer
Normenketten:
GVG § 72a Abs. 1 Nr. 7, § 348 Abs. 1 S. 2 Nr. 2
ZPO § 348 Abs. 1 S. 2 Nr. 2
InsO § 129
Amtlicher Leitsatz:
Die ab 2021 bei Landgerichten eingehenden Insolvenzstreitigkeiten im Sinne von § 72a Abs. 1 Nr. 7 GVG sind originäre Kammersachen gemäß § 348 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 ZPO.
Rechtsgebiet:
Gerichtsverfassung und Zivilverfahren
Schlagworte:
Zuständigkeit, Insolvenzstreitigkeit, Kammersache
Fundstellen:
LSK 2021, 3023
MDR 2021, 992 (m. Anm. Dr. Hendrik Schultzky)
MDR 2021, 582
NJW-RR 2021, 575
NZI 2021, 799
ZInsO 2021, 604
ECLI:
ECLI:DE:LGFFM:2021:0218.2.13O35.21.0A
Rechtskraft:
rechtskräftig

Tenor

stellt die Kammer nach § 348 Abs. 2 ZPO ihre Zuständigkeit fest.

Gründe:

I.

1 Der Kläger begehrt vom Beklagten Zahlung wegen Insolvenzanfechtung (§ 129 ff. InsO).

II.

2 Nicht der Einzelrichter nach § 348 Abs. 1 S. 1 ZPO, sondern die Kammer ist nach § 348 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 ZPO i.V.m. § 72a Abs. 1 Nr. 7 GVG zuständig.

3 Nach § 348 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 ZPO ist statt des Einzelrichters zunächst - vorbehaltlich späterer Übertragung auf den Einzelrichter nach § 348a Abs. 1 ZPO - die Kammer zuständig, wenn die Zuständigkeit der Kammer nach § 72a Absatz 1 und 2 des Gerichtsverfassungsgesetzes oder nach dem Geschäftsverteilungsplan des Gerichts wegen der Zuordnung des Rechtsstreits zu den Sachgebieten begründet ist, die sodann im Einzelnen unter den Buchst. a) bis k) aufgeführt werden. Insolvenzrechtliche Streitigkeiten und Beschwerden, Anfechtungssachen nach dem Anfechtungsgesetz sowie Streitigkeiten und Beschwerden aus dem

Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz, wie sie § 72a Abs. 1 Nr. 7 GVG nennt, finden sich in jener Aufzählung des § 348 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 ZPO jedoch nicht.

4 § 348 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 ZPO ist nicht eindeutig (vgl. (MüKoZPO/Stackmann, 6. Aufl. 2020, ZPO § 348 Rn. 4). Die Norm kann auf zwei verschiedene Arten gelesen werden, worauf der Bundesrat im Gesetzgebungsverfahren zur jüngsten Änderung der Vorschrift (Gesetz v. 12.12.2019, BGBl. I 2633 - Gesetz zur Regelung der Wertgrenze für die Nichtzulassungsbeschwerde in Zivilsachen, zum Ausbau der Spezialisierung bei den Gerichten sowie zur Änderung weiterer prozessrechtlicher Vorschriften) hinwies (BR-Drs. 366/19, S. 5f.):

„348 Absatz 1 Satz 2 Nummer 2 ZPO-E lässt nach seinem Wortlaut zwei unterschiedliche Lesarten mit abweichendem Inhalt zu, was Rechtsunsicherheiten hervorrufen kann:

Variante 1

„Die Zivilkammer entscheidet durch eines ihrer Mitglieder als Einzelrichter. Dies gilt nicht, wenn

1. …

2. die Zuständigkeit der Kammer [nach § 72a Absatz 1 und 2 des Gerichtsverfassungsgesetzes oder nach dem Geschäftsverteilungsplan des Gerichts]* wegen der Zuordnung des Rechtsstreits zu den nachfolgenden Sachgebieten begründet ist: …"

In dieser Variante wäre die Kammer als Dreiergremium - unabhängig davon, ob die Einrichtung des Spezialspruchkörpers aufgrund bundesgesetzlicher Anordnung oder aufgrund eines „freien" Präsidiumsbeschlusses erfolgt ist - immer nur dann originär zuständig, wenn kumulativ eines der im Gesetz nachfolgend aufgeführten Sachgebiete betroffen ist.

Variante 2

„Die Zivilkammer entscheidet durch eines ihrer Mitglieder als Einzelrichter. Dies gilt nicht, wenn

1. …

2. die Zuständigkeit der Kammer nach § 72a Absatz 1 und 2 des Gerichtsverfassungsgesetzes oder [nach dem Geschäftsverteilungsplan des Gerichts wegen der Zuordnung des Rechtsstreits zu den nachfolgenden Sachgebieten]* begründet ist: …"

In diesem Fall wäre die Kammer als Dreiergremium in den Fällen des § 72a GVG immer originär zuständig, gleich ob eines der nachfolgend aufgeführten Sachgebiete betroffen ist oder nicht. Letzteres wäre nur bei der Einrichtung von Spezialkammern durch „freien" Präsidiumsbeschluss von Bedeutung.

* Die Klammerung erfolgt nur zur Verdeutlichung.

5 Solange und soweit sich die Aufzählungen der Sachgebiete in § 348 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 ZPO einerseits und § 72a Abs. 1 GVG andererseits deckten, konnte dahinstehen, wie die Formulierung in § 348 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 ZPO auszulegen ist.

6 Nun ist hingegen, u.a. mit Blick auf die insolvenzrechtlichen Streitigkeiten eine Entscheidung über die Auslegungsfrage vonnöten. Die Kammer entscheidet die Frage dahingehend, dass die Zuständigkeit der Kammer bereits dann gegeben ist, wenn ein Fall von § 72a Abs. 1 GVG vorliegt, unabhängig davon, ob zusätzlich eines der in § 348 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a) bis k) genannten Sachgebiete einschlägig ist.

7 Hierbei stützt sich die Kammer auf den Wortlaut, den eindeutigen Willen des Gesetzgebers und den Sinn und Zweck der Vorschriften.

8 Der Wortlaut von § 348 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 deutet bereits daraufhin, dass die Zuordnung zu einem der genannten Sachgebiete für eine Begründung der Zuständigkeit auf Grundlage von § 72a Abs. 1 oder Abs. 2 GVG nicht zusätzlich vorliegen muss. Hätte der Gesetzgeber gewollt, dass auch insoweit die Kammerzuständigkeit nur begründet ist, wenn die Rechtsstreitigkeit zusätzlich einem der genannten Sachgebiete zugeordnet werden kann, so hätte es nahegelegen, die Konjunktion „und" zu verwenden („[…] oder nach dem Geschäftsverteilungsplan des Gerichts, und wegen der Zuordnung […]"), um deutlich zu machen, dass die Tatbestandsmerkmale kumulativ vorliegen müssen (vgl. Handbuch der Rechtsförmlichkeit, Rn. 90, abrufbar unter http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Themenseiten/RechtssetzungBuerokratieabbau/HandbuchDerRechtsfoermlichkeit_deu.pdf?blob=publicationFile).

9 Hingegen war dies gerade nicht der Wille des Gesetzgebers. Bereits der Bundesrat ging davon aus, dass die Regelung so zu verstehen sei, dass die Kammerzuständigkeit in den Fällen des § 72a GVG begründet werde, gleich ob eines der in § 348 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 GVG aufgeführten Sachgebiete betroffen ist oder nicht (BR-Drs. 366/19, S. 6). Hiernach äußerte die Bundesregierung, § 348 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 könne „sinnvollerweise nur so verstanden werden, dass eine Ausnahme vom Prinzip des originären Einzelrichters stets ohne Weiteres gegeben ist, wenn ein Spezialspruchkörper nach § 72a Absatz 1 und 2 des Gerichtsverfassungsgesetzes in der Entwurfsfassung (GVG-E) vorgesehen ist. Schon für die bisherigen Spezialspruchkörper war anerkannt, dass das Prinzip der originären Zuständigkeit des Einzelrichters in den Fällen des § 72a des Gerichtsverfassungsgesetzes (GVG), bei denen die Spezialzuständigkeit auf einer gesetzlichen Regelung beruht, nicht gelten soll (vergleiche Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz zum Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung - Bundestagsdrucksache 18/11473, S. 46). An diesem Grundsatz soll auch für die neu hinzutretenden Spezialspruchkörper festgehalten werden." (BT-Drs. 19/13828, S. 31).

10 Schließlich entspricht diese Auslegung auch Sinn und Zweck der zusammenwirkenden Regelungen von § 348 ZPO und 72a GVG. Die Einrichtung von Spezialkammern nach § 72a GVG soll zu einem Anwachsen vertiefter Kenntnisse bei den in einer Kammer tätigen Richter und damit im Ergebnis zu einer beschleunigten Bearbeitung der Verfahren, einer Steigerung der Qualität der Rechtsprechung und einer Erhöhung ihrer Akzeptanz führen (BeckOK GVG/Feldmann, 9. Ed. 15.11.2020, GVG § 72a Rn. 1a). Damit einher geht die Stärkung des Kammerprinzips in den Spezialgebieten (BeckOK GVG/Feldmann, 9. Ed. 15.11.2020, GVG § 72a Rn. 3a), weshalb es auch einen Wertungswiderspruch bedeutete, wollte man bei Spezialisierung des Spruchkörpers eine originäre Zuständigkeit des Einzelrichters annehmen (BR-Drs. 366/19, S. 6). Schließlich entwickelt sich Spezialwissen schneller in der Zusammenarbeit und im Diskurs der Richter der Kammer in den Beratungsgesprächen, als wenn nur der spezialisierte Einzelrichter den Fall bearbeitet (BeckOK ZPO/Fischer, 39. Ed. 1.12.2020, ZPO § 348 Rn. 13.4). Die so in der Kammertätigkeit erworbenen Spezialkenntnisse

können sodann auch später vom obligatorischen Einzelrichter gewinnbringend eingesetzt werden (BeckOK ZPO/Fischer, 39. Ed. 1.12.2020, ZPO § 348 Rn. 13.2).

Zitiervorschlag:
LG Frankfurt a. M. Beschl. v. 18.2.2021 – 2/13 O 35/21, BeckRS 2021, 3023

BeckRS 2021, 2985

LG Berlin (26 große Strafkammer), Beschluss vom 18.02.2021 – (526 OWi LG) 212 Js-OWi 1/20 (1/20)

Titel:
Bescheid, Migration, Gesellschaft, Auslegung, Verfahrenshindernis, Verfahren, Verbindung, Landesrecht, Anwendung, Betrieb, Mitgliedstaaten, Zurechnung, Unterlassung, Datenschutz, juristische Person, juristischen Person, nationale Regelung, Strafausspruch, Feststellung, Aufhebung, Unionsrecht, Verletzung, Wirksamkeit, Einspruch, Kommission, Strafe, Ordnungswidrigkeit, Haftung, personenbezogene Daten
Rechtsgebiete:
EDV-, Multimedia-, Medien- und Postrecht, Strafprozessrecht/OWiG
Schlagworte:
Datenschutzverstoß, Bußgeld, Juristische Person, Unwirksamkeit, Datenschutz-Grundverordnung, Bußgeldverfahren, Juristische Person
nachfolgend:
KG, Beschluss vom 22.01.2024 - 3 Ws 250/21 – 161 AR 84/21 (rechtskräftig)
Fundstellen:
BB 2021, 1041 (m. Anm. Max Kirschhöfer)
K & R 2021, 285
LSK 2021, 11887
NJ 2021, 465
NJW 2021, 2600 (Ls.)
NStZ-RR 2021, 151
NZWiSt 2021, 314 (m. Anm. Dr. Mika Kremer)
RDV 2021, 169
StV Spezial 2021, 50
ZD 2021, 270 (m. Anm. Axel von dem Busche)
Entscheidungsbesprechungen:
NJW-Spezial 2021, 433
K & R 2021, 381
ECLI:
ECLI:DE:LGBE:2021:0218.526OWILG.212JSOWI.0A
Rechtskraft:
rechtskräftig

Tenor:

1. Das Verfahren wird eingestellt.
2. Der Staatskasse fallen die Kosten des Verfahrens und die notwendigen Auslagen der … zur Last.

Gründe:

I.

1 Die Betroffene ist ein börsennotiertes Immobilienunternehmen mit Sitz in Berlin. Sie hält über gesellschaftsrechtliche Beteiligungen mittelbar 162.700 Wohneinheiten und 3.000 Gewerbeeinheiten. Eigentümer dieser Einheiten sind Tochtergesellschaften der Betroffenen, sogenannte Besitzgesellschaften, die das operative Geschäft führen und die mit der Betroffenen einen Konzern bilden. Die Geschäftstätigkeit der Betroffenen konzentriert sich auf die übergeordnete Leitung, wie die Geschäftsführung, das Personalwesen oder das Finanz- und Rechnungswesen. Die Besitzgesellschaften vermieten die Wohn- und Gewerbeeinheiten, die Verwaltung der Einheiten erfolgt ebenfalls durch Konzerngesellschaften, die sogenannten Servicegesellschaften.

2 Im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit verarbeiten die Betroffene und die genannten Konzerngesellschaften unter anderem auch personenbezogene Daten von Mieterinnen und Mietern der Wohn- und Gewerbeeinheiten. Dies geschieht im Rahmen der Neuvermietung eines Objektes, der laufenden Verwaltung eines bestehenden Mietverhältnisses oder auch beim Erwerb von bereits vermieteten Immobilien und der Übernahme der mit diesen verbundenen Mietverhältnissen. Bei diesen Daten handelt es sich unter anderem um Identitätsnachweise (etwa Personalausweiskopien), Bonitätsnachweise (etwa Kontoauszüge), Gehaltsbescheinigungen, Arbeitsnachweise. Steuer-, Sozial- und Krankenversicherungsdaten sowie Angaben zu Vormietverhältnissen.

3 Am 23. Juni 2017 wies die Berliner Beauftragte für den Datenschutz („BlnBDI" oder „Behörde") im Rahmen einer sogenannten Vor-Ort-Kontrolle nach § 38 Absatz 4 Bundesdatenschutzgesetz a.F. die Betroffene darauf hin, dass ihrer Auffassung nach Konzerngesellschaften der Betroffenen personenbezogene Daten von Mieterinnen und Mietern in einem elektronischen Archivsystem speicherten, bei dem nicht überprüft werden könne, ob eine erfolgte Speicherung zulässig oder erforderlich ist und bei dem nicht mehr erforderliche Daten nicht gelöscht werden könnten, obgleich dies nach den geltenden datenschutzrechtlichen Bestimmungen zu erfolgen habe. Im Hinblick auf diesen Umstand forderte die Behörde die Betroffene mit Schreiben vom 8. September 2017 auf, eine Vielzahl beanstandeter Dokumente aus dem elektronischen Archivsystem bis Jahresende 2017 zu löschen. Die Betroffene teilte daraufhin mit Schreiben vom 22. September 2017 mit, dass ihr die verlangte Löschung der beanstandeten Dokumente aus technischen und rechtlichen Gründen nicht möglich sei. Eine Löschung der Dokumente erfordere insbesondere zunächst die Überführung der alten Archivdaten in ein neues Archivsystem, welches wiederum Konformität mit den gesetzlichen handels- und steuerrechtlichen Aufbewahrungspflichten aufweisen müsse. Zu diesen Einwänden fand auf Wunsch der Betroffenen sodann am 1. November 2017 ein Gespräch zwischen Vertretern der Behörde und der Betroffenen statt, indem die Behörde insbesondere die Auffassung vertrat, dass es am Markt technische Lösungen gebe, die eine Umsetzung der begehrten Löschungen erlaube. Nachdem die Betroffene unter dem 30. November 2017 noch einmal schriftlich dargelegt hatte, dass die Löschungen innerhalb der gesetzten Frist nicht erfolgen könnten, forderte die Behörde die Betroffene mit Schreiben vom 20. Dezember 2017 dazu auf, die der Löschung entgegenstehenden Gründe, insbesondere einen etwaigen unverhältnismäßigen Aufwand schriftlich darzulegen. Die Betroffene beantwortete diese Aufforderung mit einer E-Mail vom 3 Januar 2018 und einem Schreiben vom

26. Januar 2018 und berichtete über den vorgesehenen Aufbau eines neuen Speichersystems, mit dem das bisherige beanstandete System ersetzt werden sollte.

4 Am 5. März 2020 nahm die BlnBDI sodann eine Prüfung in der Konzernzentrale der Betroffenen vor, bei der insgesamt 16 Stichproben im Datenbestand der Betroffenen entnommen wurden und die Betroffene die Behörde unterrichtete, dass das beanstandete Archivsystem zum 13. Februar 2020 außer Betrieb gesetzt worden sei und die Migration der Daten auf das neue System unmittelbar bevorstehe. An diesen Termin schloss sich weiterer Briefwechsel zwischen der Betroffenen und der Behörde an, insbesondere hat die Behörde die Betroffene um zahlreiche Auskünfte ersucht, die die Betroffene in mehreren Schreiben bedient hat.

5 Mit Schreiben vom 30. August 2020, zugestellt am 2. September 2020, hörte die Behörde die … als Betroffene wegen einer Ordnungswidrigkeit an und teilte ihr mit, gegen sie ein Ordnungswidrigkeitsverfahren eingeleitet zu haben. Mit der Anhörung verlangte die Behörde Auskunft über die vertretungsberechtigten Leitungspersonen der Betroffenen, die die Betroffene mit Schreiben vom 12. September 2020 beantwortet hat. Nach Stellungnahme der Betroffenen mit Schreiben vom 30. September 2020 erließ die BlnBDI am 30. Oktober 2020 sodann den verfahrensgegenständlichen Bußgeldbescheid gegen die Betroffene, der dieser am 31. Oktober 2020 zugestellt worden ist. Die Behörde verhängte mit dem Bußgeldbescheid vom 30. Oktober 2020 gegen die Betroffene wegen „vorsätzlicher" Verstöße gegen Artikel 25 Absatz 1, Artikel 5 Absatz 1 lit. a), c) und e) sowie gegen Artikel 6 Absatz 1 DS-GVO ein Bußgeld in Höhe von EUR 14.549.503,50. Die … als Betroffene habe es danach zumindest im Tatzeitraum zwischen dem 25. Mai 2018 und dem 5. März 2019 unterlassen, die notwendigen Maßnahmen zur Ermöglichung der regelmäßigen Löschung nicht mehr benötigter oder in sonstiger Weise zu Unrecht gespeicherter Daten von Mietern zu treffen. Die … habe ferner personenbezogene Daten von mindestens fünfzehn näher bezeichneten Mietern fortgesetzt gespeichert, obgleich ihr bekannt gewesen sei, dass die Speicherung nicht oder nicht mehr erforderlich war und sie habe damit bewusst in Kauf genommen, Datenschutzgrundsatze zu verletzen. Hinsichtlich der Tatvorwürfe habe die … vorsätzlich gehandelt.

6 Mit Schreiben ihrer Prozessbevollmächtigten vom 7. November 2020 legte die Betroffene gegen den Bußgeldbescheid Einspruch ein, der der Behörde noch am selben Tage durch Faxschreioen zuging und den die Betroffene mit Schriftsatz ihrer Prozessbevollmächtigten vom 14. August 2020 begründete. Sie führt neben Einwänden zu den tatbestandlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen der vermeintlich verletzten Bußgeldvorschriften insbesondere aus, dass bereits ein Verfahrenshindemis bestehe, da der Bußgeldbescheid die … als Betroffene führe, was im Ordnungswidrigkeitenrecht nicht vorgesehen sei.

7 Wegen des weiteren Sachstandes wird auf den Akteninhalt verwiesen.

II.

8 Das Verfahren war nach § 206 a StPO in Verbindung mit §§ 46, 71 OWiG durch Beschluss einzustellen, da ein Verfahrenshindernis besteht.

9 1. Der Bußgeldbescheid der Berliner Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit vom 30. Oktober 2019 leidet unter derart gravierenden Mangeln, dass er nicht Grundlage des Verfahrens sein kann.

10 a) Der Bußgeldbescheid wurde gegen die … erlassen, mithin gegen eine Europäische Gesellschaft, eine juristische Person des Privatrechts mit eigener Rechtspersönlichkeit i.S.v. § 1 Absatz 1 AktG in Verbindung mit §§ 1 ff. SEAG in Verbindung mit Artikel 1 Absatz 3 der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft. Die … wurde von der BlnBDI als Betroffene im Sinne des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten behandelt. Ihr wurde im Bußgeldbescheid an zahlreichen Stellen die vorsätzliche Verwirklichung von Ordnungswidrigkeitstatbeständen vorgeworfen. In der Stellungnahme der Berliner Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit vom 28. Oktober 2020 zur Einspruchsbegründung der Betroffenen hat die Behörde bekräftigt, der Bescheid richte sich allein gegen die … vertreten durch ihre Geschäftsführung.

11 Eine juristische Person kann indes nicht Betroffene in einem Bußgeldverfahren, auch nicht in einem solchen nach Artikel 83 der Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung oder DS-GVO), sein. Denn eine Ordnungswidrigkeit kann nur eine natürliche Person vorwerfbar begehen. Der juristischen Person kann lediglich ein Handeln ihrer Organmitglieder oder Repräsentanten (der natürlichen Personen) zugerechnet werden. Sie kann deshalb im Bußgeldverfahren nur Nebenbeteiligte sein. Die Verhängung einer Geldbuße gegen sie ist in § 30 OWiG geregelt, der über § 41 Absatz 1 BDSG auch für Verstöße nach Artikel 83 Absatz 4 bis 6 DS-GVO Anwendung findet. Danach kann entweder in einem einheitlichen Verfahren gegen die juristische Person eine Geldbuße festgesetzt werden, wenn wegen der Tat des Organmitgliedes oder Repräsentanten, also der natürlichen Person, gegen diese ein Bußgeldverfahren durchgeführt wird, oder aber nach § 30 Absatz 4 OWiG in einem selbständigen Verfahren. Voraussetzung ist dann freilich, dass wegen der Tat des Organmitgliedes oder Repräsentanten der juristischen Person ein Verfahren nicht eingeleitet oder ein solches Verfahren eingestellt wird. Allerdings muss, da die juristische Person selbst eine Ordnungswidrigkeit nicht begehen kann, auch in diesem sogenannten selbständigen Verfahren eine vorwerfbare Ordnungswidrigkeit eines Organmitgliedes der juristischen Person festgestellt werden.

12 Der verfahrensgegenständliche Bußgeldbescheid vom 30. Oktober 2019 wurde offensichtlich nicht als selbständiger Bescheid gemäß § 30 Absatz 4 OWiG erlassen. Die BlnBDI war sich der dargestellten Rechtslage nicht bewusst und vertritt die Auffassung, eine juristische Person könne im Ordnungswidrigkeitenrecht wie eine natürliche Person behandelt werden. Der Bußgeldbescheid erging daher in einem Verfahren, das im Gesetz über Ordnungswidrigkeiten nicht vorgesehen und daher nicht zulässig ist. Der Bescheid ist deshalb unwirksam (vgl. OLG Stuttgart, Beschluss vom 1. Februar 1993 - 4 Ss 573/92. MDR 1993, 572).

13 aa) Dabei übersieht die Kammer nicht, dass in der rechtswissenschaftlichen Literatur und vom Landgericht Bonn (Urteil vom 11. November 2020 - 29 OWi 1/20, BeckRS 2020, 35663) vertreten wird, Artikel 83 DS-GVO allein sei hinreichende Rechtsgrundlage für eine sogenannte unmittelbare Verbandshaftung juristischer Personen (vgl. etwa: BeckOK DatenschutzR/Holländer DS-GVO Art. 83 Rn. 9; Kühling/Buchner/Bergt, DS-GVO BDSG, DSGVO Art. 83 Rn. 20; BeckOK DatenschutzR/Brodowski/Nowak, § 41 BDSG Rn. 11). Nach dieser Auffassung

besteht für die Datenschutz-Grundverordnung ein Anwendungsvorrang vor nationalen Vorschriften, da es andernfalls zu ungewünschten Wettbewerbsverzerrungen in den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union im Hinblick auf die Durchsetzungen der europarechtlichen Datenschutzregeln kommen könne. Nationale Vorschriften wie § 41 Absatz 1 BDSG in Verbindung mit §§ 30, 130 OWiG, seien wegen des Grundsatzes der praktischen Wirksamkeit (effet utile) so auszulegen, dass ihre Anwendung nicht zu Vollzugsdefiziten führen könne - und wo dies nicht gelänge, seien sie gar nicht anzuwenden. Schließlich gäben die Erwägungsgründe der Datenschutz-Grundverordnung Hinweis darauf, dass der europäische Verordnungsgesetzgeber das Sanktionsregime des europäischen Kartellrechtes habe nachbilden wollen, dem eine unmittelbare Verbandshaftung zugrunde liege. Danach bedarf es gerade nicht der Feststellung einer Tathandlung durch eine natürliche Person, die dem Verband zugerechnet werden müsste (sogenannte Anknüpfungstat). Vielmehr sei die juristische Person selbst Täter und nach dem insoweit unmittelbar anwendbaren Unionsrecht auch schuldfähig.

bb) Dieser Auffassung vermag sich die Kammer indes nicht anzuschließen.

Nach Artikel 83 DS-GVO in Verbindung mit Artikel 4 Nr. 7 und 8 DS-GVO sind Geldbußen für Verstöße gegen die DS-GVO gemäß Artikel 83 Absätze 4 bis 6 DS-GVO nicht nur gegen natürliche Personen, sondern auch gegen juristische Personen als „Verantwortlicher" im Sinne des Artikel 4 Nr. 7 DS-GVO oder „Auftragsverarbeiter" im Sinne des Artikel 4 Nr. 8 DS-GVO zu verhängen. Nähere Bestimmungen zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen für von ihnen zurechenbaren natürlichen Personen begangene Verstöße gegen die Datenschutz-Grundverordnung enthält die Verordnung indes nicht.

Auf das von der BlnBDI geführte Ordnungswidrigkeitsverfahren für die Verhängung einer Geldbuße nach Artikel 83 Absatz 4-6 DS-GVO findet nach § 41 BDSG aber das Gesetz über Ordnungswidrigkeiten Anwendung. Die Norm dient - neben der allgemeinen Umsetzungsverpflichtung europäischen Rechts aus Artikel 197 Absatz 3 Satz 1, 291 Absatz 1 des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) - der Umsetzung des spezifischen Regelungsauftrages aus Artikel 83 Absatz 8 DS-GVO. Danach haben die Mitgliedstaaten für die Ausübung der Befugnisse gemäß Artikel 83 DS-GVO durch die zuständige Aufsichtsbehörde angemessene Verfahrensgarantien einschließlich wirksamer gerichtlicher Rechtsbehelfe und ordnungsgemäßer Verfahren vorzusehen. § 41 Absatz 1 BDSG erklärt daher die Anwendung des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten für die Verstöße nach Artikel 83 Absatz 4 bis 6 DS-GVO und damit für das „ob" einer Tatbestandsverwirklichung unter Ausnahme der §§ 17, 35, 36 OWiG, für anwendbar. § 41 Absatz 2 BDSG regelt sinngleiches für das Verfahren wegen eines Verstoßes gegen Artikel 83 Absatz 4 bis 6 DS-GVO. Die Regelung ist erforderlich, da das Gesetz über Ordnungswidrigkeiten nach dessen § 2 Absatz 2 Satz 2 nur für Bundes- und Landesrecht gilt. Der Nichtanwendungsbefehl für die §§ 17, 35, 36 OWiG folgt dabei daraus, dass in der diesen Normen zugrundeliegenden Regelungsmaterie, namentlich der Bußgeldhöhe und der Zuständigkeit der Aufsichtsbehörde, die Datenschutz-Grundverordnung abschließende Regelungen getroffen hat (vgl. BT-Drs. 18/11325, S. 108 zu § 41). Für den Bereich der Zurechnung schuldhaften Verhaltens ist dies freilich nicht der Fall, weshalb die §§ 30, 130 OWiG auch im Rahmen von Verstößen nach Artikel 83 Absatz 4 bis 6 DS-GVO anwendbar bleiben (vgl. Gola,

Datenschutzgrundverordnung, Art. 83, Rn. 11; Sydow/Popp DS-GVO Art. 83 Rn. 5, Art. 84 Rn. 3: Piltz. BDSG Praxiskommentar für die Wirtschaft, § 41 Rn. 7 ff.: Schantz/Wolff, Das neue Datenschutzrecht, Rn. 1128, 1132-1135; zur vergleichbaren Rechtslage in Österreich: ÖVwGH. Erkenntnis vom 12.5.2020 - Ro 2019/04/0229. ZD 2020, 463; BVwG, Spruch vom 19. August 2019 - W211 2217629-1/10E Rn. 29 ff.; Spruch vom 23. Oktober 2019 - W258 2227269-1/114E. sub. 3.11).

17 Die Regelung der Zurechnung der durch natürliche Personen begangenen Verstöße ist erforderlich, da die juristische Person selbst nicht handelt, ihre Organe und Vertreter tun dies für sie. Eine Ordnungswidrigkeit aber ist eine rechtswidrige und vorwerfbare Handlung, die den Tatbestand eines Gesetzes verwirklicht, welches die Ahndung mit einer Geldbuße zulässt (vgl. § 1 Absatz 1 OWiG). Insoweit ist die Feststellung eines vorwerfbaren Verhaltens einer natürlichen Person die notwendige Grundvoraussetzung für die Begründung einer Verantwortlichkeit des möglicherweise pflichtigen Rechtsträgers.

18 Der Wortlaut des § 41 Absatz 1 Satz 1 BDSG, der für Verstöße nach Artikel 83 Absatz 4 bis 6 der DS-GVO die „sinngemäße" Anwendung der Vorschriften des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten vorsieht, liefert - entgegen der Auffassung der Behörde - keinen Hinweis darauf, dass die Normen des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten „eingeschränkt" oder gar selektiv überhaupt nicht anzuwenden wären. Es handelt sich bei diesem Verweis vielmehr um eine gängige Inbezugnahme außerhalb des Ausgangstextes liegender Vorschriften. Hierzu stehen dem Gesetzgeber verschiedene Formen des Verweises zur Verfügung. Einer von ihnen ist die sogenannte Analogieverweisung, die rechtsförmlich zutreffend mit dem Wort „sinngemäß" oder „entsprechend" verbunden wird. Damit soll bestimmt werden, dass der Bezugstext - hier das Gesetz über Ordnungswidrigkeiten - nicht wörtlich, sondern nur sinngemäß angewandt wird, was immer dann angezeigt ist. wenn der Bezugstext nicht wörtlich passt. Eine inhaltliche Einschränkung dahingehend, dass bestimmte Normen des Bezugstextes gar nicht gelten, ist davon indes nicht erfasst. Grundsätzlich wird vielmehr der Bezugstext Bestandteil der verweisenden Regelung (zum Ganzen: Handbuch der Rechtsförmlichkeit. BAnz. Nr. 160a vom 22. September 2008. Rn. 218 ff., 232 ff.). Dementsprechend lässt sich aus dem Analogieverweis auf die Normen des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten auch keinesfalls ableiten, dass die §§ 30, 130 OWiG nicht oder einschränkt auf den hiesigen Sachverhalt anwendbar wäre.

19 Zu keinem anderen Ergebnis führt es, dass § 41 Absatz 1 Satz 1 BDSG die einschränkende Wendung „soweit dieses Gesetz nichts anderes bestimmt" enthält. Anders als die Behörde meint, ist mit der Bezeichnung „dieses Gesetz" nicht etwa die DS-GVO gemeint. Nicht nur wäre die DS-GVO als „Gesetz" rechtsförmlich unzutreffend bezeichnet worden. Das verweisende Gesetz - hier das Bundesdatenschutzgesetz - wird stets als „dieses Gesetz" bezeichnet (vgl. Handbuch der Rechtsförmlichkeit. BAnz. Nr. 160a vom 22. September 2008, Rn. 275 f., 310).

20 Der historische Gesetzgeber des Bundesdatenschutzgesetzes ist denn auch augenscheinlich von der Anwendbarkeit der §§ 30, 130 OWiG im Falle eines Verstoßes gegen die DS-GVO ausgegangen. Denn während der erste Referentenentwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680

(Datenschutz-Anpassungs- und - Umsetzungsgesetz EU) in § 39 Absatz 1 Satz 2 BDSG-RefE noch die ausdrückliche Nichtanwendung der §§ 30, 130 OWiG vorsah, ist dieser Normbefehl in der Gesetz gewordenen bedeutungs- und im Übrigen wortlautgleichen Vorschrift des § 41 Absatz 1 Satz 2 BDSG gestrichen worden und auch nicht durch die letzte Novelle des Bundesdatenschutzgesetzes, durch das zweite Gesetz zur Anpassung des Datenschutzrechts vom 20. November 2019, geändert worden. Dabei war sich der Gesetzgeber mindestens durch die Entschließung der 97. Konferenz der unabhängigen Datenschutzbehörden des Bundes und der Länder vom 3. April 2019, mit dem für eine „klarstellende" Ergänzung des § 41 Absatz 1 Satz 2 BDSG und die Nichtanwendung der §§ 30, 130 OWiG geworben wird, der Folgen seiner Entscheidung bewusst.

21 Die insoweit unzweideutige Entscheidung des Gesetzgebers findet einen guten Grund in den Grenzen der verfassungsmäßigen Ordnung. Denn Hintergrund des Erfordernisses der Anknüpfung an die Handlung einer natürlichen Person ist das aus dem Rechtsstaatsprinzip des Artikel 20 Absatz 3 Grundgesetz (GG), aus Artikel 103 Absatz 2 GG, der allgemeinen Handlungsfreiheit des Artikel 2 Absatz 1 GG sowie der Menschenwürde in Artikel 1 Absatz 1 GG folgende Schuldprinzip. Ohne eine Anknüpfung an eine schuldhafte Handlung ist ein staatlicher Strafausspruch nicht möglich. Wobei jede Strafe, nicht nur die Strafe für kriminelles, sondern auch die strafähnliche Sanktion für sonstiges Unrecht, die Elemente von Repression und Vergeltung beinhaltet, die ein Übel wegen eines rechtswidrigen Verhaltens verhängt, dem Schuldprinzip unterliegt (BVerfG. Beschluss vom 25. Oktober 1966 - 2 BvR 506/63. NJW 1967, 195; Urteil vom 30. Juni 1976 - 2 BvR 435/76. NJW 1976, 1883: Beschluss vom 14. Juli 1981 - 1 BvR 575/80). Dieses gilt daher auch im Ordnungswidrigkeitenrecht. Die schuldhafte Handlung des Einzelnen setzt aber dessen eigene Verantwortung und die Willensfreiheit voraus, sich für Recht oder Unrecht entscheiden zu können. Diese Entscheidung vermag die juristische Person nicht zu treffen, weshalb es insoweit immer der Anknüpfung an die Handlung einer natürlichen Person bedarf. Auf dieser Linie liegt es. wenn auch das aktuelle Gesetzgebungsverfahren zu einem Verbandssanktionengesetz in der Entwurfsfassung des § 3 VerSanG-E (vgl. BT-Drcks. Drucksache 19/23568, S. 11) auf die Begehung einer Straftat durch eine Leitungsperson oder die Verletzung einer Aufsichtspflicht abstellt und insoweit am bestehenden Konzept der Notwendigkeit der Verantwortlichkeit einer natürlichen Person festhält.

22 Der Hinweis darauf. der europäische Verordnungsgesetzgeber habe mit der Datenschutzgrundverordnung das Sanktionsregime des europäischen Kartellrechts nachbilden wollen, weshalb - wie dort - eine unmittelbare Verbandsverantwortlichkeit in Betracht komme, überzeugt ebenfalls nicht.

23 Zunächst ist das europäische Kartellrecht davon geprägt, dass es nach Artikel 4 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln (KartellVO) grundsätzlich von der europäischen Kommission kraft eigener Kompetenz umgesetzt wird, wohingegen die DS-GVO durch nationale Aufsichtsbehörden exekutiert werden soll. Mag auch Artikel 5 KartellVO eine Zuständigkeit der nationalen Wettbewerbsbehörden zur Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts begründen, so ist doch für die Reichweite dieser behördlichen Befugnisse weiterhin das innerstaatliche Recht maßgeblich. Die nationalen Behörden können dementsprechend Verstöße gegen europäisches Recht nur

verfolgen, soweit es nationale Bestimmungen zulassen. Dies gilt im Besonderen auch für die bußgeldrechtliche Haftung eines Unternehmens im Sinne des weiten Unternehmensbegriffs nach europäischer Rechtsprechung (zu diesem: EuGH. Urteil vom 10. September 2009 - C-97/08 - EuZW 2009, 816, 821 [Akzo Nobel u.a./ Kommission], Rn. 54 ff.: EuG. Urteil vom 14. Dezember 2006 - T-259/02, BeckRS 2006, 140069. Rn. 21). Denn für das deutsche Recht hat der nationale Gesetzgeber sich für das Rechtsträgerprinzip entschieden, wie es etwa in § 30 OWiG zum Ausdruck kommt. Die Verhängung einer allgemeine Unternehmensgeldbuße durch deutsche Kartellbehörden ohne Anknüpfung an die Tat eines Repräsentanten kommt danach nicht in Betracht (vgl. BGH. Beschluss vom 16. Dezember 2014 - KRB 47/13, NZKart 2015, 272, 275 f. [Silostellgebühren III]; Beschluss vom 10. August 2011 - KRB 55/10. NJW 2012, 164, 165 [Versicherungsfusion]; OLG Düsseldorf, Urteil vom 17. Dezember 2012 - V-1 Kart 7/12 (OWi)- NZKart 2013, 166, 167 ff. [Silostellgebühren II]). Das nationale Kartellbußgeldrecht enthält auch nach der jüngsten Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) keine Ausnahme von diesem Rechtsgrundsatz. Nach den §§ 81 ff. GWB setzt die Bebußung eines Unternehmens voraus, dass die Tat durch eine Leitungsperson selbst oder zwar durch eine andere Person begangen wurde, aber die Leitungsperson sich einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Aufsichtspflichtverletzung (§ 130 OWiG) schuldig gemacht hat. Dies gilt insbesondere auch mit Blick auf die Vorschriften der §§ 81 a bis 81 c GWB. Soweit danach eine gegen ein Unternehmen oder eine Unternehmensvereinigung zu verhängende Geldbuße in Rede steht, geht es dabei - wie bereits in der Vorgängernorm des § 81 Absatz 4 Satz 2 GWB - insbesondere um die Bußgeldbemessung, ohne dass damit die in § 30 OWiG vorgesehene Begrenzung der Ahndung einer Organtat gegenüber derjenigen juristischen Person, deren Organ die Tat begangen hat. aufgehoben wäre (vgl. BGH, Beschluss vom 10. August 2011 - KRB 55/10. NJW 2012, 164, 166 [Versicherungsfusion]).

24 Insoweit vermag auch der Hinweis auf Erwägungsgrund 150 zur DS-GVO nicht die Annahme rechtfertigen, der europäische Verordnungsgesetzgeber der DS-GVO habe die Übernahme des gesamten supranationalen kartellrechtlichen Sanktionsregimes gewollt. Denn Erwägungsgrund 150 (Satz 3) zur DS-GVO betrifft die Bemessung einer möglichen Bußgeldhöhe allein. Er verhält sich damit zur Rechtsfolge eines Verstoßes und keinesfalls - wie etwa der die europäische Kommission ermächtigende Artikel 23 KartellVO - auch zu dessen Voraussetzungen. Satz 3 des Erwägungsgrundes lautet: „Werden Geldbußen Unternehmen auferlegt, sollte zu diesem Zweck der Begriff „Unternehmen" im Sinne der Artikel 101 und 102 AEUV verstanden werden." Die Formulierung setzt zunächst voraus, dass überhaupt eine Buße gegen ein „Unternehmen" verhängt wird. Zur Frage der Bemessung der Höhe dieser Buße nimmt Erwägungsgrund 150 erkennbar Bezug auf Artikel 83 Absatz 4 bis 6 DS-GVO und möchte damit erreichen, dass im Falle der Verhängung einer Buße gegen ein „Unternehmen" eben nicht allein der erzielte Jahresumsatz des (unmittelbar) betroffenen Rechtsträgers zur Bemessungsgrundlage gemacht wird, sondern vielmehr - i.S.v. Artikel 101 f. AEUV und des kartellrechtlichen, weiten Unternehmensbegriffs - der Umsatz der handelnden wirtschaftlichen Einheit (vgl. Immenga/Mestmäcker/Zimmer, Wettbewerbsrecht, Art. 101 Abs. 1 AEUV. Rn. 9 ff.). Diese Ausdeutung wird in systematischer Hinsicht durch Satz 4 des Erwägungsgrundes gestützt, der sich mit

der Bemessung der Bußgeldhöhe - und dieser allein - bei natürlichen Personen befasst.

25 Nach Auffassung der Kammer erlaubt es zudem das Gesetzlichkeitsprinzip des Artikel 103 Absatz 2 GG nicht, die Frage der Verantwortlichkeit einer juristischen Person im Rahmen einer staatlichen Sanktionsanordnung durch die eine europäische Verordnung begleitenden Erwägungsgründe zu manifestieren, die zudem erkennbar nicht Bestandteil der Verordnung selbst sind.

26 Schließlich ist für die Kammer auch nicht erkennbar, dass sich aus dem unionsrechtlichen Effektivitätsgebot (Art. 197 AEUV) eine Pflicht zur Übernahme des unionsrechtlichen Modells der Verbandsverantwortlichkeit ergeben sollte. Denn dieses belässt den Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung des Sanktionsregimes einen Ermessensspielraum, der verfassungskonform, hier insbesondere unter Beachtung des Schuldgrundsatzes auszufüllen ist (vgl. zum Kartellrecht: Böse. ZStW 126 (2014), 132, 155).

27 Zwar wird wohl zutreffend darauf hingewiesen, dass es zur effektiven Durchsetzung der Regelungsziele der Datenschutzgrundverordnung erforderlich ist, dass das nationale Recht wirksame und hinreichend abschreckende Sanktionen zulässt, womit die Pflicht der nationalen Gerichte einhergehen dürfte, das einzelstaatliche Recht möglichst so auszulegen, dass bei einer Zuwiderhandlung gegen die DS-GVO effektive Sanktionen verhängt werden können. Die Pflicht zur unionsrechtskonformen Auslegung findet aber in den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, insbesondere im Grundsatz der Rechtssicherheit, insofern ihre Schranken, als sie nicht als Grundlage für eine Auslegung des nationalen Rechts contra legem, also entgegen den nach nationalem Recht zulässigen Methoden richterlicher Rechtsfindung, dienen darf (vgl. EuGH. Urteil vom 16. Juli 2009 - C 12/08, BeckRS 2009, 70805. Rn. 61 [Mono Car Styling]: BGH. Urteil vom 26. November 2008 - VIII ZR 200/0, BGHZ 179, 27 Rn. 19 ff. m.w.N.). Besondere Geltung beanspruchen diese Grundsätze für Vorschriften auf dem Gebiet des Straf- oder Ordnungswidrigkeitenrechts (EuGH. Urteil vom 16. Juni 2005 - C-105/03, NJW 2005, 2839 Rn. 47 [M. Pupino]: KK-OWiG/Rogall, § 3 Rn. 83 m.w.N.), bei deren Auslegung dem im deutschen und auch europäischen Verfassungsrecht verankerten Gesetzlichkeitsprinzip (Artikel 103 Absatz 2 GG, Artikel 49 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union [2007/C 303/01]; Artikel 7 der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten) und somit auch der Wortsinngrenze besondere Bedeutung zukommt. Eine gesetzlich nicht vorgesehene strafrechtliche Verantwortlichkeit kann danach auf eine unionsrechtskonforme Auslegung selbst dann nicht gestützt werden, wenn die in Rede stehende nationale Regelung sich andernfalls als unionsrechtswidrig erweisen könnte (EuGH, Urteil vom 28. Juni 2012 - C-7/11, BeckRS 2012, 81321 [Caronna]: BGH, Beschluss vom 16. Dezember 2014 - KRB 47/13 - Silostellgebühren III. NZKart 2015, 272, 274).

28 Die hier anzuwendenden Bestimmungen in §§ 30, 130 OWiG i.V.m. § 41 BDSG schließen die bußgeldrechtliche Inanspruchnahme der Betroffenen auf der Grundlage des verfahrensgegenständlichen Bescheides aus. Denn nach ihrem Wortlaut ist für die Verantwortlichkeit der juristischen Person eine schuldhafte Handlung eines ihrer Repräsentanten erforderlich. Dieses Erfordernis kann nicht im Wege der Auslegung der Norm oder durch die Annahme einer Verbandsverantwortlichkeit „sui generis" entfallen, ohne die Wortlautgrenze zu überschreiten und damit einen Verstoß gegen das Analogieverbot des Artikel 103

Absatz 2 GG zu begründen (vgl. dazu BVerfG. Urteil vom 11. November 1986 - 1 BvR 713/83. BeckRS 1986, 50. Rn. 65).

29 Es ist überdies lediglich pauschal dargetan worden, dass der Nachweis der Begehung einer Ordnungswidrigkeit durch das Erfordernis des Nachweises einer pflichtwidrigen Organhandlung i.S.v. §§ 30, 130 OWiG erschwert sei. Nicht dargetan ist indessen, dass sie den handelnden Aufsichtsbehörden dadurch nicht möglich wäre. Es ist im hiesigen Falle im Besonderen verwunderlich, dass die verfahrensgegenständlichen Verstöße gegen Datenschutzgesetze durch die Behörde bereits im Jahre 2017 - und damit vor Inkrafttreten der DS-GVO - festgestellt worden sind, verschiedene Vor-Ort Termine stattgefunden haben, Auskünfte, etwa über technische Details der Datenverarbeitung verlangt worden sind, und die Betroffene auch entsprechende Auskünfte erteilt hat. dass jedoch von der Behörde keine hinreichenden Ermittlungen zu den unternehmensinternen Verantwortlichkeiten für die beanstandeten Verstöße erfolgt sind. In diesem Falle dürfte es naheliegen, dass bereits eine Offenlegung der Organisationsstruktur im Unternehmen der Betroffenen zu einer Ermittlung von für die Datenverarbeitungsvorgänge verantwortlichen Personen geführt hätte und so möglicherweise etwa eine Aufsichtspflichtverletzung hätte dargelegt werden können. Vor diesem Hintergrund ist nicht ersichtlich, dass unter Beachtung der §§ 30, 130 OWiG keine wirksamen und abschreckenden Sanktionen verhängt werden können.

30 b) Auch bei einer Umdeutung des Bescheids in einen selbständigen Bußgeldbescheid gemäß § 30 Absatz 4 OWiG genügte dieser nicht den Anforderungen, die an einen solchen als Verfahrensgrundlage zu stellen wären.

31 Der Bußgeldbescheid, der im gerichtlichen Verfahren anstelle des Anklagesatzes tritt, begrenzt nach Person und Sache den Prozessgegenstand. Aus ihm muss sich die tatsächlich und rechtlich näher bezeichnete Beschuldigung ergeben (vgl. § 66 OWiG). Voraussetzung für die Festsetzung einer Geldbuße gegen eine juristische Person im selbständigen Verfahren gemäß § 30 Absatz 4 OWiG ist. wie bereits dargelegt, zudem, dass eines ihrer Organe eine Ordnungswidrigkeit begangen hat. die der juristischen Person zuzurechnen ist.

32 Der Bußgeldbescheid vom 30. Oktober 2019 erfüllt diese Abgrenzungsfunktion nicht. Der Tatvorwurf ist nicht bestimmt. Es fehlt etwa die Angabe von Tatzeit und -ort sowie des Organmitgliedes, das schuldhaft und der Betroffenen zurechenbar die Einrichtung eines den datenschutzrechtlichen Anforderungen genügenden EDV-Systems unterlassen oder aber eine rechtzeitige Löschung relevanter Daten nicht veranlasst haben soll. Der Bescheid enthält - mit Blick auf die Rechtsauffassung der Behörde konsequent - auch sonst keine Angaben zur konkreten Tathandlung selbst oder ihrer Unterlassung. Ihm lässt sich nicht entnehmen, worauf ein Vorwurf, die datenschutzrechtlichen Anforderungen seien nicht eingehalten worden, gestützt wird. Dies wäre aber umso mehr erforderlich, als, wie aus der Akte ersichtlich ist. die Behörde zu den Vorwürfen bei der Betroffenen Ermittlungen geführt hat und über einen längeren Zeitraum mit dieser über die gegenständlichen Vorwürfe in Kontakt stand, sich etwa schriftlich und in persönlichen Gesprächen Fragen von Mitarbeitern des Unternehmens beantworten ließ. Insoweit wären Ausführungen dazu möglich und notwendig gewesen, aus welchen Umständen die Behörde eine Verantwortlichkeit der Betroffenen herleiten möchte. Der Bußgeldbescheid enthält gleichwohl keinen konkreten Tatvorwurf gegen ein Organ der juristischen Person.

Dieser Mangel kann auch nicht mehr gemäß §§ 71 Absatz 1 OWiG, 265 StPO durch einen Hinweis des Gerichts behoben werden. Auch bei Umdeutung des Bußgeldbescheides in einen selbständigen Bescheid nach § 30 Absatz 4 OWiG müsste deshalb das Verfahren wegen eines Verfahrenshindernisses eingestellt werden.

3 2. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 71 OWiG, 467 Absatz 1, Absatz 3 StPO.

3 Es erscheint nicht unbillig, der Staatskasse die notwendigen Auslagen der … aufzuerlegen, da das Verfahrenshindernis von Anfang an bestand.

Zitiervorschlag:
LG Berlin Beschl. v. 18.2.2021 – 526 OWi LG 1/20, BeckRS 2021, 2985

BeckRS 2020, 37422

BAG (4. Senat), Urteil vom 09.09.2020 – 4 AZR 385/19

Titel:
Gesetzlicher Übergang auf Optionskommune - Bezugnahmeklausel
Normenketten:
GG Art. 12 Abs. 1
SGB II § 6c
TVG § 3, § 4
Redaktionelle Leitsätze:
1. § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II ordnet im Wege der gesetzlichen Geltungserstreckung an, dass auf die übergegangenen Arbeitsverhältnisse die Tarifverträge anzuwenden sind, die für den übernehmenden Rechtsträger gelten, ohne dass es auf die Tarifgebundenheit des übergegangenen Arbeitnehmers ankäme. (Rn. 18) (Rn. 23)
2. Bei aufgrund arbeitsvertraglicher Bezugnahme anwendbaren Tarifnormen handelt es sich rechtlich um einzelvertragliche Abreden. Normativ geltende und kraft arbeitsvertraglicher Bezugnahmeklausel anwendbare Tarifnormen sind grundsätzlich streng voneinander zu unterscheiden. Eine Kollision zwischen den kraft beiderseitiger Tarifgebundenheit für das Arbeitsverhältnis der Parteien normativ geltenden und den aufgrund arbeitsvertraglicher Bezugnahme anwendbaren Tarifvorschriften ist nach dem Günstigkeitsprinzip (§ 4 Abs. 3 TVG) zu lösen. (Rn. 22)
Orientierungssätze der Richterinnen und Richter des BAG:
1. Ein kommunaler Träger (Optionskommune) tritt in die Rechte und Pflichten aus den auf ihn gemäß § 6c Abs. 1 Satz 1 SGB II kraft Gesetzes übergehenden Arbeitsverhältnissen ein. Hierzu gehören auch solche, die sich aus einer vertraglichen Bezugnahme auf Tarifverträge ergeben (Rn. 16).
2. Arbeitsvertraglich in Bezug genommene Tarifverträge werden nach einem Übergang des Arbeitsverhältnisses kraft Gesetzes (§ 6c Abs. 1 Satz 1 SGB II), soweit der neue Arbeitgeber tarifgebunden ist, aufgrund der gesetzlichen Anordnung in § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II, nach der die für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des neuen Trägers jeweils geltenden Tarifverträge auf übergehende Arbeitsverhältnisse „ausschließlich" anzuwenden sind, vollständig verdrängt (Rn. 21 ff.).

3. Die Verdrängung einzelvertraglich in Bezug genommener Tarifverträge durch die für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des neuen Trägers geltenden Tarifverträge begegnet im Hinblick auf die besondere Situation beim Übergang von der Bundesagentur für Arbeit zu einer Optionskommune nach § 6c SGB II keinen verfassungsrechtlichen Bedenken (Rn. 37 ff.).

Rechtsgebiet:

Arbeitsrecht

Schlagworte:

Gesetzlicher Übergang auf Optionskommune, Bezugnahmeklausel, Tarifgebundenheit , Tarifvorschriften, Günstigkeitsprinzip

vorgehend:

LAG Thüringen, Urteil vom 06.06.2019 - 2 Sa 7/18 (rechtskräftig)
ArbG Suhl, Urteil vom 19.05.2016 - 5 Ca 2023/15 (nicht rechtskräftig)

Verhältnis zu bisheriger Rechtsprechung:

Zu OS 1. bis 3.: Bestätigung von BAG 11. Dezember 2019 - 4 AZR 310/16 -

Fundstellen:

AP SGB II § 6c Nr. 12
AuR 2021, 140 (Ls.)
LSK 2020, 37422
NZA 2021, 221

Entscheidungsbesprechungen:

ArbRAktuell 2021, 78

ECLI:

ECLI:DE:BAG:2020:090920.U.4AZR385.19.0

Rechtskraft:

rechtskräftig

KI-generierte Zusammenfassung:

Das Bundesarbeitsgericht entschied, dass aufgrund der gesetzlichen Geltungserstreckung nach § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II die Tarifverträge des übernehmenden Rechtsträgers auf übergegangene Arbeitsverhältnisse anzuwenden sind, ohne dass es auf die Tarifgebundenheit des übergegangenen Arbeitnehmers ankommt.
Die Klägerin, ursprünglich bei der Bundesagentur für Arbeit beschäftigt, war durch gesetzlichen Übergang in ein Arbeitsverhältnis mit dem beklagten kommunalen Träger getreten. Das Gericht stellte fest, dass die arbeitsvertraglich in Bezug genommenen Tarifverträge der Bundesagentur für Arbeit durch die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes (TVöD/VKA), an die der Beklagte als Mitglied der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände gebunden ist, verdrängt werden. Diese Verdrängung erfolgt kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung und lässt für die Anwendung des Günstigkeitsprinzips keinen Raum. Die Klägerin kann daher keine Vergütung nach dem TV-BA verlangen, und es stehen ihr auch keine Differenzvergütungsansprüche zu. Die gesetzliche Regelung greift zwar in das Grundrecht der Klägerin aus Art. 12 Abs. 1 GG ein, ist jedoch verfassungsrechtlich gerechtfertigt und verhältnismäßig.

Text1

BUNDESARBEITSGERICHT
4 AZR 385/19
2 Sa 7/18
Thüringer Landesarbeitsgericht
Im Namen des Volkes!
URTEIL
In Sachen
Klägerin, Berufungsklägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,
pp.
Beklagter, Berufungsbeklagter, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,
hat der Vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 9. September 2020 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Treber, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht Dr. Rinck und Klug sowie den ehrenamtlichen Richter Hess und die ehrenamtliche Richterin Wedepohl für Recht erkannt:

Tenor:

1. Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Thüringer Landesarbeitsgerichts vom 6. Juni 2019 - 2 Sa 7/18 - wird zurückgewiesen.
2. Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.
Von Rechts wegen!

Tatbestand:

1 Die Parteien streiten über die Anwendbarkeit eines Tarifwerks auf ihr Arbeitsverhältnis, daraus resultierende Entgeltdifferenzansprüche und die zutreffende Eingruppierung der Klägerin.

2 Die Klägerin war seit dem 1. September 2001 bei der Bundesagentur für Arbeit beschäftigt, zuletzt als Sachbearbeiterin Leistungsgewährung im Bereich SGB II. Nach § 2 einer Änderungsvereinbarung vom 12. Juni 2006 bestimmt sich ihr Arbeitsverhältnis nach dem Tarifvertrag für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der Bundesagentur für Arbeit (TV-BA) und den diesen ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträgen in der jeweils geltenden Fassung sowie dem Tarifvertrag zur Überleitung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der Bundesagentur für Arbeit in den TV-BA und zur Regelung des Übergangsrechts (TVÜ-BA). Ferner finden nach der arbeitsvertraglichen Regelung die für die Bundesagentur für Arbeit geltenden sonstigen Tarifverträge auf das Arbeitsverhältnis Anwendung. Die Klägerin erhielt bis zum 31. Dezember 2011 ein Entgelt nach Tätigkeitsebene IV, Stufe 3 zuzüglich einer Funktionsstufe 1 TV-BA.

3 Der Beklagte, der Mitglied der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (VKA) ist, wurde mit Wirkung zum 1. Januar 2012 als kommunaler Träger der Grundsicherung für Arbeitsuchende zugelassen.

4 Seit dem 1. Januar 2012 wird die Klägerin bei dem Beklagten beschäftigt und erhält eine Vergütung nach Entgeltgruppe 8 des Tarifvertrags für den öffentlichen Dienst in der für den Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände geltenden Fassung (TVöD/VKA), zunächst zuzüglich einer Ausgleichszahlung. Das Angebot zum Abschluss eines neuen Arbeitsvertrags nahm sie nicht an.

5 Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, die Bezugnahmeklausel in § 2 der Änderungsvereinbarung entfalte auch im Arbeitsverhältnis zu dem Beklagten Wirkung. § 6c SGB II sei verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass er einer Anwendung der arbeitsvertraglich in Bezug genommenen Tarifverträge nicht entgegenstehe. Anderenfalls sei der mit der Regelung verbundene Eingriff in die Berufsfreiheit nach Art. 12 GG weder erforderlich noch angemessen und damit unverhältnismäßig. Die Klägerin habe daher Anspruch auf Zahlung der Differenz zwischen dem ihr nach dem TV-BA zustehenden und dem durch den Beklagten gezahlten Entgelt.

6 Die Klägerin hat zuletzt beantragt,

1. festzustellen, dass auf das Arbeitsverhältnis der Parteien ab dem 1. Januar 2012 weiterhin der Tarifvertrag für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der Bundesagentur für Arbeit (TV-BA) Anwendung findet und die Klägerin weiterhin auf der Grundlage der Tätigkeitsebene IV Entwicklungsstufe 3 und ab 1. Juli 2013 Entwicklungsstufe 4 sowie einer Funktionsstufe 1 gemäß § 20 TV-BA eingruppiert ist;

2. den Beklagten zu verurteilen, an sie 7.796,67 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit dem 1. September 2014 zu zahlen.

7 Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Er hat gemeint, aufgrund der Regelung in § 6c Abs. 3 SGB II sei auf das Arbeitsverhältnis ausschließlich der TVöD/VKA anzuwenden. Sämtliche Vergütungsansprüche seien erfüllt.

8 Das Arbeitsgericht hat - soweit für die Revision von Interesse - der Klage hinsichtlich des Antrags zu 1. sowie des Antrags zu 2. in Höhe von 3.980,01 Euro nebst Zinsen stattgegeben und letzteren im Übrigen abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die hiergegen gerichtete Berufung der Klägerin zurückgewiesen und auf die Berufung des Beklagten unter teilweiser Abänderung des arbeitsgerichtlichen Urteils die Klage insgesamt abgewiesen. Mit ihrer vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Begehren weiter.

Entscheidungsgründe:

9 Die zulässige Revision der Klägerin ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen.

I.

10 Die Klage ist hinsichtlich des Antrags zu 1. - der zwei Feststellungsbegehren enthält - teilweise unzulässig.

11 1. Mit dem ersten Teil des Antrags zu 1. begehrt die Klägerin die Feststellung, dass der TV-BA auf das Arbeitsverhältnis Anwendung findet. Dieser Elementenfeststellungsantrag ist jedenfalls als Zwischenfeststellungsklage nach § 256 Abs. 2 ZPO zulässig (zu den Voraussetzungen BAG 25. April 2018 - 5 AZR 245/17 - Rn. 19; 21. Oktober 2015 - 4 AZR 663/14 - Rn. 17 mwN). Die Entscheidung über die Anwendbarkeit des TV-BA ist vorgreiflich, da Vergütungsansprüche nach dem TV-BA, auf die beide Anträge ausschließlich gestützt sind, nur bestehen können, wenn dieser Tarifvertrag auf das Arbeitsverhältnis Anwendung findet. Die Frage des anwendbaren Tarifvertrags kann darüber hinaus auch für andere denkbare Folgestreitigkeiten von Bedeutung sein.

12 2. Bei dem zweiten Teil des Antrags zu 1. handelt es sich nach gebotener Auslegung um einen Eingruppierungsfeststellungsantrag. Die Klägerin begehrt der

Sache nach die Feststellung der Verpflichtung des Beklagten, sie nach Tätigkeitsebene IV Entwicklungsstufe 4 (bis 30. Juni 2013 Entwicklungsstufe 3) zuzüglich einer Funktionsstufe 1 TV-BA zu vergüten. Für den so verstandenen Antrag besteht ein Feststellungsinteresse allerdings erst ab dem 1. September 2014, im Übrigen ist der Antrag unzulässig. Die Klägerin hat die Entgeltdifferenz für den vorhergehenden Zeitraum bereits im Wege der Leistungsklage geltend gemacht. Ein darüber hinausgehendes Feststellungsinteresse ist nicht ersichtlich (vgl. BAG 31. Januar 2018 - 4 AZR 104/17 - Rn. 11; 27. Januar 2011 - 6 AZR 526/09 - Rn. 12, BAGE 137, 80).

II.

13 Soweit die Klage zulässig ist, ist sie unbegründet. Die Tarifverträge der Bundesagentur für Arbeit finden auf das Arbeitsverhältnis der Parteien keine Anwendung. Sie sind zwar arbeitsvertraglich in Bezug genommen, werden aber aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung durch die Tarifverträge für den öffentlichen Dienst in der für den Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände geltenden Fassung (TVöD/VKA), an die der Beklagte kraft Verbandsmitgliedschaft gebunden ist (§ 3 Abs. 1 TVG), verdrängt. Das folgt, wie der Senat bereits mehrfach entschieden hat (vgl. nur BAG 11. Dezember 2019- 4 AZR 310/16 -), aus § 6c Abs. 3 Satz 3 iVm. Satz 2 SGB II. Dementsprechend kann die Klägerin weder die Feststellung der Verpflichtung des Beklagten zur Zahlung eines Entgelts nach dem TV-BA verlangen noch stehen ihr unter diesem Gesichtspunkt Differenzvergütungsansprüche für den Zeitraum Januar 2012 bis August 2014 nebst Zinsen zu.

14 1. Das Arbeitsverhältnis der Klägerin ist mit Wirkung zum 1. Januar 2012 auf den Beklagten übergegangen. Zwischen den Parteien steht nicht im Streit, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen des - verfassungskonformen (BAG 31. Januar 2019 - 8 AZR 410/13 - Rn. 50 ff., BAGE 165, 278) - § 6c Abs. 1 Satz 1 SGB II für den gesetzlichen Übergang des Arbeitsverhältnisses zu diesem Zeitpunkt erfüllt waren. Die Klägerin war Arbeitnehmerin der Bundesagentur für Arbeit und hatte am Tag vor der Zulassung des Beklagten als weiterem kommunalen Träger seit mindestens 24 Monaten Aufgaben der Bundesagentur als Träger nach § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB II in dem Gebiet des kommunalen Trägers wahrgenommen.

15 2. Mit dem gesetzlichen Übergang ist der Beklagte nach Maßgabe von § 6c Abs. 3 Satz 2 SGB II in alle Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis zwischen der Klägerin und der Bundesagentur für Arbeit eingetreten.

16 a) Nach dieser Norm tritt der neue Träger im Falle des Übergangs nach Abs. 1 unbeschadet des Satzes 3 in die Rechte und Pflichten aus den Arbeitsverhältnissen ein, die im Zeitpunkt des Übertritts bestehen. Zu diesen Rechten und Pflichten gehören - neben allen anderen arbeitsvertraglichen Bestimmungen - auch diejenigen, die sich aus einer Bezugnahme auf Tarifverträge ergeben (vgl. zu § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB zB BAG 30. August 2017 - 4 AZR 95/14 - Rn. 43, BAGE 160, 87; 23. September 2009 - 4 AZR 331/08 - Rn. 14 ff., BAGE 132, 169).

17 b) Deshalb ist auch die Bezugnahmeklausel in § 2 der Änderungsvereinbarung Bestandteil des zwischen den Parteien bestehenden Arbeitsverhältnisses geworden. Diese verweist zeitdynamisch auf den TV-BA, den TVÜ-BA sowie die für die Bundesagentur für Arbeit geltenden sonstigen Tarifverträge, jeweils in der Fassung für das Tarifgebiet Ost. Eine Bezugnahme auf die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes, insbesondere auf den TVöD/VKA und den TVÜ-VKA, enthält die Klausel

nicht. Bei diesen handelt es sich weder um die Tarifverträge der Bundesagentur für Arbeit ergänzende, ändernde oder ersetzende Tarifverträge noch um für die Bundesagentur für Arbeit jeweils geltende sonstige Tarifverträge (vgl. zu einer vergleichbaren Klausel BAG 16. Mai 2018 - 4 AZR 209/15 - Rn. 17 ff. mwN).

18 3. § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II ordnet darüber hinaus im Wege der gesetzlichen Geltungserstreckung an, dass auf die übergegangenen Arbeitsverhältnisse die Tarifverträge anzuwenden sind, die für den übernehmenden Rechtsträger gelten, ohne dass es auf die Tarifgebundenheit des übergegangenen Arbeitnehmers ankäme (im Ergebnis ebenso BAG 16. April 2015 - 6 AZR 142/14 - Rn. 17 f., BAGE 151, 263; vgl. zu einer weiteren Form der gesetzlichen Geltungserstreckung BAG 20. November 2018 - 10 AZR 121/18 - Rn. 51, BAGE 164, 201). Dies sind hier die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes in der für den Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände geltenden Fassung.

19 a) Nach dem Wortlaut der Norm sind die „für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des neuen Trägers jeweils geltenden Tarifverträge" anzuwenden. Maßgeblich für die Anwendung tariflicher Regelungen aufgrund dieser Bestimmung ist also, ob für die anderen - nicht für die übergehenden - Arbeitsverhältnisse des aufnehmenden Rechtsträgers Tarifverträge gelten. Nach § 4 Abs. 1 TVG „gelten" die Rechtsnormen eines Tarifvertrags, die den Inhalt, den Abschluss oder die Beendigung von Arbeitsverhältnissen ordnen, unmittelbar und zwingend zwischen den beiderseits Tarifgebundenen (§ 3 Abs. 1 TVG; vgl. zum Begriff der „Geltung" auch BAG 16. Oktober 2019 - 4 AZR 66/18 - Rn. 25). Voraussetzung ist damit in jedem Fall eine Tarifgebundenheit des aufnehmenden Rechtsträgers. Liegt eine solche vor, müssen nach § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II die entsprechenden Tarifverträge von ihm auch für alle übergehenden Arbeitsverhältnisse angewendet werden (BT-Drs. 17/1555 S. 20), ohne dass auf die Tarifgebundenheit der übergehenden Arbeitnehmer abgestellt wird. Ist der übernehmende Rechtsträger hingegen nicht tarifgebunden, ist für die Anwendung des § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II schon nach dessen Wortlaut kein Raum. Auch für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des übernehmenden Rechtsträgers würden in einer solchen Konstellation keine Tarifverträge gelten.

20 b) Im Streitfall findet danach, da der Beklagte Mitglied in der VKA ist, das Tarifwerk des TVöD/VKA auf das Arbeitsverhältnis der Parteien kraft gesetzlicher Erstreckung Anwendung. Dies steht zwischen den Parteien nicht im Streit.

21 4. Eine Kollision zwischen den kraft gesetzlicher Erstreckung anwendbaren Tarifverträgen des öffentlichen Dienstes und den vertraglich in Bezug genommenen Tarifverträgen für die Bundesagentur für Arbeit folgt daraus im Arbeitsverhältnis der Klägerin aber nicht. Nach § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II sind vom Zeitpunkt des Übertritts an ausschließlich die für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des neuen Trägers jeweils geltenden Tarifverträge anzuwenden. Die arbeitsvertraglich in Bezug genommenen Tarifverträge werden verdrängt; für die Anwendung des Günstigkeitsprinzips bleibt kein Raum.

22 a) Bei aufgrund arbeitsvertraglicher Bezugnahme anwendbaren Tarifnormen handelt es sich rechtlich um einzelvertragliche Abreden. Normativ geltende und kraft arbeitsvertraglicher Bezugnahmeklausel anwendbare Tarifnormen sind grundsätzlich streng voneinander zu unterscheiden (st. Rspr., vgl. zu § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB zB BAG 30. August 2017 - 4 AZR 95/14 - Rn. 43, BAGE 160, 87; 17. Juni 2015 - 4 AZR 95/14 (A) - Rn. 14 ff.; 23. September 2009 - 4 AZR 331/08 - Rn. 14 ff., BAGE 132, 169). Eine Kollision zwischen den kraft beiderseitiger

Tarifgebundenheit für das Arbeitsverhältnis der Parteien normativ geltenden und den aufgrund arbeitsvertraglicher Bezugnahme anwendbaren Tarifvorschriften ist nach dem Günstigkeitsprinzip (§ 4 Abs. 3 TVG) zu lösen (st. Rspr., zB BAG 12. Dezember 2018 - 4 AZR 123/18 - Rn. 34, BAGE 164, 345). Dieses - im TVG nur unvollkommen geregelte - Günstigkeitsprinzip ist überdies Ausdruck eines umfassenden Grundsatzes, der unabhängig von der Art der Rechtsquelle und auch außerhalb des Tarifvertragsgesetzes Geltung beansprucht (BAG 16. September 1986 - GS 1/82 - zu C II 3 a der Gründe, BAGE 53, 42; 5. März 2013 - 1 AZR 417/12 - Rn. 55 [zum Verhältnis Betriebsvereinbarung - Arbeitsvertrag]).

23 b) Die arbeitsvertraglich in Bezug genommenen Tarifnormen für die Bundesagentur für Arbeit finden auf das Arbeitsverhältnis der Parteien gleichwohl keine Anwendung. Sie werden aufgrund der Regelung in § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II, nach der vom Zeitpunkt des Übertritts an die für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des neuen Trägers jeweils geltenden Tarifverträge ausschließlich anzuwenden sind, kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung von denen des bei dem Beklagten geltenden Tarifwerks des TVöD/VKA vollständig verdrängt (offengelassen in BAG 31. Januar 2019 - 8 AZR 410/13 - Rn. 98, BAGE 165, 278; 16. März 2016 - 4 AZR 461/14 - Rn. 23; hiervon ausgehend wohl 17. März 2016 - 6 AZR 96/15 - Rn. 3, 19; 16. April 2015 - 6 AZR 142/14 - Rn. 17 f., BAGE 151, 263). Das ergibt die Auslegung der Vorschrift.

24 aa) Maßgebend für die Gesetzesauslegung ist der in der Norm zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers. Zu dessen Ermittlung sind der Wortlaut der Norm, die Systematik, Sinn und Zweck sowie die Gesetzesmaterialien und die Entstehungsgeschichte heranzuziehen. Unter diesen anerkannten Methoden hat keine unbedingten Vorrang. Welche Regelungskonzeption der Gesetzgeber mit dem von ihm gefundenen Wortlaut tatsächlich verfolgt, ergibt sich uU erst aus den anderen Auslegungsgesichtspunkten. Wird daraus der Wille des Gesetzgebers klar erkennbar, ist dieser zu achten (vgl. BVerfG 6. Juni 2018 - 1 BvL 7/14 ua. - Rn. 74 f., BVerfGE 149, 126; BAG 16. Oktober 2019 - 5 AZR 241/18 - Rn. 15 mwN).

25 bb) Bereits der Wortlaut des § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II spricht für eine solche verdrängende Wirkung. Danach sind die beim übernehmenden Rechtsträger geltenden Tarifverträge „ausschließlich" anzuwenden. Der Begriff „ausschließlich" bedeutet - als Adverb verwendet - „nur, nichts anderes als" (Wahrig Deutsches Wörterbuch 9. Aufl.). So verstanden finden außer den für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des neuen Trägers jeweils geltenden Tarifverträgen keine weiteren Tarifverträge Anwendung. Dies spricht gegen die Annahme, dass arbeitsvertraglich in Bezug genommene Tarifverträge unberührt blieben. Allerdings lässt der Wortlaut des Satzes 3 für sich betrachtet auch die Deutung zu, dass lediglich mögliche Kollisionen auf tarifvertraglicher Ebene zugunsten der Tarifverträge des aufnehmenden Rechtsträgers gelöst werden sollten.

26 cc) Aus der Systematik der gesetzlichen Regelung wird die verdrängende Wirkung aber deutlich.

27 (1) § 6c Abs. 3 Satz 2 SGB II ordnet den Eintritt des übernehmenden 3. Rechtsträgers in die Rechte und Pflichten aus den Arbeitsverhältnissen „unbeschadet" des nachfolgenden Satzes an. Das Wort „unbeschadet" drückt aus, dass neben Satz 2 weitere Rechtsnormen anwendbar sein sollen. Damit wird zwar nicht zum Ausdruck gebracht, dass die Regelung gegenüber einer anderen

zurücktritt (vgl. Handbuch der Rechtsförmlichkeit Rn. 87, BAnz. Beilage Nr. 160a vom 22. Oktober 2008; Wolff JZ 2012, 31, 32). Die in § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II angeordnete Rechtsfolge soll aber durch den Eintritt des neuen Trägers in die Rechte und Pflichten aus den Arbeitsverhältnissen nicht beeinträchtigt werden. Anders formuliert reicht der Eintritt des neuen Trägers in die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis nur so weit, wie sich nicht aus § 6c Abs. 3 Satz SGB II etwas anderes ergibt (vgl. zu diesem Verständnis von „unbeschadet" BVerwG 4. Juli 1986 - 4 C 31.84 - BVerwGE 74, 315).

28 (2) Insoweit unterscheidet sich § 6c Abs. 3 SGB II von der Regelungssystematik des § 613a Abs. 1 BGB. Diese Norm trennt streng zwischen arbeitsvertraglichen Rechten und Pflichten einerseits und kollektivrechtlichen Regelungen andererseits (sh. nur BAG 17. November 2010 - 4 AZR 391/09 - Rn. 23, BAGE 136, 184). Abgesehen davon ist die Regelung auch im Übrigen auf den Fall des gesetzlichen Übergangs eines Arbeitsverhältnisses von der Bundesagentur für Arbeit auf eine Optionskommune weder unmittelbar noch analog anwendbar (BAG 31. Januar 2019 - 8 AZR 410/13 - Rn. 69 ff., BAGE 165, 278).

29 (3) Im Übrigen ist zu beachten, dass das Regelungsmodell des § 6c Abs. 3 SGB II sowohl für den Fall gilt, dass ein kommunaler Rechtsträger nach Abs. 1 Aufgaben der Bundesagentur für Arbeit übernimmt als auch bei der Beendigung einer solchen kommunalen Trägerschaft nach Abs. 2. In beiden Situationen erfolgt der Übergang des Personals nach denselben Bestimmungen und mit denselben Rechtswirkungen.

30 dd) Sinn und Zweck von § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II stützen dieses Auslegungsergebnis. Die Gesetzesmaterialien enthalten zwar keine ausdrücklichen Erwägungen zum Zweck der Norm. Entgegen der Auffassung der Klägerin sind diese aber nicht der einzige Anhaltspunkt zur Ermittlung von Sinn und Zweck einer Norm (Rn. 24). Vorliegend dient die Anordnung der ausschließlichen Anwendbarkeit der für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des neuen Trägers jeweils geltenden Tarifverträge erkennbar der Anpassung der Arbeitsbedingungen an die Organisationsstrukturen bei dem jeweils übernehmenden Rechtsträger.

31 (1) Der Gesetzgeber durfte davon ausgehen, dass im Wesentlichen alle mit der Bundesagentur für Arbeit geschlossenen Arbeitsverträge eine Bezugnahmeklausel auf deren Haustarifverträge enthalten. Das Tarifwerk der Bundesagentur für Arbeit ist zwar eng an dasjenige des öffentlichen Dienstes angelehnt, trägt jedoch gleichzeitig deren Besonderheiten, vor allem den unterschiedlichen Organisationsstrukturen und den speziellen bei der Bundesagentur auszuübenden Tätigkeiten, Rechnung. So ist insbesondere die Eingruppierung im TV-BA grundlegend abweichend von derjenigen im TVöD/VKA geregelt. Nach § 14 Abs. 1 TVBA werden alle in der Bundesagentur für Arbeit auszuübenden Tätigkeiten von dieser in Fach- und Organisationskonzepten beschrieben und von den Tarifvertragsparteien Tätigkeits- und Kompetenzprofilen (TuK) zugeordnet. Die in den TuK festgelegten Anforderungen sind Grundlage für deren Zuordnung durch die Tarifvertragsparteien zu einer der acht Tätigkeitsebenen. Die Beschäftigten sind in der Tätigkeitsebene eingruppiert, der die ihnen nicht nur vorübergehend übertragene Tätigkeit zugeordnet ist. Die Zuordnung der Tätigkeiten zu TuK und der TuK zu Tätigkeitsebenen ist in den von den Tarifvertragsparteien vereinbarten Zuordnungstabellen festgelegt. Dieses speziell auf die bei der Bundesagentur für Arbeit auszuübenden Tätigkeiten und von dieser festgelegten Fach- und Organisationskonzepte abgestimmte Vergütungssystem ist nicht ohne praktische

Schwierigkeiten auf eine andere Organisationsstruktur übertragbar, zumal die Bundesagentur für Arbeit mangels Organisationshoheit schon für die gemeinsamen Einrichtungen mit den Kommunen keine Fach- und Organisationskonzepte erstellen kann (vgl. im Einzelnen BAG 12. Dezember 2018 - 4 AZR 147/17 - Rn. 27 f., BAGE 164, 326). Das kann im Einzelfall zu Regelungslücken führen, deren Schließung nicht oder nur schwierig möglich ist.

32 (2) Das der gesetzlichen Vorschrift zugrunde liegende Anpassungsinteresse wird auch mit Blick auf den in § 6c Abs. 2 SGB II geregelten umgekehrten Fall des Endes der Trägerschaft deutlich. Danach treten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des kommunalen Trägers, die am Tag vor der Beendigung der Trägerschaft Aufgaben anstelle der Bundesagentur als Träger nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB II durchgeführt haben, zum Zeitpunkt der Beendigung der Trägerschaft kraft Gesetzes (wieder) in den Dienst der Bundesagentur über. Die Vorschriften des § 6c Abs. 3 Satz 2 und Satz 3 SGB II finden auf diesen Fall ebenfalls Anwendung. Auch hier konnte der Gesetzgeber annehmen, dass mit den Optionskommunen geschlossene Arbeitsverträge im Regelfall eine Bezugnahmeklausel auf das Tarifwerk des öffentlichen Dienstes für den Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände enthalten. Nach dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers sollen auch in diesem Fall die Tarifverträge des übernehmenden Rechtsträgers - hier also der Bundesagentur für Arbeit - aus Gründen der Anpassung an die besonderen Organisationsstrukturen ausschließlich Anwendung finden.

33 (3) Dass der Gesetzgeber mit der Anordnung einer ausschließlichen Anwendung der für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des neuen Trägers jeweils geltenden Tarifverträge lediglich den Fall einer Tarifkollision auf der kollektivrechtlichen Ebene regeln wollte, scheidet mangels relevanten Regelungsbedürfnisses aus.

34 (a) Galt in einem Arbeitsverhältnis vor dem gesetzlichen Übergang aufgrund beiderseitiger Tarifgebundenheit der TV-BA, entfällt dessen unmittelbare und zwingende Wirkung mit dem Übertritt (§ 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 TVG), weil die Optionskommune nicht an diesen gebunden ist. Eine Nachbindung iSv. § 3 Abs. 3 TVG tritt ebenso wenig ein, weil die Dienststellen der Optionskommune nicht in den Geltungsbereich des bei dem vormaligen Arbeitgeber geltenden Haustarifvertrags fallen (vgl. zum Herauswachsen aus dem Geltungsbereich eines Tarifvertrags BAG 10. Dezember 1997 - 4 AZR 247/96 - zu 2 a bb der Gründe, BAGE 87, 257; zur Rechtslage bei einem Betriebsübergang vor Einführung von § 613a Abs. 1 Sätze 2 bis 4 BGB sh. BAG 13. Mai 1981 - 4 AZR 1076/78 - BAGE 35, 239; 26. September 1979 - 4 AZR 819/77 - BAGE 32, 113). Auch eine Nachwirkung vor dem gesetzlichen Übergang des Arbeitsverhältnisses unmittelbar und zwingend geltender Tarifverträge kommt im Regelfall nicht in Betracht. Ist nämlich die Optionskommune - wie in den meisten Fällen - an den TVöD/VKA gebunden, handelt es sich bei diesem, weil er ua. - ebenso wie der TV-BA - mit der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft - ver.di abgeschlossen worden ist, um eine andere Abmachung iSv. § 4 Abs. 5 TVG. Zwar entfällt die Nachwirkung des abgelaufenen Tarifvertrags nur insoweit, wie die andere Abmachung denselben Regelungsbereich erfasst, also die andere tarifliche Abmachung die in den nachwirkenden Rechtsnormen behandelten Gegenstände betrifft (BAG 3. Juli 2013 - 4 AZR 138/12 - Rn. 32, 41; 21. Oktober 2009 - 4 AZR 477/08 - Rn. 23). Im Grundsatz ist aber davon auszugehen, dass die Tarifvertragsparteien des TVöD/VKA die Tätigkeit eines

jeden Beschäftigten des öffentlichen Dienstes erfassen (vgl. zum BAT BAG 18. März 2015 - 4 AZR 702/12 - Rn. 18 mwN) und die betroffenen Arbeitsverhältnisse vollständig und umfassend regeln wollten (vgl. auch BAG 23. Januar 2019 - 4 AZR 445/17 - Rn. 33, BAGE 165, 100). Für nachwirkende Tarifbestimmungen aus dem Tarifwerk für die Bundesagentur für Arbeit bliebe deshalb in dieser Konstellation regelmäßig kein Raum.

35 (b) Nur für den Fall, dass ein Arbeitnehmer vor dem gesetzlichen Übergang seines Arbeitsverhältnisses aus der Gewerkschaft austritt, könnte auf der kollektivrechtlichen Ebene ein Regelungsbedürfnis bestehen (vgl. zum Fall des Herauswachsens aus dem Geltungsbereich des Tarifvertrags bei gleichzeitigem Verbandsaustritt BAG 10. Dezember 1997 - 4 AZR 247/96 - zu 2 a bb der Gründe mwN, BAGE 87, 257). Bei analoger Anwendung von § 4 Abs. 5 TVG bliebe die Nachwirkung des zuvor unmittelbar und zwingend geltenden Tarifvertrags bestehen, wenn sie nicht durch die Anordnung der ausschließlichen Anwendung der für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des neuen Trägers jeweils geltenden Tarifverträge verdrängt würde. Dafür, dass der Gesetzgeber aber gerade diesen Ausnahmefall vor Augen hatte und nur für diesen eine eigene gesetzliche Regelung schaffen wollte, ohne den wesentlich näher liegenden Fall der vertraglichen Bezugnahme auf die Tarifverträge der Bundesagentur für Arbeit zu regeln, bestehen keine Anhaltspunkte.

36 ee) Weder aus der Gesetzeshistorie noch aus anderen Umständen lassen sich Anhaltspunkte für ein abweichendes Verständnis der Norm entnehmen. Die mit diesem Inhalt seit dem 11. August 2010 geltende Norm ist - mit Ausnahme einiger sprachlicher Anpassungen - unverändert geblieben.

37 5. Das dargelegte Normverständnis begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.

38 a) Entgegen der Auffassung der Klägerin genügt die Norm den Bestimmtheitsanforderungen, die sich aus Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG ergeben. Danach dürfen Eingriffe in die Berufsfreiheit nur auf Grundlage einer gesetzlichen Regelung erfolgen, die Umfang und Grenzen des Eingriffs deutlich erkennen lässt. Dabei muss der Gesetzgeber selbst alle wesentlichen Entscheidungen treffen, soweit sie gesetzlicher Regelung zugänglich sind. Dies bedeutet aber nicht, dass sich die erforderlichen Vorgaben ohne weiteres aus dem Wortlaut des Gesetzes ergeben müssen. Es genügt, dass sie sich mit Hilfe allgemeiner Auslegungsgrundsätze erschließen lassen (BVerfG 27. Januar 2011 - 1 BvR 3222/09 - Rn. 33; 12. Juni 1990 - 1 BvR 355/86 - zu C I 2 der Gründe, BVerfGE 82, 209). Damit steht der nicht ganz eindeutige Wortlaut des § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II der Bestimmtheit nicht entgegen. Die Reichweite des Eingriffs lässt sich - wie dargelegt (Rn. 25 ff.) - durch Anwendung der weiteren Auslegungsgrundsätze ermitteln.

39 b) Die gesetzliche Regelung greift zwar in das Grundrecht der Klägerin aus Art. 12 Abs. 1 GG, einen Arbeitsvertrag frei zu schließen und daher auch dessen Inhalt aushandeln zu können (vgl. BVerfG 14. November 2018 - 1 BvR 1278/16 - Rn. 6 mwN), hinsichtlich in Bezug genommener Tarifnormen ein, weil sie deren Rechtswirkung verdrängt und es dadurch im Einzelfall auch zu einer Verlängerung der Arbeitszeit oder Verringerung der Vergütung kommen kann. Dieser Eingriff ist aber, insbesondere mit Blick auf die für den Regelfall gesetzlich angeordnete Anwendbarkeit eines anderen Tarifwerks des öffentlichen Dienstes und die

Besitzstandsregelung in § 6c Abs. 5 SGB II, verfassungsrechtlich gerechtfertigt und verhältnismäßig, dh. geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne (ausf. BAG 31. Januar 2019 - 8 AZR 410/13 - Rn. 78 ff., 97 ff., BAGE 165, 278; vgl. auch BVerwG 20. September 2018 - 2 C 12.18 - Rn. 52). Andere arbeitsvertragliche Vereinbarungen als die Bezugnahmeklausel bleiben von § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II unberührt. Soweit der übernehmende Rechtsträger nicht tarifgebunden sein sollte, ist der Anwendungsbereich der Norm nicht eröffnet, so dass es bei der arbeitsvertraglichen Bezugnahmeregelung und der Anwendung des in Bezug genommenen Tarifwerks bleibt. Der Schutz des Arbeitnehmers vor dem Verlust tariflich umfassend ausgestalteter Arbeitsbedingungen - sei es auf normativer oder vertraglicher Ebene - ist damit im Fall des Übergangs des Arbeitsverhältnisses nach § 6c SGB II gewährleistet. Dies zieht auch die Klägerin - unter Berücksichtigung des hier ermittelten Willens des Gesetzgebers - nicht in Zweifel. Sie ist lediglich der Auffassung, der Wille des Gesetzgebers sei ein anderer. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts bedarf es deshalb keiner verfassungskonformen Auslegung der Norm. Eine solche käme im Übrigen im Hinblick auf den klaren Willen des Gesetzgebers auch nicht in Betracht (vgl. BVerfG 6. Juni 2018 - 1 BvL 7/14 ua. - Rn. 73, BVerfGE 149, 126; 25. Januar 2011 - 1 BvR 1741/09 - Rn. 78, BVerfGE 128, 157).

III.

4 Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

Zitiervorschlag:
BAG Urt. v. 9.9.2020 – 4 AZR 385/19, BeckRS 2020, 37422

BeckRS 2019, 41561

BAG (4. Senat), Urteil vom 11.12.2019 – 4 AZR 1003/13

Titel:
Gesetzlicher Übergang auf Optionskommune - Bezugnahmeklausel auf Tarifverträge beim Eintritt in die übergehenden Arbeitsverhältnissen

Normenketten:
GG Art. 12 Abs. 1
SGB II § 6c Abs. 5 S. 3
TVG § 3, § 4 Abs. 1
ZPO § 253 Abs. 2 Nr. 2
BGB § 613a Abs. 1 S. 1

Redaktioneller Leitsatz:
Parallelentscheidung zu BAG, BeckRS 2019, 39962 (dort dokumeniert)

Orientierungssätze der Richterinnen und Richter des BAG:
Voraussetzung für eine ergänzende Vertragsauslegung ist eine Regelungslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit. Eine Bezugnahmeklausel, die zeitdynamisch auf konkret bezeichnete Tarifverträge verweist, kann im Fall des späteren Übergangs des Arbeitsverhältnisses auf einen Dritten nicht per se als planwidrig lückenhaft angesehen werden. Dies gilt auch im Fall des gesetzlichen Übergangs eines Arbeitsverhältnisses nach § 6c SGB II (Rn. 19 f.).

Rechtsgebiete:
Arbeitsrecht, Staats- und Verfassungsrecht

Schlagworte:

Gesetzlicher Übergang auf Optionskommune, Bezugnahmeklausel, Arbeitnehmer, Arbeitsuchende, Arbeitsvertrag, Betriebsvereinbarung, Grundsicherung, Tarifvertrag, Vereinigung, Tarifgebundenheit

vorgehend:

LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 26.09.2013 - 2 Sa 98/13 (nicht rechtskräftig)
ArbG Neubrandenburg, Urteil vom 14.03.2013 - 4 Ca 968/12 (Rechtskraft: unbekannt)

Verhältnis zu bisheriger Rechtsprechung:

Fortführung st. Rspr. zB BAG 12. Dezember 2018 - 4 AZR 123/18 - BAGE 164, 345 [zum Verhältnis Flächentarifvertrag-Haustarifvertrag]

Hinweise des Senats:

Parallelentscheidung zu führender Sache - 4 AZR 310/16 -

Weiterführende Hinweise:

Parallelverfahren zu führendem Verfahren - 4 AZR 310/16 -

Parallelentscheidungen:

BAG, Urteil vom 11.12.2019 - 4 AZR 197/17; BAG, Urteil vom 11.12.2019 - 4 AZR 88/17; BAG, Urteil vom 11.12.2019 - 4 AZR 89/17; BAG, Urteil vom 11.12.2019 - 4 AZR 547/18; BAG, Urteil vom 11.12.2019 - 4 AZR 17/17; BAG, Urteil vom 11.12.2019 - 4 AZR 310/16

Fundstellen:

AP SGB II § 6c Nr. 10
AuR 2020, 285 (Ls.)
BB 2020, 1145
LSK 2019, 41561

ECLI:

ECLI:DE:BAG:2019:111219.U.4AZR1003.13.0

Rechtskraft:

rechtskräftig

KI-generierte Zusammenfassung:

Das Bundesarbeitsgericht entschied, dass im Falle des gesetzlichen Übergangs eines Arbeitsverhältnisses von der Bundesagentur für Arbeit auf eine Optionskommune die arbeitsvertraglich in Bezug genommenen Tarifverträge der Bundesagentur durch die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes, die für den übernehmenden Rechtsträger gelten, verdrängt werden.
Die Klägerin, eine bei der Bundesagentur für Arbeit beschäftigte Arbeitnehmerin, deren Arbeitsverhältnis aufgrund der Zulassung des Beklagten als Optionskommune auf diesen überging, begehrte die Feststellung, dass ihre regelmäßige Arbeitszeit sich nach dem Tarifvertrag für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der Bundesagentur für Arbeit (TV-BA) bestimmt und somit 39 Wochenstunden beträgt. Der Beklagte wandte ein, dass aufgrund des gesetzlichen Übergangs des Arbeitsverhältnisses die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes (TVöD/VKA) Anwendung finden. Das Gericht bestätigte, dass § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II eine verdrängende Wirkung hat und die arbeitsvertraglich in Bezug genommenen Tarifverträge der Bundesagentur für Arbeit durch die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes ersetzt werden. Eine ergänzende Vertragsauslegung sei nicht erforderlich, da keine Regelungslücke

vorliege. Das Günstigkeitsprinzip finde keine Anwendung, da die gesetzliche Regelung eine ausschließliche Geltung der Tarifverträge des neuen Trägers anordne. Die Revision der Klägerin wurde daher zurückgewiesen.

Text1

BUNDESARBEITSGERICHT
4 AZR 1003/13
2 Sa 98/13
Landesarbeitsgericht Mecklenburg-Vorpommern
Verkündet am 11. Dezember 2019
Radtke, Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle
Im Namen des Volkes!
URTEIL
In Sachen
Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,
pp.
Beklagter, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,
hat der Vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 11. Dezember 2019 durch den Richter am Bundesarbeitsgericht Reinfelder als Vorsitzenden, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht Dr. Rinck und Klug sowie den ehrenamtlichen Richter Hoffmann und die ehrenamtliche Richterin Häseler-Wallwitz für Recht erkannt:

Tenor:

1. Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Mecklenburg-Vorpommern vom 26. September 2013 - 2 Sa 98/13 - wird zurückgewiesen.
2. Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.
Von Rechts wegen!

Tatbestand:

1 Die Parteien streiten über die Dauer der durchschnittlichen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit.

2 Die Klägerin, die Mitglied der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft - ver.di (ver.di) ist, war seit 1994 bei der Bundesagentur für Arbeit beschäftigt. Unter dem 15. Mai/27. Juni 2006 schlossen die Arbeitsvertragsparteien rückwirkend zum 1. Januar 2006 eine Änderungsvereinbarung zum ursprünglichen Arbeitsvertrag. Nach deren § 2 bestimmt sich ihr Arbeitsverhältnis nach dem Tarifvertrag für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der Bundesagentur für Arbeit (TV-BA) und den diesen ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträgen in der jeweils geltenden Fassung sowie dem Tarifvertrag zur Überleitung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der Bundesagentur für Arbeit in den TV-BA und zur Regelung des Übergangsrechts (TVÜBA). Ferner finden nach der arbeitsvertraglichen Regelung die für die Bundesagentur für Arbeit jeweils geltenden sonstigen Tarifverträge auf das Arbeitsverhältnis Anwendung.

3 Mit Schreiben vom 10. November 2011 teilte der Beklagte, der Mitglied der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (VKA) ist, der Klägerin mit,

dass ihr Arbeitsverhältnis ab dem 1. Januar 2012 auf diesen übergehe, da er als sog. Optionskommune Aufgaben der Grundsicherung für Arbeitsuchende wahrnehme und hierfür zugelassen sei. Ergänzend teilte der Beklagte mit, dass ab dem Übergang der Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVöD) vom 13. September 2005 für den Bereich Verwaltung (TVöD-V) sowie die den TVöD ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträge in der für den Bereich der VKA jeweils geltenden Fassung (TVöD/VKA) auf das Arbeitsverhältnis Anwendung fänden.

4 Seit dem 1. Januar 2012 erhielt die Klägerin bei einer durchschnittlichen regelmäßigen Wochenarbeitszeit von 40 Stunden eine Vergütung nach der Entgeltgruppe 9 TVöD/VKA (zunächst) zuzüglich einer Ausgleichszahlung gemäß § 6c Abs. 5 Satz 3 SGB II. Mit Schreiben vom 13. Juli 2012 beantragte sie beim Beklagten eine Arbeitszeitgutschrift von einer Stunde pro Woche rückwirkend ab dem 1. Februar 2012 „nach dem TV BA" sowie für die Zukunft eine wöchentliche Arbeitszeit von 39 Stunden. Der Beklagte lehnte dies mit Schreiben vom 7. August 2012 ab.

5 Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, der TV-BA finde aufgrund der Bezugnahmeklausel in § 2 der Änderungsvereinbarung weiterhin auf ihr Arbeitsverhältnis Anwendung. Dieser sei hinsichtlich des Verhältnisses von Arbeitszeit und Vergütung günstiger als der TVöD/VKA.

6 Die Klägerin hat zuletzt beantragt

festzustellen, dass die regelmäßige Arbeitszeit der Klägerin seit dem 1. Februar 2012 durchschnittlich 39 Stunden wöchentlich beträgt.

7 Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Er hat gemeint, aufgrund des eindeutigen Wortlauts von § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II sei für die Anwendung der Tarifverträge der Bundesagentur für Arbeit kein Raum. Im Übrigen sei die vertragliche Bezugnahmeklausel ergänzend so auszulegen, dass sie eine Verweisung auf die beim neuen Arbeitgeber geltenden Tarifverträge beinhalte. Für einen Günstigkeitsvergleich sei kein Raum.

8 Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit ihrer vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision begehrt die Klägerin weiterhin die Feststellung, dass die Arbeitszeitregelung des TV-BA auf ihr Arbeitsverhältnis anwendbar ist.

Entscheidungsgründe:

9 Die zulässige Revision der Klägerin ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Klägerin zu Recht zurückgewiesen. Die Klage ist zulässig, aber unbegründet.

I.

10 Die Klage ist als sog. Elementenfeststellungsklage (sh. nur BAG 6. Juli 2011 - 4 AZR 706/09 - Rn. 15, BAGE 138, 269) zulässig.

11 1. Der Antrag ist hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Die Klägerin begehrt seit dem 1. Februar 2012 die Feststellung einer regelmäßig wöchentlich durchschnittlich geschuldeten Arbeitszeit, wie sie sich nach § 6 Abs. 1 Satz 1 TV-BA ergibt. Mit der Bezeichnung als regelmäßig durchschnittlich bringt sie zum Ausdruck, dass sie nicht die Feststellung einer exakten wöchentlichen Arbeitszeit von 39 Stunden begehrt. Auch ohne ausdrückliche Benennung wird deutlich, dass in den 39 Wochenstunden Pausen nicht berücksichtigt sind.

12 2. Für ihren Antrag besteht das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche und noch in

2 der Revisionsinstanz von Amts wegen zu prüfende (st. Rspr., zB BAG 25. Januar 2017 - 4 AZR 520/15 - Rn. 16) besondere Feststellungsinteresse. Durch die gerichtliche Entscheidung kann der Streit der Parteien über die Dauer der geschuldeten regelmäßigen durchschnittlichen Arbeitszeit, nämlich ob diese nach § 6 Abs. 1 Satz 1 Buchst. b TVöD/VKA für das Tarifgebiet Ost 40 Wochenstunden oder nach § 6 Abs. 1 Satz 1 TV-BA 39 Wochenstunden beträgt, geklärt werden. Anhaltspunkte dafür, dass weiterer Streit zwischen den Parteien - etwa über die Verteilung der Arbeitszeit - herrscht, bestehen nicht.

II.

1 Die Klage ist unbegründet. Die regelmäßige Arbeitszeit der Klägerin beträgt gemäß
3 § 6 Abs. 1 Satz 1 Buchst. b TVöD/VKA durchschnittlich 40 Wochenstunden. § 6 Abs. 1 Satz 1 TV-BA findet auf das Arbeitsverhältnis der Parteien keine Anwendung. Zwar sind die Tarifverträge der Bundesagentur für Arbeit arbeitsvertraglich in Bezug genommen, werden aber aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung durch die Tarifverträge für den öffentlichen Dienst in der für den Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände geltenden Fassung (TVöD/VKA), an die der Beklagte kraft Verbandsmitgliedschaft gebunden ist (§ 3 Abs. 1 TVG), verdrängt. Das folgt aus § 6c Abs. 3 Satz 3 iVm. Satz 2 SGB II.

1 1. Das Arbeitsverhältnis der Klägerin ist mit Wirkung zum 1. Januar 2012 auf den
4 Beklagten übergegangen. Zwischen den Parteien steht nicht im Streit, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen des - verfassungskonformen (BAG 31. Januar 2019 - 8 AZR 410/13 - Rn. 50 ff., BAGE 165, 278) - § 6c Abs. 1 Satz 1 SGB II für den gesetzlichen Übergang des Arbeitsverhältnisses zu diesem Zeitpunkt erfüllt waren. Die Klägerin war Arbeitnehmerin der Bundesagentur für Arbeit und hatte am Tag vor der Zulassung des Beklagten als weiterem kommunalen Träger seit mindestens 24 Monaten Aufgaben der Bundesagentur als Träger nach § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB II in dem Gebiet des kommunalen Trägers wahrgenommen.

1 2. Mit dem gesetzlichen Übergang ist der Beklagte nach Maßgabe von§ 6c Abs. 3
5 Satz 2 SGB II in alle Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis zwischen der Klägerin und der Bundesagentur für Arbeit eingetreten.

1 a) Nach dieser Norm tritt der neue Träger im Falle des Übergangs nach Abs. 1
6 unbeschadet des Satzes 3 in die Rechte und Pflichten aus den Arbeitsverhältnissen ein, die im Zeitpunkt des Übertritts bestehen. Zu diesen Rechten und Pflichten gehören - neben allen anderen arbeitsvertraglichen Bestimmungen - auch diejenigen, die sich aus einer Bezugnahme auf Tarifverträge ergeben (vgl. zu § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB zB BAG 30. August 2017 - 4 AZR 95/14 - Rn. 43, BAGE 160, 87; 23. September 2009 - 4 AZR 331/08 - Rn. 14 ff., BAGE 132, 169).

1 b) Deshalb ist auch die Bezugnahmeklausel in § 2 der Änderungsvereinbarung
7 Bestandteil des zwischen den Parteien bestehenden Arbeitsverhältnisses geworden. Diese verweist zeitdynamisch auf den TV-BA, den TVÜ-BA sowie die für die Bundesagentur für Arbeit geltenden sonstigen Tarifverträge, jeweils in der Fassung für das Tarifgebiet Ost. Eine Bezugnahme auf die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes, insbesondere auf den TVöD/VKA und den TVÜ-VKA, enthält die Klausel nicht. Bei diesen handelt es sich weder um die Tarifverträge der Bundesagentur für Arbeit ergänzende, ändernde oder ersetzende Tarifverträge noch um für die Bundesagentur für Arbeit jeweils geltende sonstige Tarifverträge (vgl. zu einer vergleichbaren Klausel BAG 16. Mai 2018- 4 AZR 209/15 - Rn. 17 ff. mwN).

1 c) Anders als der Beklagte meint, sind die Voraussetzungen für eine er- gänzende

8 Vertragsauslegung nicht gegeben. Es fehlt bereits an einer Regelungslücke.

19 aa) Voraussetzung für eine ergänzende Vertragsauslegung ist eine Regelungslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit. Allein der Umstand, dass ein Vertrag für eine bestimmte Fallgestaltung keine Regelung enthält, bedeutet noch nicht, dass es sich um eine planwidrige Lücke handelt. Von einer Planwidrigkeit kann nur dann die Rede sein, wenn der Vertrag eine Bestimmung vermissen lässt, die erforderlich wäre, um den ihm zugrunde liegenden Regelungsplan zu verwirklichen, mithin ohne Vervollständigung des Vertrags eine angemessene, interessengerechte Lösung nicht zu erzielen ist (BAG 12. Dezember 2018 - 4 AZR 123/18 - Rn. 25 mwN, BAGE 164, 345; ebenso im Ergebnis für den Fall der dynamischen Bezugnahme auf kirchliche Arbeitsrechtsregelungen bei einem Betriebsübergang auf einen weltlichen Erwerber: BAG 21. Juni 2018 - 6 AZR 38/17 - Rn. 28 mwN; 23. November 2017 - 6 AZR 683/16 - BAGE 161, 111).

20 bb) Eine Bezugnahmeklausel, die - zeitdynamisch - auf konkret bezeichnete Tarifverträge verweist, mag im Fall des späteren Übergangs eines Arbeitsverhältnisses auf einen Dritten aus der Sicht einer der Vertragsparteien als „lückenhaft" empfunden werden. Diese Regelungslücke ist jedoch nicht automatisch planwidrig (BAG 12. Dezember 2018 - 4 AZR 123/18 - Rn. 27, BAGE 164, 345 [zum Verhältnis Flächentarifvertrag - Haustarifvertrag]). Auch im Bereich des öffentlichen Dienstes kommt es zu Betriebsübergängen und ein Übergang des Arbeitsverhältnisses kraft Gesetzes kommt nicht nur theoretisch in Betracht (vgl. dazu zB die Fallgestaltung in BVerfG 25. Januar 2011 - 1 BvR 1741/09 - BVerfGE 128, 157 [Übergang der Beschäftigten der Universitätskliniken Gießen und Marburg]). Insoweit wäre es den Arbeitsvertragsparteien unbenommen gewesen, für solche Fälle eine sog. große dynamische Bezugnahmeklausel (Tarifwechselklausel) in den Vertrag aufzunehmen (vgl. dazu BAG 21. November 2012 - 4 AZR 85/11 - Rn. 30, BAGE 144, 36; 16. Oktober 2002 - 4 AZR 467/01 - BAGE 103, 141), wenn dies gewollt gewesen wäre. Anders als der Beklagte meint, besteht auch keine Vergleichbarkeit mit der Lage beim Übergang der Arbeitsverhältnisse im Rahmen der Postreform. Dort ist das Tarifwerk, auf das Bezug genommen worden war, nicht mehr fortgeführt worden (vgl. dazu BAG 6. Juli 2011 - 4 AZR 706/09 - Rn. 25 ff., BAGE 138, 269).

21 3. § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II ordnet darüber hinaus im Wege der gesetzlichen Geltungserstreckung an, dass auf die übergegangenen Arbeitsverhältnisse die Tarifverträge anzuwenden sind, die für den übernehmenden Rechtsträger gelten, ohne dass es auf die Tarifgebundenheit des übergegangenen Arbeitnehmers ankäme (im Ergebnis ebenso BAG 16. April 2015 - 6 AZR 142/14 - Rn. 17 f., BAGE 151, 263; vgl. zu einer weiteren Form der gesetzlichen Geltungserstreckung BAG 20. November 2018 - 10 AZR 121/18 - Rn. 51, BAGE 164, 201). Dies sind hier die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes in der für den Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände geltenden Fassung.

22 a) Nach dem Wortlaut der Norm sind die „für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des neuen Trägers jeweils geltenden Tarifverträge" anzuwenden. Maßgeblich für die Anwendung tariflicher Regelungen aufgrund dieser Bestimmung ist also, ob für die anderen - nicht für die übergehenden - Arbeitsverhältnisse des aufnehmenden Rechtsträgers Tarifverträge gelten. Nach § 4 Abs. 1 TVG „gelten" die Rechtsnormen eines Tarifvertrags, die den Inhalt, den Abschluss oder die Beendigung von Arbeitsverhältnissen ordnen, unmittelbar und zwingend zwischen den beiderseits

Tarifgebundenen (§ 3 Abs. 1 TVG; vgl. zum Begriff der „Geltung" auch BAG 16. Oktober 2019 - 4 AZR 66/18 - Rn. 25). Voraussetzung ist damit in jedem Fall eine Tarifgebundenheit des aufnehmenden Rechtsträgers. Liegt eine solche vor, müssen nach § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II die entsprechenden Tarifverträge von ihm auch für alle übergehenden Arbeitsverhältnisse angewendet werden (BT-Drs. 17/1555 S. 20), ohne dass auf die Tarifgebundenheit der übergehenden Arbeitnehmer abgestellt wird. Ist der übernehmende Rechtsträger hingegen nicht tarifgebunden, ist für die Anwendung des § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II schon nach dessen Wortlaut kein Raum. Auch für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des übernehmenden Rechtsträgers würden in einer solchen Konstellation keine Tarifverträge gelten.

23 b) Im Streitfall findet danach, da der Beklagte Mitglied in der VKA ist, das Tarifwerk des TVöD/VKA auf das Arbeitsverhältnis der Parteien kraft gesetzlicher Erstreckung Anwendung. Darüber hinaus gilt der TVöD/VKA kraft beiderseitiger Tarifgebundenheit unmittelbar und zwingend (§ 4 Abs. 1 TVG, § 3 Abs. 1 TVG). Dies steht zwischen den Parteien nicht im Streit.

24 4. Eine Kollision zwischen den - auch - kraft gesetzlicher Erstreckung anwendbaren Tarifverträgen des öffentlichen Dienstes und den vertraglich in Bezug genommenen Tarifverträgen für die Bundesagentur für Arbeit folgt daraus im Arbeitsverhältnis der Klägerin aber nicht. Nach § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II sind vom Zeitpunkt des Übertritts an ausschließlich die für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des neuen Trägers jeweils geltenden Tarifverträge anzuwenden. Die arbeitsvertraglich in Bezug genommenen Tarifverträge werden verdrängt; für die Anwendung des Günstigkeitsprinzips bleibt kein Raum.

25 a) Bei aufgrund arbeitsvertraglicher Bezugnahme anwendbaren Tarifnormen handelt es sich rechtlich um einzelvertragliche Abreden. Normativ geltende und kraft arbeitsvertraglicher Bezugnahmeklausel anwendbare Tarifnormen sind grundsätzlich streng voneinander zu unterscheiden (st. Rspr., vgl. zu § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB zB BAG 30. August 2017 - 4 AZR 95/14 - Rn. 43, BAGE 160, 87; 17. Juni 2015 - 4 AZR 95/14 (A) - Rn. 14 ff.; 23. September 2009 - 4 AZR 331/08 - Rn. 14 ff., BAGE 132, 169). Eine Kollision zwischen den kraft beiderseitiger Tarifgebundenheit für das Arbeitsverhältnis der Parteien normativ geltenden und den aufgrund arbeitsvertraglicher Bezugnahme anwendbaren Tarifvorschriften ist nach dem Günstigkeitsprinzip (§ 4 Abs. 3 TVG) zu lösen (st. Rspr., zB BAG 12. Dezember 2018 - 4 AZR 123/18 - Rn. 34, BAGE 164, 345). Dieses - im TVG nur unvollkommen geregelte - Günstigkeitsprinzip ist überdies Ausdruck eines umfassenden Grundsatzes, der unabhängig von der Art der Rechtsquelle und auch außerhalb des Tarifvertragsgesetzes Geltung beansprucht (BAG 16. September 1986 - GS 1/82 - zu C II 3 a der Gründe, BAGE 53, 42; 5. März 2013 - 1 AZR 417/12 - Rn. 55 [zum Verhältnis Betriebsvereinbarung - Arbeitsvertrag]).

26 b) Die arbeitsvertraglich in Bezug genommenen Tarifnormen für die Bundesagentur für Arbeit finden auf das Arbeitsverhältnis der Parteien gleichwohl keine Anwendung. Sie werden aufgrund der Regelung in § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II, nach der vom Zeitpunkt des Übertritts an die für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des neuen Trägers jeweils geltenden Tarifverträge ausschließlich anzuwenden sind, kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung von denen des bei dem Beklagten geltenden Tarifwerks des TVöD/VKA vollständig verdrängt (offengelassen in BAG 31. Januar 2019 - 8 AZR 410/13 - Rn. 98, BAGE 165, 278; 16. März 2016 - 4 AZR 461/14 - Rn. 23; hiervon ausgehend wohl 17. März 2016 - 6 AZR 96/15 - Rn. 3,

19; 16. April 2015 - 6 AZR 142/14 - Rn. 17 f., BAGE 151, 263). Das ergibt die Auslegung der Vorschrift.

27 aa) Maßgebend für die Gesetzesauslegung ist der in der Norm zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers. Zu dessen Ermittlung sind der Wortlaut der Norm, die Systematik, Sinn und Zweck sowie die Gesetzesmaterialien und die Entstehungsgeschichte heranzuziehen. Unter diesen anerkannten Methoden hat keine unbedingten Vorrang. Welche Regelungskonzeption der Gesetzgeber mit dem von ihm gefundenen Wortlaut tatsächlich verfolgt, ergibt sich uU erst aus den anderen Auslegungsgesichtspunkten. Wird daraus der Wille des Gesetzgebers klar erkennbar, ist dieser zu achten (vgl. BVerfG 6. Juni 2018 - 1 BvL 7/14 ua. - Rn. 74 f., BVerfGE 149, 126; BAG 16. Oktober 2019 - 5 AZR 241/18 - Rn. 15 mwN).

28 bb) Bereits der Wortlaut des § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II spricht für eine solche verdrängende Wirkung. Danach sind die beim übernehmenden Rechtsträger geltenden Tarifverträge „ausschließlich" anzuwenden. Der Begriff „ausschließlich" bedeutet - als Adverb verwendet - „nur, nichts anderes als" (Wahrig Deutsches Wörterbuch 9. Aufl.). So verstanden finden außer den für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des neuen Trägers jeweils geltenden Tarifverträgen keine weiteren Tarifverträge Anwendung. Dies spricht gegen die Annahme, dass arbeitsvertraglich in Bezug genommene Tarifverträge unberührt blieben. Allerdings lässt der Wortlaut des Satzes 3 für sich betrachtet auch die Deutung zu, dass lediglich mögliche Kollisionen auf tarifvertraglicher Ebene zugunsten der Tarifverträge des aufnehmenden Rechtsträgers gelöst werden sollten.

29 cc) Aus der Systematik der gesetzlichen Regelung wird die verdrängende Wirkung aber deutlich.

30 (1) § 6c Abs. 3 Satz 2 SGB II ordnet den Eintritt des übernehmenden Rechtsträgers in die Rechte und Pflichten aus den Arbeitsverhältnissen „unbeschadet" des nachfolgenden Satzes an. Das Wort „unbeschadet" drückt aus, dass neben Satz 2 weitere Rechtsnormen anwendbar sein sollen. Damit wird zwar nicht zum Ausdruck gebracht, dass die Regelung gegenüber einer anderen zurücktritt (vgl. Handbuch der Rechtsförmlichkeit Rn. 87, BAnz. Beilage Nr. 160a vom 22. Oktober 2008; Wolff JZ 2012, 31, 32). Die in § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II angeordnete Rechtsfolge soll aber durch den Eintritt des neuen Trägers in die Rechte und Pflichten aus den Arbeitsverhältnissen nicht beeinträchtigt werden. Anders formuliert reicht der Eintritt des neuen Trägers in die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis nur so weit, wie sich nicht aus
§ 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II etwas anderes ergibt (vgl. zu diesem Verständnis von „unbeschadet" BVerwG 4. Juli 1986 - 4 C 31.84 - BVerwGE 74, 315).

31 (2) Insoweit unterscheidet sich § 6c Abs. 3 SGB II von der Regelungssystematik des § 613a Abs. 1 BGB. Diese Norm trennt streng zwischen arbeitsvertraglichen Rechten und Pflichten einerseits und kollektivrechtlichen Regelungen andererseits (sh. nur BAG 17. November 2010 - 4 AZR 391/09 - Rn. 23, BAGE 136, 184). Abgesehen davon ist die Regelung auch im Übrigen auf den Fall des gesetzlichen Übergangs eines Arbeitsverhältnisses von der Bundesagentur für Arbeit auf eine Optionskommune weder unmittelbar noch analog anwendbar (BAG 31. Januar 2019 - 8 AZR 410/13 - Rn. 69 ff., BAGE 165, 278).

32 (3) Im Übrigen ist zu beachten, dass das Regelungsmodell des § 6c Abs. 3 SGB II sowohl für den Fall gilt, dass ein kommunaler Rechtsträger nach Abs. 1 Aufgaben

der Bundesagentur für Arbeit übernimmt als auch bei der Beendigung einer solchen kommunalen Trägerschaft nach Abs. 2. In beiden Situationen erfolgt der Übergang des Personals nach denselben Bestimmungen und mit denselben Rechtswirkungen.

33 dd) Sinn und Zweck von § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II stützen dieses Auslegungsergebnis. Die Gesetzesmaterialien enthalten zwar keine ausdrücklichen Erwägungen zum Zweck der Norm. Die Anordnung der ausschließlichen Anwendbarkeit der für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des neuen Trägers jeweils geltenden Tarifverträge dient jedoch erkennbar der Anpassung der Arbeitsbedingungen an die Organisationsstrukturen bei dem jeweils übernehmenden Rechtsträger.

34 (1) Der Gesetzgeber durfte davon ausgehen, dass im Wesentlichen alle mit der Bundesagentur für Arbeit geschlossenen Arbeitsverträge eine Bezugnahmeklausel auf deren Haustarifverträge enthalten. Das Tarifwerk der Bundesagentur für Arbeit ist zwar eng an dasjenige des öffentlichen Dienstes angelehnt, trägt jedoch gleichzeitig deren Besonderheiten, vor allem den unterschiedlichen Organisationsstrukturen und den speziellen bei der Bundesagentur auszuübenden Tätigkeiten Rechnung. So ist insbesondere die Eingruppierung im TV-BA grundlegend abweichend von derjenigen im TVöD/VKA geregelt. Nach § 14 Abs. 1 TV-BA werden alle in der Bundesagentur für Arbeit auszuübenden Tätigkeiten von dieser in Fach- und Organisationskonzepten beschrieben und von den Tarifvertragsparteien Tätigkeits- und Kompetenzprofilen (TuK) zugeordnet. Die in den TuK festgelegten Anforderungen sind Grundlage für deren Zuordnung durch die Tarifvertragsparteien zu einer der acht Tätigkeitsebenen. Die Beschäftigten sind in der Tätigkeitsebene eingruppiert, der die ihnen nicht nur vorübergehend übertragene Tätigkeit zugeordnet ist. Die Zuordnung der Tätigkeiten zu TuK und der TuK zu Tätigkeitsebenen ist in den von den Tarifvertragsparteien vereinbarten Zuordnungstabellen festgelegt. Dieses speziell auf die bei der Bundesagentur für Arbeit auszuübenden Tätigkeiten und von dieser festgelegten Fach- und Organisationskonzepte abgestimmte Vergütungssystem ist nicht ohne praktische Schwierigkeiten auf eine andere Organisationsstruktur übertragbar, zumal die Bundesagentur für Arbeit mangels Organisationshoheit schon für die gemeinsamen Einrichtungen mit den Kommunen keine Fach- und Organisationskonzepte erstellen kann (vgl. im Einzelnen BAG 12. Dezember 2018 - 4 AZR 147/17 - Rn. 27 f., BAGE 164, 326). Das kann im Einzelfall zu Regelungslücken führen, deren Schließung nicht oder nur schwierig möglich ist.

35 (2) Das der gesetzlichen Vorschrift zugrunde liegende Anpassungsinteresse wird auch mit Blick auf den in § 6c Abs. 2 SGB II geregelten umgekehrten Fall des Endes der Trägerschaft deutlich. Danach treten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des kommunalen Trägers, die am Tag vor der Beendigung der Trägerschaft Aufgaben anstelle der Bundesagentur als Träger nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB II durchgeführt haben, zum Zeitpunkt der Beendigung der Trägerschaft kraft Gesetzes (wieder) in den Dienst der Bundesagentur über. Die Vorschriften des § 6c Abs. 3 Satz 2 und Satz 3 SGB II finden auf diesen Fall ebenfalls Anwendung. Auch hier konnte der Gesetzgeber annehmen, dass mit den Optionskommunen geschlossene Arbeitsverträge im Regelfall eine Bezugnahmeklausel auf das Tarifwerk des öffentlichen Dienstes für den Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände enthalten. Nach dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers sollen auch in diesem Fall die Tarifverträge des übernehmenden

Rechtsträgers - hier also der Bundesagentur für Arbeit - aus Gründen der Anpassung an die besonderen Organisationsstrukturen ausschließlich Anwendung finden.

36 (3) Dass der Gesetzgeber mit der Anordnung einer ausschließlichen Anwendung der für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des neuen Trägers jeweils geltenden Tarifverträge lediglich den Fall einer Tarifkollision auf der kollektivrechtlichen Ebene regeln wollte, scheidet mangels relevanten Regelungsbedürfnisses aus.

37 (a) Galt in einem Arbeitsverhältnis vor dem gesetzlichen Übergang aufgrund beiderseitiger Tarifgebundenheit der TV-BA, entfällt dessen unmittelbare und zwingende Wirkung mit dem Übertritt (§ 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 TVG), weil die Optionskommune nicht an diesen gebunden ist. Eine Nachbindung iSv. § 3 Abs. 3 TVG tritt ebenso wenig ein, weil die Dienststellen der Optionskommune nicht in den Geltungsbereich des bei dem vormaligen Arbeitgeber geltenden Haustarifvertrags fallen (vgl. zum Herauswachsen aus dem Geltungsbereich eines Tarifvertrags BAG 10. Dezember 1997 - 4 AZR 247/96 - zu 2 a bb der Gründe, BAGE 87, 257; zur Rechtslage bei einem Betriebsübergang vor Einführung von § 613a Abs. 1 Sätze 2 bis 4 BGB sh. BAG 13. Mai 1981 - 4 AZR 1076/78 - BAGE 35, 239; 26. September 1979 - 4 AZR 819/77 - BAGE 32, 113) . Auch eine Nachwirkung vor dem gesetzlichen Übergang des Arbeitsverhältnisses unmittelbar und zwingend geltender Tarifverträge kommt im Regelfall nicht in Betracht. Ist nämlich die Optionskommune - wie in den meisten Fällen - an den TVöD/VKA gebunden, handelt es sich bei diesem, weil er ua. - ebenso wie der TV-BA - mit der ver.di abgeschlossen worden ist, um eine andere Abmachung iSv. § 4 Abs. 5 TVG. Zwar entfällt die Nachwirkung des abgelaufenen Tarifvertrags nur insoweit, wie die andere Abmachung denselben Regelungsbereich erfasst, also die andere tarifliche Abmachung die in den nachwirkenden Rechtsnormen behandelten Gegenstände betrifft (BAG 3. Juli 2013 - 4 AZR 138/12 - Rn. 32, 41; 21. Oktober 2009 - 4 AZR 477/08 - Rn. 23). Im Grundsatz ist aber davon auszugehen, dass die Tarifvertragsparteien des TVöD/VKA die Tätigkeit eines jeden Beschäftigten des öffentlichen Dienstes erfassen (vgl. zum BAT BAG 18. März 2015 - 4 AZR 702/12 - Rn. 18 mwN) und die betroffenen Arbeitsverhältnisse vollständig und umfassend regeln wollten (vgl. auch BAG 23. Januar 2019 - 4 AZR 445/17 - Rn. 33, BAGE 165, 100). Für nachwirkende Tarifbestimmungen aus dem Tarifwerk für die Bundesagentur für Arbeit bliebe deshalb in dieser Konstellation regelmäßig kein Raum.

38 (b) Nur für den Fall, dass ein Arbeitnehmer vor dem gesetzlichen Übergang seines Arbeitsverhältnisses aus der Gewerkschaft austritt, könnte auf der kollektivrechtlichen Ebene ein Regelungsbedürfnis bestehen (vgl. zum Fall des Herauswachsens aus dem Geltungsbereich des Tarifvertrags bei gleichzeitigem Verbandsaustritt BAG 10. Dezember 1997 - 4 AZR 247/96 - zu 2 a bb der Gründe mwN, BAGE 87, 257). Bei analoger Anwendung von § 4 Abs. 5 TVG bliebe die Nachwirkung des zuvor unmittelbar und zwingend geltenden Tarifvertrags bestehen, wenn sie nicht durch die Anordnung der ausschließlichen Anwendung der für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des neuen Trägers jeweils geltenden Tarifverträge verdrängt würde. Dafür, dass der Gesetzgeber aber gerade diesen Ausnahmefall vor Augen hatte und nur für diesen eine eigene gesetzliche Regelung schaffen wollte, ohne den wesentlich näher liegenden Fall der vertraglichen Bezugnahme auf die Tarifverträge der Bundesagentur für Arbeit zu regeln,

bestehen keine Anhaltspunkte.

39 ee) Weder aus der Gesetzeshistorie noch aus anderen Umständen lassen sich Anhaltspunkte für ein abweichendes Verständnis der Norm entnehmen. Die mit diesem Inhalt seit dem 11. August 2010 geltende Norm ist - mit Ausnahme einiger sprachlicher Anpassungen - unverändert geblieben.

40 5. Das dargelegte Normverständnis begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Allerdings greift die gesetzliche Regelung in das Grundrecht der Klägerin aus Art. 12 Abs. 1 GG, einen Arbeitsvertrag frei zu schließen und daher auch dessen Inhalt aushandeln zu können (vgl. BVerfG 14. November 2018 - 1 BvR 1278/16 - Rn. 6 mwN), hinsichtlich in Bezug genommener Tarifnormen ein, weil sie deren Rechtswirkung verdrängt und es dadurch im Einzelfall auch zu einer Verlängerung der Arbeitszeit oder Verringerung der Vergütung kommen kann. Dieser Eingriff ist jedoch, insbesondere mit Blick auf die für den Regelfall gesetzlich angeordnete Anwendbarkeit eines anderen Tarifwerks des öffentlichen Dienstes und die Besitzstandsregelung in § 6c Abs. 5 SGB II, verfassungsrechtlich gerechtfertigt und verhältnismäßig, dh. geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne (BAG 31. Januar 2019 - 8 AZR 410/13 - Rn. 78 ff., 97 ff., BAGE 165, 278; vgl. auch BVerwG 20. September 2018 - 2 C 12.18 - Rn. 52). Andere arbeitsvertragliche Vereinbarungen als die Bezugnahmeklausel bleiben von § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II unberührt. Soweit der übernehmende Rechtsträger nicht tarifgebunden sein sollte, ist der Anwendungsbereich der Norm nicht eröffnet, so dass es bei der arbeitsvertraglichen Bezugnahmeregelung und der Anwendung des in Bezug genommenen Tarifwerks bleibt (Rn. 22). Der Schutz des Arbeitnehmers vor dem Verlust tariflich umfassend ausgestalteter Arbeitsbedingungen - sei es auf normativer oder vertraglicher Ebene - ist damit im Fall des Übergangs des Arbeitsverhältnisses nach § 6c SGB II gewährleistet. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts bedarf es deshalb keiner verfassungskonformen Auslegung der Norm. Eine solche käme im Übrigen im Hinblick auf den klaren Willen des Gesetzgebers auch nicht in Betracht (vgl. BVerfG 6. Juni 2018 - 1 BvL 7/14 ua. - Rn. 73, BVerfGE 149, 126; 25. Januar 2011 - 1 BvR 1741/09 - Rn. 78, BVerfGE 128, 157).

III.

41 Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

Zitiervorschlag:
BAG Urt. v. 11.12.2019 – 4 AZR 1003/13, BeckRS 2019, 41561

BeckRS 2019, 41562

BAG (4. Senat), Urteil vom 11.12.2019 – 4 AZR 17/17

Titel:
Gesetzlicher Übergang auf Optionskommune - Bezugnahmeklausel auf Tarifverträge beim Eintritt in die übergehenden Arbeitsverhältnissen

Normenketten:
SGB II § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, § 6c Abs. 1, 5 S. 3
TVG § 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1, Abs. 3
BGB § 613a Abs. 1
TV-BA § 14 Abs. 1
GG Art. 12 Abs. 1
ZPO § 256

Redaktioneller Leitsatz:

Parallelentscheidung zu BAG, BeckRS 2019, 39962 (dort dokumeniert)

Rechtsgebiet:

Arbeitsrecht

Schlagworte:

Gesetzlicher Übergang auf Optionskommune, Bezugnahmeklausel, Arbeitnehmer, Arbeitsuchende, Arbeitsvertrag, Betriebsvereinbarung, Grundsicherung, Tarifvertrag, Vereinigung, Tarifgebundenheit

vorgehend:

LAG Thüringen, Urteil vom 20.12.2016 - 1 Sa 41/16 (rechtskräftig)
ArbG Suhl, Urteil vom 22.09.2015 - 4 Ca 538/15 (Rechtskraft: unbekannt)

Parallelentscheidungen:

BAG, Urteil vom 11.12.2019 - 4 AZR 197/17; BAG, Urteil vom 11.12.2019 - 4 AZR 88/17; BAG, Urteil vom 11.12.2019 - 4 AZR 1003/13; BAG, Urteil vom 11.12.2019 - 4 AZR 89/17; BAG, Urteil vom 11.12.2019 - 4 AZR 547/18; BAG, Urteil vom 11.12.2019 - 4 AZR 310/16

ECLI:

ECLI:DE:BAG:2019:111219.U.4AZR17.17.0

Rechtskraft:

rechtskräftig

KI-generierte Zusammenfassung:

Das Bundesarbeitsgericht entschied, dass auf das Arbeitsverhältnis der Klägerin, welches durch gesetzlichen Übergang von der Bundesagentur für Arbeit auf den beklagten kommunalen Träger überging, ausschließlich die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes (TVöD/VKA) Anwendung finden und die arbeitsvertraglich in Bezug genommenen Tarifverträge der Bundesagentur für Arbeit verdrängt werden.
Die Klägerin hatte keinen Anspruch auf Zahlung von Differenzvergütung, da die Tarifverträge der Bundesagentur für Arbeit aufgrund der gesetzlichen Anordnung in § 6c Abs. 3 SGB II durch die Tarifverträge für den öffentlichen Dienst (TVöD/VKA) ersetzt werden, an die der Beklagte als Mitglied der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände gebunden ist. Die arbeitsvertragliche Bezugnahme auf die Tarifverträge der Bundesagentur für Arbeit wurde somit durch die gesetzliche Regelung verdrängt, und es blieb kein Raum für die Anwendung des Günstigkeitsprinzips. Die Regelung in § 6c Abs. 3 SGB II dient der Anpassung der Arbeitsbedingungen an die Organisationsstrukturen des jeweils übernehmenden Rechtsträgers und ist verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

Text1

BUNDESARBEITSGERICHT
4 AZR 17/17
1 Sa 41/16
Thüringer Landesarbeitsgericht
Verkündet am 11. Dezember 2019

Im Namen des Volkes!
URTEIL
In Sachen
Beklagter, Berufungskläger und Revisionskläger,
pp.
Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,
hat der Vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 11. Dezember 2019 durch den Richter am Bundesarbeitsgericht Reinfelder als Vorsitzenden, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht Dr. Rinck und Klug sowie den ehrenamtlichen Richter H. und die ehrenamtliche Richterin H.-W. für Recht erkannt:

Tenor:

1. Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des Thüringer Landesarbeitsgerichts vom 20. Dezember 2016 - 1 Sa 41/16 - aufgehoben, soweit es die Berufung des Beklagten zurückgewiesen hat.
2. Auf die Berufung des Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Suhl vom 22. September 2015 - 4 Ca 538/15 - abgeändert und die Klage insgesamt abgewiesen.
3. Die Klägerin hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.
Von Rechts wegen!

Tatbestand:

1 Die Parteien streiten über die Anwendbarkeit eines Tarifwerks auf ihr Arbeitsverhältnis und daraus resultierende Entgeltdifferenzansprüche.

2 Die Klägerin war seit 2005 bei der Bundesagentur für Arbeit beschäftigt.
Nach § 2 des letzten Arbeitsvertrags bestimmt sich ihr Arbeitsverhältnis nach dem Tarifvertrag für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der Bundesagentur für Arbeit (TV-BA) und den diesen ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträgen in der jeweils geltenden Fassung. Ferner finden nach der arbeitsvertraglichen Regelung die für die Bundesagentur für Arbeit jeweils geltenden sonstigen Tarifverträge auf das Arbeitsverhältnis Anwendung. Die Klägerin erhielt bis zum 31. Dezember 2011 ein Entgelt nach Tätigkeitsebene III Stufe 4 TV-BA.

3 Der Beklagte, der Mitglied der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (VKA) ist, wurde mit Wirkung zum 1. Januar 2012 als kommunaler Träger der Grundsicherung für Arbeitsuchende zugelassen. Mit Schreiben vom 13. Dezember 2011 wurde die Klägerin durch die Bundesagentur für Arbeit darüber informiert, ihr Arbeitsverhältnis gehe zum 1. Januar 2012 kraft Gesetzes auf den Beklagten über.

4 Seit dem 1. Januar 2012 wurde die Klägerin bei dem Beklagten be-chäftigt und erhielt ab 1. Juli 2012 eine Vergütung nach Entgeltgruppe 11 Stufe 4 TVöD/VKA, bis Dezember 2012 zuzüglich einer Ausgleichszahlung gemäß § 6c Abs. 5 Satz 3 SGB II. Das Arbeitsverhältnis endete aufgrund Aufhebungsvertrags mit Ablauf des 14. Februar 2016. Mit ihrer Klage hat die rin - soweit für die Revision von Interesse - Entgeltdifferenzen für den Zeitraum von Juni 2014 bis August 2015 geltend gemacht.

5 Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, die Bezugnahmeklausel in § 2 ihres Arbeitsvertrags entfalte auch im Arbeitsverhältnis zum Beklagten Wirkung. § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II sei verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass er einer Anwendung der arbeitsvertraglich in Bezug genommenen Tarifverträge nicht

entgegenstehe. Sie habe daher Anspruch auf Zahlung der Differenz zwischen dem ihr nach dem TV-BA zustehenden und dem durch den Beklagten gezahlten Entgelt.

6 Die Klägerin hat zuletzt beantragt, den Beklagten zu verurteilen, an sie 2.599,91 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 1.847,07 Euro seit dem 1. Januar 2015 und aus 752,84 Euro seit dem 7. September 2015 zu zahlen.

7 Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Er hat gemeint, aufgrund der Regelung in § 6c Abs. 3 SGB II sei auf das Arbeitsverhältnis ausschließlich der TVöD/VKA anzuwenden. Sämtliche Vergütungsansprüche seien erfüllt.

8 Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung des Beklagten das Urteil teilweise abgeändert und die Klage in Höhe von 99,08 Euro brutto abgewiesen. Mit seiner vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision begehrt der Beklagte weiterhin die vollständige Klageabweisung. Die Klägerin hat ihre zunächst erhobene Revision im Laufe des Verfahrens zurückgenommen.

Entscheidungsgründe:

9 Die zulässige Revision des Beklagten ist begründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Beklagten zu Unrecht zurückgewiesen.

I.

10 Die Klage ist zulässig, aber unbegründet. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Zahlung von Differenzvergütung nebst Zinsen für den Zeitraum Juni 2014 bis August 2015. Die Tarifverträge der Bundesagentur für Arbeit finden auf das Arbeitsverhältnis der Parteien keine Anwendung. Sie sind zwar arbeitsvertraglich in Bezug genommen, werden aber aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung durch die Tarifverträge für den öffentlichen Dienst in der für den Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände geltenden Fassung (TVöD/VKA), an die der Beklagte kraft Verbandsmitgliedschaft gebunden ist (§ 3 Abs. 1 TVG), verdrängt. Das folgt aus § 6c Abs. 3 Satz 3 iVm. Satz 2 SGB II.

11 1. Das Arbeitsverhältnis der Klägerin ist mit Wirkung zum 1. Januar 2012 auf den Beklagten übergegangen. Zwischen den Parteien steht nicht im Streit, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen des - verfassungskonformen (BAG 31. Januar 2019 - 8 AZR 410/13 - Rn. 50 ff., BAGE 165, 278) - § 6c Abs. 1 Satz 1 SGB II für den gesetzlichen Übergang des Arbeitsverhältnisses zu diesem Zeitpunkt erfüllt waren. Die Klägerin war Arbeitnehmerin der Bundesagentur für Arbeit und hatte am Tag vor der Zulassung des Beklagten als weiterem kommunalen Träger seit mindestens 24 Monaten Aufgaben der Bundesagentur als Träger nach § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB II in dem Gebiet des kommunalen Trägers wahrgenommen.

12 2. Mit dem gesetzlichen Übergang ist der Beklagte nach Maßgabe von§ 6c Abs. 3 Satz 2 SGB II in alle Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis zwischen der Klägerin und der Bundesagentur für Arbeit eingetreten.

13 a) Nach dieser Norm tritt der neue Träger im Falle des Übergangs nach Abs. 1 unbeschadet des Satzes 3 in die Rechte und Pflichten aus den Arbeitsverhältnissen ein, die im Zeitpunkt des Übertritts bestehen. Zu diesen Rechten und Pflichten gehören - neben allen anderen arbeitsvertraglichen Bestimmungen - auch diejenigen, die sich aus einer Bezugnahme auf Tarifverträge ergeben (vgl. zu § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB zB BAG 30. August 2017 - 4 AZR 95/14 - Rn. 43, BAGE 160, 87; 23. September 2009 - 4 AZR 331/08 - Rn. 14 ff., BAGE 132, 169).

14 b) Deshalb ist auch die Bezugnahmeklausel in § 2 des Arbeitsvertrags Bestandteil

4 des zwischen den Parteien bestehenden Arbeitsverhältnisses geworden. Diese verweist zeitdynamisch auf den TV-BA sowie die für die Bundesagentur für Arbeit geltenden sonstigen Tarifverträge, jeweils in der Fassung für das Tarifgebiet Ost. Eine Bezugnahme auf die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes, insbesondere auf den TVöD/VKA und den TVÜ-VKA, enthält die Klausel nicht. Bei diesen handelt es sich weder um die Tarifverträge der Bundesagentur für Arbeit ergänzende, ändernde oder ersetzende Tarifverträge noch um für die Bundesagentur für Arbeit jeweils geltende sonstige Tarifverträge (vgl. zu einer vergleichbaren Klausel BAG 16. Mai 2018 - 4 AZR 209/15 - Rn. 17 ff. mwN).

15 3. § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II ordnet darüber hinaus im Wege der gesetzli- chen Geltungserstreckung an, dass auf die übergegangenen Arbeitsverhältnisse die Tarifverträge anzuwenden sind, die für den übernehmenden Rechtsträger gelten, ohne dass es auf die Tarifgebundenheit des übergegangenen Arbeitnehmers ankäme (im Ergebnis ebenso BAG 16. April 2015 - 6 AZR 142/14 - Rn. 17 f., BAGE 151, 263; vgl. zu einer weiteren Form der gesetzlichen Geltungserstreckung BAG 20. November 2018 - 10 AZR 121/18 - Rn. 51, BAGE 164, 201). Dies sind hier die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes in der für den Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände geltenden Fassung.

16 a) Nach dem Wortlaut der Norm sind die „für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des neuen Trägers jeweils geltenden Tarifverträge" anzuwenden. Maßgeblich für die Anwendung tariflicher Regelungen aufgrund dieser Bestimmung ist also, ob für die anderen - nicht für die übergehenden - Arbeitsverhältnisse des aufnehmenden Rechtsträgers Tarifverträge gelten. Nach § 4 Abs. 1 TVG „gelten" die Rechtsnormen eines Tarifvertrags, die den Inhalt, den Abschluss oder die Beendigung von Arbeitsverhältnissen ordnen, unmittelbar und zwingend zwischen den beiderseits Tarifgebundenen (§ 3 Abs. 1 TVG; vgl. zum Begriff der „Geltung" auch BAG 16. Oktober 2019 - 4 AZR 66/18 - Rn. 25). Voraussetzung ist damit in jedem Fall eine Tarifgebundenheit des aufnehmenden Rechtsträgers. Liegt eine solche vor, müssen nach § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II die entsprechenden Tarifverträge von ihm auch für alle übergehenden Arbeitsverhältnisse angewendet werden (BT-Drs. 17/1555 S. 20), ohne dass auf die Tarifgebundenheit der übergehenden Arbeitnehmer abgestellt wird. Ist der übernehmende Rechtsträger hingegen nicht tarifgebunden, ist für die Anwendung des § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II schon nach dessen Wortlaut kein Raum. Auch für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des übernehmenden Rechtsträgers würden in einer solchen Konstellation keine Tarifverträge gelten.

17 b) Im Streitfall findet danach, da der Beklagte Mitglied in der VKA ist, das Tarifwerk des TVöD/VKA auf das Arbeitsverhältnis der Parteien kraft gesetzlicher Erstreckung Anwendung. Dies steht zwischen den Parteien nicht im Streit.

18 4. Eine Kollision zwischen den kraft gesetzlicher Erstreckung anwendbaren Tarifverträgen des öffentlichen Dienstes und den vertraglich in Bezug genommenen Tarifverträgen für die Bundesagentur für Arbeit folgt daraus im Arbeitsverhältnis der Klägerin aber nicht. Nach § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II sind vom Zeitpunkt des Übertritts an ausschließlich die für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des neuen Trägers jeweils geltenden Tarifverträge anzuwenden. Die arbeitsvertraglich in Bezug genommenen Tarifverträge werden verdrängt; für die Anwendung des Günstigkeitsprinzips bleibt kein Raum.

19 a) Bei aufgrund arbeitsvertraglicher Bezugnahme anwendbaren Tarifnor- men handelt es sich rechtlich um einzelvertragliche Abreden. Normativ geltende und

kraft arbeitsvertraglicher Bezugnahmeklausel anwendbare Tarifnormen sind grundsätzlich streng voneinander zu unterscheiden (st. Rspr., vgl. zu § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB zB BAG 30. August 2017 - 4 AZR 95/14 - Rn. 43, BAGE 160, 87; 17. Juni 2015 - 4 AZR 95/14 (A) - Rn. 14 ff.; 23. September 2009 - 4 AZR 331/08 - Rn. 14 ff., BAGE 132, 169). Eine Kollision zwischen den kraft beiderseitiger Tarifgebundenheit für das Arbeitsverhältnis der Parteien normativ geltenden und den aufgrund arbeitsvertraglicher Bezugnahme anwendbaren Tarifvorschriften ist nach dem Günstigkeitsprinzip (§ 4 Abs. 3 TVG) zu lösen (st. Rspr., zB BAG 12. Dezember 2018 - 4 AZR 123/18 - Rn. 34, BAGE 164, 345). Dieses - im TVG nur unvollkommen geregelte - Günstigkeitsprinzip ist überdies Ausdruck eines umfassenden Grundsatzes, der unabhängig von der Art der Rechtsquelle und auch außerhalb des Tarifvertragsgesetzes Geltung beansprucht (BAG 16. September 1986 - GS 1/82 - zu C II 3 a der Gründe, BAGE 53, 42; 5. März 2013 - 1 AZR 417/12 - Rn. 55 [zum Verhältnis Betriebsvereinbarung - Arbeitsvertrag]).

20 b) Die arbeitsvertraglich in Bezug genommenen Tarifnormen für die Bundesagentur für Arbeit finden auf das Arbeitsverhältnis der Parteien gleichwohl keine Anwendung. Sie werden aufgrund der Regelung in § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II, nach der vom Zeitpunkt des Übertritts an die für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des neuen Trägers jeweils geltenden Tarifverträge ausschließlich anzuwenden sind, kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung von denen des bei dem Beklagten geltenden Tarifwerks des TVöD/VKA vollständig verdrängt (offengelassen in BAG 31. Januar 2019 - 8 AZR 410/13 - Rn. 98, BAGE 165, 278; 16. März 2016 - 4 AZR 461/14 - Rn. 23; hiervon ausgehend wohl 17. März 2016 - 6 AZR 96/15 - Rn. 3, 19; 16. April 2015 - 6 AZR 142/14 - Rn. 17 f., BAGE 151, 263). Das ergibt die Auslegung der Vorschrift.

21 aa) Maßgebend für die Gesetzesauslegung ist der in der Norm zum Aus- druck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers. Zu dessen Ermittlung sind der Wortlaut der Norm, die Systematik, Sinn und Zweck sowie die Gesetzesmaterialien und die Entstehungsgeschichte heranzuziehen. Unter diesen anerkannten Methoden hat keine unbedingten Vorrang. Welche Regelungskonzeption der Gesetzgeber mit dem von ihm gefundenen Wortlaut tatsächlich verfolgt, ergibt sich uU erst aus den anderen Auslegungsgesichtspunkten. Wird daraus der Wille des Gesetzgebers klar erkennbar, ist dieser zu achten (vgl. BVerfG 6. Juni 2018 - 1 BvL 7/14 ua. - Rn. 74 f., BVerfGE 149, 126; BAG 16. Oktober 2019 - 5 AZR 241/18 - Rn. 15 mwN).

22 bb) Bereits der Wortlaut des § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II spricht für eine sol- che verdrängende Wirkung. Danach sind die beim übernehmenden Rechtsträger geltenden Tarifverträge „ausschließlich" anzuwenden. Der Begriff „ausschließlich" bedeutet - als Adverb verwendet - „nur, nichts anderes als" (Wahrig Deutsches Wörterbuch 9. Aufl.). So verstanden finden außer den für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des neuen Trägers jeweils geltenden Tarifverträgen keine weiteren Tarifverträge Anwendung. Dies spricht gegen die Annahme, dass arbeitsvertraglich in Bezug genommene Tarifverträge unberührt blieben. Allerdings lässt der Wortlaut des Satzes 3 für sich betrachtet auch die Deutung zu, dass lediglich mögliche Kollisionen auf tarifvertraglicher Ebene zugunsten der Tarifverträge des aufnehmenden Rechtsträgers gelöst werden sollten.

23 cc) Aus der Systematik der gesetzlichen Regelung wird die verdrängende Wirkung aber deutlich.

24 (1) § 6c Abs. 3 Satz 2 SGB II ordnet den Eintritt des übernehmenden Rechtsträgers in die Rechte und Pflichten aus den Arbeitsverhältnissen „unbeschadet" des nachfolgenden Satzes an. Das Wort „unbeschadet" drückt aus, dass neben Satz 2 weitere Rechtsnormen anwendbar sein sollen. Damit wird zwar nicht zum Ausdruck gebracht, dass die Regelung gegenüber einer anderen zurücktritt (vgl. Handbuch der Rechtsförmlichkeit Rn. 87, BAnz. Beilage Nr. 160a vom 22. Oktober 2008; Wolff JZ 2012, 31, 32). Die in § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II angeordnete Rechtsfolge soll aber durch den Eintritt des neuen Trägers in die Rechte und Pflichten aus den Arbeitsverhältnissen nicht beeinträchtigt werden. Anders formuliert reicht der Eintritt des neuen Trägers in die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis nur so weit, wie sich nicht aus § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II etwas anderes ergibt (vgl. zu diesem Verständnis von „unbeschadet" BVerwG 4. Juli 1986 - 4 C 31.84 - BVerwGE 74, 315).

25 (2) Insoweit unterscheidet sich § 6c Abs. 3 SGB II von der Regelungssys- tematik des § 613a Abs. 1 BGB. Diese Norm trennt streng zwischen arbeitsvertraglichen Rechten und Pflichten einerseits und kollektivrechtlichen Regelungen andererseits (sh. nur BAG 17. November 2010 - 4 AZR 391/09 - Rn. 23, BAGE 136, 184). Abgesehen davon ist die Regelung auch im Übrigen auf den Fall des gesetzlichen Übergangs eines Arbeitsverhältnisses von der Bundesagentur für Arbeit auf eine Optionskommune weder unmittelbar noch analog anwendbar (BAG 31. Januar 2019 - 8 AZR 410/13 - Rn. 69 ff., BAGE 165, 278).

26 (3) Im Übrigen ist zu beachten, dass das Regelungsmodell des § 6c Abs. 3 SGB II sowohl für den Fall gilt, dass ein kommunaler Rechtsträger nach Abs. 1 Aufgaben der Bundesagentur für Arbeit übernimmt als auch bei der Beendigung einer solchen kommunalen Trägerschaft nach Abs. 2. In beiden Situationen erfolgt der Übergang des Personals nach denselben Bestimmungen und mit denselben Rechtswirkungen.

27 dd) Sinn und Zweck von § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II stützen dieses Auslegungsergebnis. Die Gesetzesmaterialien enthalten zwar keine ausdrücklichen Erwägungen zum Zweck der Norm. Die Anordnung der ausschließlichen Anwendbarkeit der für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des neuen Trägers jeweils geltenden Tarifverträge dient jedoch erkennbar der Anpassung der Arbeitsbedingungen an die Organisationsstrukturen bei dem jeweils übernehmenden Rechtsträger.

28 (1) Der Gesetzgeber durfte davon ausgehen, dass im Wesentlichen alle mit der Bundesagentur für Arbeit geschlossenen Arbeitsverträge eine Bezugnahmeklausel auf deren Haustarifverträge enthalten. Das Tarifwerk der Bundesagentur für Arbeit ist zwar eng an dasjenige des öffentlichen Dienstes angelehnt, trägt jedoch gleichzeitig deren Besonderheiten, vor allem den unterschiedlichen Organisationsstrukturen und den speziellen bei der Bundesagentur auszuübenden Tätigkeiten Rechnung. So ist insbesondere die Eingruppierung im TV-BA grundlegend abweichend von derjenigen im TVöD/VKA geregelt. Nach § 14 Abs. 1 TV-BA werden alle in der Bundesagentur für Arbeit auszuübenden Tätigkeiten von dieser in Fach- und Organisationskonzepten beschrieben und von den Tarifvertragsparteien Tätigkeits- und Kompetenzprofilen (TuK) zugeordnet. Die in den TuK festgelegten Anforderungen sind Grundlage für deren Zuordnung durch die Tarifvertragsparteien zu einer der acht Tätigkeitsebenen. Die Beschäftigten sind in der Tätigkeitsebene eingruppiert, der die ihnen nicht nur vorübergehend übertragene Tätigkeit zugeordnet ist. Die Zuordnung der Tätigkeiten zu TuK und

der TuK zu Tätigkeitsebenen ist in den von den Tarifvertragsparteien vereinbarten Zuordnungstabellen festgelegt. Dieses speziell auf die bei der Bundesagentur für Arbeit auszuübenden Tätigkeiten und von dieser festgelegten Fach- und Organisationskonzepte abgestimmte Vergütungssystem ist nicht ohne praktische Schwierigkeiten auf eine andere Organisationsstruktur übertragbar, zumal die Bundesagentur für Arbeit mangels Organisationshoheit schon für die gemeinsamen Einrichtungen mit den Kommunen keine Fach- und Organisationskonzepte erstellen kann (vgl. im Einzelnen BAG 12. Dezember 2018 - 4 AZR 147/17 - Rn. 27 f., BAGE 164, 326). Das kann im Einzelfall zu Regelungslücken führen, deren Schließung nicht oder nur schwierig möglich ist.

29 (2) Das der gesetzlichen Vorschrift zugrunde liegende Anpassungsinteresse wird auch mit Blick auf den in § 6c Abs. 2 SGB II geregelten umgekehrten Fall des Endes der Trägerschaft deutlich. Danach treten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des kommunalen Trägers, die am Tag vor der Beendigung der Trägerschaft Aufgaben anstelle der Bundesagentur als Träger nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB II durchgeführt haben, zum Zeitpunkt der Beendigung der Trägerschaft kraft Gesetzes (wieder) in den Dienst der Bundesagentur über. Die Vorschriften des § 6c Abs. 3 Satz 2 und Satz 3 SGB II finden auf diesen Fall ebenfalls Anwendung. Auch hier konnte der Gesetzgeber annehmen, dass mit den Optionskommunen geschlossene Arbeitsverträge im Regelfall eine Bezugnahmeklausel auf das Tarifwerk des öffentlichen Dienstes für den Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände enthalten. Nach dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers sollen auch in diesem Fall die Tarifverträge des übernehmenden Rechtsträgers - hier also der Bundesagentur für Arbeit - aus Gründen der Anpassung an die besonderen Organisationsstrukturen ausschließlich Anwendung finden.

30 (3) Dass der Gesetzgeber mit der Anordnung einer ausschließlichen Anwendung der für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des neuen Trägers jeweils geltenden Tarifverträge lediglich den Fall einer Tarifkollision auf der kollektivrechtlichen Ebene regeln wollte, scheidet mangels relevanten Regelungsbedürfnisses aus.

31 (a) Galt in einem Arbeitsverhältnis vor dem gesetzlichen Übergang aufgrund beiderseitiger Tarifgebundenheit der TV-BA, entfällt dessen unmittelbare und zwingende Wirkung mit dem Übertritt (§ 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 TVG), weil die Optionskommune nicht an diesen gebunden ist. Eine Nachbindung iSv. § 3 Abs. 3 TVG tritt ebenso wenig ein, weil die Dienststellen der Optionskommune nicht in den Geltungsbereich des bei dem vormaligen Arbeitgeber geltenden Haustarifvertrags fallen (vgl. zum Herauswachsen aus dem Geltungsbereich eines Tarifvertrags BAG 10. Dezember 1997 - 4 AZR 247/96 - zu 2 a bb der Gründe, BAGE 87, 257; zur Rechtslage bei einem Betriebsübergang vor Einführung von § 613a Abs. 1 Sätze 2 bis 4 BGB sh. BAG 13. Mai 1981 - 4 AZR 1076/78 - BAGE 35, 239; 26. September 1979 - 4 AZR 819/77 - BAGE 32, 113) . Auch eine Nachwirkung vor dem gesetzlichen Übergang des Arbeitsverhältnisses unmittelbar und zwingend geltender Tarifverträge kommt im Regelfall nicht in Betracht. Ist nämlich die Optionskommune - wie in den meisten Fällen - an den TVöD/VKA gebunden, handelt es sich bei diesem, weil er ua. - ebenso wie der TV-BA - mit der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft - ver.di abgeschlossen worden ist, um eine andere Abmachung iSv. § 4 Abs. 5 TVG. Zwar entfällt die Nachwirkung des abgelaufenen Tarifvertrags nur insoweit, wie die andere Abmachung denselben Regelungsbereich

erfasst, also die andere tarifliche Abmachung die in den nachwirkenden Rechtsnormen behandelten Gegenstände betrifft (BAG 3. Juli 2013 - 4 AZR 138/12 - Rn. 32, 41; 21. Oktober 2009 - 4 AZR 477/08 - Rn. 23). Im Grundsatz ist aber davon auszugehen, dass die Tarifvertragsparteien des TVöD/VKA die Tätigkeit eines jeden Beschäftigten des öffentlichen Dienstes erfassen (vgl. zum BAT BAG 18. März 2015 - 4 AZR 702/12 - Rn. 18 mwN) und die betroffenen Arbeitsverhältnisse vollständig und umfassend regeln wollten (vgl. auch BAG 23. Januar 2019 - 4 AZR 445/17 - Rn. 33, BAGE 165, 100). Für nachwirkende Tarifbestimmungen aus dem Tarifwerk für die Bundesagentur für Arbeit bliebe deshalb in dieser Konstellation regelmäßig kein Raum.

32 (b) Nur für den Fall, dass ein Arbeitnehmer vor dem gesetzlichen Übergang seines Arbeitsverhältnisses aus der Gewerkschaft austritt, könnte auf der kollektivrechtlichen Ebene ein Regelungsbedürfnis bestehen (vgl. zum Fall des Herauswachsens aus dem Geltungsbereich des Tarifvertrags bei gleichzeitigem Verbandsaustritt BAG 10. Dezember 1997 - 4 AZR 247/96 - zu 2 a bb der Gründe mwN, BAGE 87, 257). Bei analoger Anwendung von § 4 Abs. 5 TVG bliebe die Nachwirkung des zuvor unmittelbar und zwingend geltenden Tarifvertrags bestehen, wenn sie nicht durch die Anordnung der ausschließlichen Anwendung der für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des neuen Trägers jeweils geltenden Tarifverträge verdrängt würde. Dafür, dass der Gesetzgeber aber gerade diesen Ausnahmefall vor Augen hatte und nur für diesen eine eigene gesetzliche Regelung schaffen wollte, ohne den wesentlich näher liegenden Fall der vertraglichen Bezugnahme auf die Tarifverträge der Bundesagentur für Arbeit zu regeln, bestehen keine Anhaltspunkte.

33 ee) Weder aus der Gesetzeshistorie noch aus anderen Umständen lassen sich Anhaltspunkte für ein abweichendes Verständnis der Norm entnehmen. Die mit diesem Inhalt seit dem 11. August 2010 geltende Norm ist - mit Ausnahme einiger sprachlicher Anpassungen - unverändert geblieben.

34 5. Das dargelegte Normverständnis begegnet keinen verfassungsrechtli- chen Bedenken. Allerdings greift die gesetzliche Regelung in das Grundrecht der Klägerin aus Art. 12 Abs. 1 GG, einen Arbeitsvertrag frei zu schließen und daher auch dessen Inhalt aushandeln zu können (vgl. BVerfG 14. November 2018 - 1 BvR 1278/16 - Rn. 6 mwN), hinsichtlich in Bezug genommener Tarifnormen ein, weil sie deren Rechtswirkung verdrängt und es dadurch im Einzelfall auch zu einer Verlängerung der Arbeitszeit oder Verringerung der Vergütung kommen kann. Dieser Eingriff ist jedoch, insbesondere mit Blick auf die für den Regelfall gesetzlich angeordnete Anwendbarkeit eines anderen Tarifwerks des öffentlichen Dienstes und die Besitzstandsregelung in § 6c Abs. 5 SGB II, verfassungsrechtlich gerechtfertigt und verhältnismäßig, dh. geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne (BAG 31. Januar 2019 - 8 AZR 410/13 - Rn. 78 ff., 97 ff., BAGE 165, 278; vgl. auch BVerwG 20. September 2018 - 2 C 12.18 - Rn. 52). Andere arbeitsvertragliche Vereinbarungen als die Bezugnahmeklausel bleiben von § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II unberührt. Soweit der übernehmende Rechtsträger nicht tarifgebunden sein sollte, ist der Anwendungsbereich der Norm nicht eröffnet, so dass es bei der arbeitsvertraglichen Bezugnahmeregelung und der Anwendung des in Bezug genommenen Tarifwerks bleibt. Der Schutz des Arbeitnehmers vor dem Verlust tariflich umfassend ausgestalteter Arbeitsbedingungen - sei es auf normativer oder vertraglicher Ebene - ist damit im Fall des Übergangs des

Arbeitsverhältnisses nach § 6c SGB II gewährleistet. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts bedarf es deshalb keiner verfassungskonformen Auslegung der Norm. Eine solche käme im Übrigen im Hinblick auf den klaren Willen des Gesetzgebers auch nicht in Betracht (vgl. BVerfG 6. Juni 2018 - 1 BvL 7/14 ua. - Rn. 73, BVerfGE 149, 126; 25. Januar 2011 - 1 BvR 1741/09 - Rn. 78, BVerfGE 128, 157).

II.

3 Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 ZPO.

Zitiervorschlag:

BAG Urt. v. 11.12.2019 – 4 AZR 17/17, BeckRS 2019, 41562

BeckRS 2019, 41563

BAG (4. Senat), Urteil vom 11.12.2019 – 4 AZR 197/17

Titel:

Gesetzlicher Übergang auf Optionskommune - Bezugnahmeklausel auf Tarifverträge beim Eintritt in die übergehenden Arbeitsverhältnissen

Normenketten:

SGB II § 6c Abs. 3
ZPO § 148, § 256, § 261 Abs. 3 Nr. 1
GG Art. 12 Abs. 1
TVG § 3, § 4
BGB § 613a Abs. 1
TVöD/VKA § 6 Abs. 1 S. 1 lit. b

Redaktionelle Leitsätze:

1. Teilweise Parallelentscheidung zu BAG, BeckRS 2019, 39962 (dort dokumeniert)

2. Die Entscheidung über die Aussetzung nach § 148 ZPO hat das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen zu treffen. Gegenüber dem vorrangigen Zweck einer Aussetzung - einander widersprechende Entscheidungen zu verhindern - sind der Nachteil einer langen Verfahrensdauer und die daraus für die Parteien entstehenden Folgen abzuwägen. Das Risiko sich widersprechender Entscheidungen ist gering, wenn das Bundearbeitsgericht über die maßgebliche Rechtsfrage bereits entschieden hat. (Rn. 10)

3. Wurde in der Vorinstanz schon einem Hauptantrag stattgegeben, gelangt mit der Revision auch ein Hilfsantrag automatisch in die Rechtsmittelinstanz, ohne dass es eines (vorsorglichen) Anschlussrechtsmittels bedürfte; dies gilt jedenfalls bei einem engen sachlichen und rechtlichen Zusammenhang der Anträge.(Rn. 42)

Rechtsgebiet:

Arbeitsrecht

Schlagworte:

Gesetzlicher Übergang auf Optionskommune, Bezugnahmeklausel, Arbeitnehmer, Arbeitsuchende, Arbeitsvertrag, Betriebsvereinbarung, Grundsicherung, Tarifvertrag, Vereinigung, Tarifgebundenheit

vorgehend:

LAG Thüringen, Urteil vom 10.01.2017 - 7 Sa 172/14 (Rechtskraft: unbekannt)
ArbG Suhl, Urteil vom 22.05.2014 - 5 Ca 1881/13 (Rechtskraft: unbekannt)

Parallelentscheidungen:
BAG, Urteil vom 11.12.2019 - 4 AZR 88/17; BAG, Urteil vom 11.12.2019 - 4 AZR 1003/13; BAG, Urteil vom 11.12.2019 - 4 AZR 89/17; BAG, Urteil vom 11.12.2019 - 4 AZR 547/18; BAG, Urteil vom 11.12.2019 - 4 AZR 17/17; BAG, Urteil vom 11.12.2019 - 4 AZR 310/16
ECLI:
ECLI:DE:BAG:2019:111219.U.4AZR197.17.0
Rechtskraft:
rechtskräftig

KI-generierte Zusammenfassung:
Das Bundesarbeitsgericht hat entschieden, dass auf das Arbeitsverhältnis der Klägerin, die von der Bundesagentur für Arbeit zu einem kommunalen Träger gewechselt ist, nicht der Tarifvertrag für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der Bundesagentur für Arbeit (TV-BA), sondern der Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVöD/VKA) Anwendung findet und hat damit die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts aufgehoben.
Das Gericht führte aus, dass die Revision des Beklagten begründet sei, da die Klage hinsichtlich der Hauptanträge zu 1. und 2. teilweise unzulässig und im Übrigen unbegründet sei. Die Anwendung des TV-BA auf das Arbeitsverhältnis der Klägerin sei durch die gesetzliche Regelung in § 6c Abs. 3 SGB II ausgeschlossen, da mit dem Übergang des Arbeitsverhältnisses auf den kommunalen Träger die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes (TVöD/VKA) kraft gesetzlicher Erstreckung Anwendung finden. Die arbeitsvertragliche Bezugnahme auf den TV-BA werde durch diese gesetzliche Anordnung verdrängt. Das Gericht stellte klar, dass eine Aussetzung des Verfahrens nach § 148 ZPO nicht geboten war, da das Risiko sich widersprechender Entscheidungen gering sei, insbesondere weil das Bundesarbeitsgericht bereits über die maßgebliche Rechtsfrage entschieden habe. Über die Hilfsanträge zu 3. und 4. konnte nicht abschließend entschieden werden, weshalb die Sache insoweit an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen wurde.

Text1

BUNDESARBEITSGERICHT
4 AZR 197/17
7 Sa 172/14
Thüringer Landesarbeitsgericht
Verkündet am 11. Dezember 2019
Im Namen des Volkes!
URTEIL
In Sachen
Beklagter, Berufungsbeklagter, Berufungskläger und Revisionskläger,
pp.
Klägerin, Berufungsklägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,
hat der Vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 11. Dezember 2019 durch den Richter am Bundesarbeitsgericht

Reinfelder als Vorsitzenden, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht Dr. Rinck und Klug sowie den ehrenamtlichen Richter H. und die ehrenamtliche Richterin H.-W. für Recht erkannt:

Tenor:

1. Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des Thüringer Landesarbeitsgerichts vom 10. Januar 2017- 7 Sa 172/14 - aufgehoben, soweit es die Berufung des Beklagten zurückgewiesen und auf die Berufung der Klägerin das Urteil des Arbeitsgerichts Suhl vom 22. Mai 2014 - 5 Ca 1881/13 - abgeändert hat.
2. Auf die Berufung des Beklagten wird - unter Zurückweisung der Berufung der Klägerin - das Urteil des Arbeitsgerichts Suhl vom 22. Mai 2014 - 5 Ca 1881/13 - abgeändert, soweit es den Anträgen zu 1. und 2. stattgegeben hat. Insoweit wird die Klage abgewiesen.
3. Hinsichtlich der Hilfsanträge zu 3. und 4. wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand:

1 Die Parteien streiten über die Anwendbarkeit eines Tarifwerks auf ihr Arbeitsverhältnis und daraus resultierende Entgeltdifferenzansprüche sowie hilfsweise über Schadenersatzansprüche und die zutreffende Eingruppierung der Klägerin.

2 Die Klägerin war seit dem 1. Juli 1991 bei der Bundesagentur für Arbeit beschäftigt, zuletzt als Arbeitsvermittlerin (U25/Ü25) im Bereich SGB II. Nach § 2 der zwischen ihr und der Bundesagentur für Arbeit geschlossenen Änderungsvereinbarung aus dem Jahr 2006 bestimmt sich ihr Arbeitsverhältnis nach dem Tarifvertrag für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der Bundesagentur für Arbeit (TV-BA) und den diesen ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträgen in der jeweils geltenden Fassung sowie dem Tarifvertrag zur Überleitung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der Bundesagentur für Arbeit in den TV-BA und zur Regelung des Übergangrechts (TVÜ-BA). Ferner finden nach der arbeitsvertraglichen Regelung die für die Bundesagentur für Arbeit jeweils geltenden sonstigen Tarifverträge auf das Arbeitsverhältnis Anwendung. Die Klägerin erhielt bis zum 31. Dezember 2011 ein Entgelt nach Tätigkeitsebene IV, Stufe 6 zuzüglich zwei Funktionsstufen 1 TV-BA. Eine Funktionsstufe erhielt die Klägerin, weil ihr die Abwesenheitsvertretung des Teamleiters übertragen worden war.

3 Der Beklagte, der Mitglied der Vereinigung der kommunalen Arbeitge- berverbände (VKA) ist, wurde mit Wirkung zum 1. Januar 2012 als kommunaler Träger der Grundsicherung für Arbeitsuchende zugelassen.

4 Seit dem 1. Januar 2012 wird die Klägerin bei dem Beklagten - mit Ausnahme der Abwesenheitsvertretung des Teamleiters, die ihr nicht mehr übertragen wurde - mit denselben Aufgaben, die sie bei der Bundesagentur für Arbeit ausgeübt hatte, beschäftigt und erhält eine Vergütung nach Entgeltgruppe 9 Stufe 5 TVöD/VKA, zunächst zuzüglich einer Ausgleichszahlung. Das Angebot zum Abschluss eines neuen Arbeitsvertrags nahm sie nicht an. Mit Schreiben vom 8. Februar 2012 und 21. Juni 2012 begehrte die Klägerin von dem Beklagten eine Überprüfung ihrer Eingruppierung in den TVöD/VKA. Mit weiterem Schreiben vom 29. Oktober 2013

machte sie geltend, Anspruch auf Vergütung nach dem TV-BA zu haben.

5 Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, die Bezugnahmeklausel in § 2 der Änderungsvereinbarung entfalte auch im Arbeitsverhältnis zu dem Beklagten Wirkung. § 6c SGB II sei verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass er einer Anwendung der arbeitsvertraglich in Bezug genommenen Tarifverträge nicht entgegenstehe. Sie habe daher Anspruch auf Zahlung der Differenz zwischen dem ihr nach dem TV-BA zustehenden und dem durch den Beklagten gezahlten Entgelt. Hilfsweise stehe ihr ein Schadensersatzanspruch wegen Verletzung des § 6c Abs. 5 SGB II zu. Der Beklagte habe ihren Anspruch auf Zuweisung einer „tarifrechtlich gleichwertigen Tätigkeit" verletzt.

6 Die Klägerin hat - soweit für die Revision von Bedeutung - beantragt,

1. festzustellen, dass auf das Arbeitsverhältnis der Parteien ab 1. Januar 2012 der Tarifvertrag für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der Bundesagentur für Arbeit (TV-BA) Anwendung findet und sie ab diesem Zeitpunkt Anspruch auf eine Vergütung nach Tätigkeitsebene IV Stufe 6 mit einer Funktionsstufe 1 gemäß § 20 TV-BA hat;

2. den Beklagten zu verurteilen, an die Klägerin 5.195,15 Euro brutto zu zahlen;

3. hilfsweise für den Fall, dass der Antrag auf Feststellung der Fortgeltung des TV-BA auf das Arbeitsverhältnis ab 1. Januar 2012 abgewiesen werden sollte, den Beklagten zu verurteilen, die Klägerin durch Zahlung von Schadensersatz in Höhe der Vergütungsdifferenz zwischen der Vergütung nach Entgeltgruppe 10 Stufe 6 gemäß Anlage 1 zum TVÜ-VKA und der gezahlten Vergütung ab Januar 2012 bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses so zu stellen, als sei sie in die Entgeltgruppe 10 Stufe 6 gemäß Anlage 1 zum TVÜ-VKA eingruppiert;

4. höchst hilfsweise für den Fall, dass der vorstehende Schadensersatzfeststellungsantrag abgewiesen werden sollte, festzustellen, dass die Klägerin ab Januar 2012 in die Entgeltgruppe 10 Stufe 6 gemäß Anlage 1 zum TVÜ-VKA eingruppiert ist auf der Grundlage der Vergütungsgruppe IVa Fallgruppe 1a gemäß Anlage 1a zur allgemeinen Vergütungsordnung (VKA) BAT.

7 Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Er hat gemeint, aufgrund der Regelung in § 6c Abs. 3 SGB II sei auf das Arbeitsverhältnis ausschließlich der TVöD/VKA anzuwenden. Sämtliche Vergütungsansprüche seien erfüllt.

8 Das Arbeitsgericht hat der Klage - soweit für die Revision von Interesse - hinsichtlich des Antrags zu 1. und eines Vergütungsanspruchs in Höhe von 2.696,25 Euro brutto stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat auf die hiergegen gerichteten Berufungen beider Parteien sowie einer Klageerweiterung das Urteil des Arbeitsgerichts unter Zurückweisung der Berufungen im Übrigen teilweise hinsichtlich des Antrags zu 2. abgeändert und den Beklagten zur Zahlung weiterer 2.498,90 Euro brutto verurteilt. Mit seiner vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision begehrt der Beklagte weiterhin Klageabweisung. In einem weiteren, derzeit vor dem Thüringer Landesarbeitsgericht anhängigen Rechtsstreit macht die Klägerin gegenüber der Bundesagentur für Arbeit den Fortbestand ihres Arbeitsverhältnisses mit dieser geltend.

Entscheidungsgründe:

9 Die zulässige Revision des Beklagten ist begründet. Das Landesarbeitsgericht hat zu Unrecht die Berufung des Beklagten zurückgewiesen und der Berufung der Klägerin hinsichtlich der Klageerweiterung stattgegeben. Die Klage ist hinsichtlich der Hauptanträge zu 1. und 2. teilweise unzulässig, im Übrigen unbegründet. Dies

führt zur Aufhebung des Berufungsurteils (§ 562 Abs. 1 ZPO), zur Abänderung des arbeitsgerichtlichen Urteils und zur Klageabweisung hinsichtlich der Anträge zu 1. und 2. (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 2 ZPO). Im Hinblick auf die Hilfsanträge zu 3. und 4. ist die Sache an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO).

I.

10 Der Senat war nicht verpflichtet, den Rechtsstreit wegen des von der Klägerin gegen die Bundesagentur für Arbeit vor dem Thüringer Landesarbeitsgericht geführten Verfahrens nach § 148 ZPO auszusetzen. Auch bei (teilweiser) Vorgreiflichkeit wäre eine Aussetzung nicht sachgerecht. Die Entscheidung über die Aussetzung hat das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen zu treffen (BAG 14. September 2016 - 4 AZR 10/14 - Rn. 35; 16. April 2015 - 6 AZR 142/14 - Rn. 14, BAGE 151, 263). Gegenüber dem vorrangigen Zweck einer Aussetzung - einander widersprechende Entscheidungen zu verhindern - sind der Nachteil einer langen Verfahrensdauer und die daraus für die Parteien entstehenden Folgen abzuwägen (BAG 20. September 2016 - 9 AZR 735/15 - Rn. 59; 2. März 2006 - 2 AZR 53/05 - Rn. 56). Danach überwiegt das Interesse an einer Sachentscheidung. Eine Aussetzung würde zu einer nicht hinnehmbaren Verzögerung des bereits seit 2013 anhängigen Rechtsstreits führen. Demgegenüber erscheint das Risiko sich widersprechender Entscheidungen als gering, da das Bundearbeitsgericht über die insoweit maßgebliche Frage, ob § 6c SGB II verfassungsgemäß ist, bereits entscheiden hat (BAG 31. Januar 2019- 8 AZR 410/13 - Rn. 50 ff., BAGE 165, 278).

II.

11 Die Klage ist hinsichtlich des Antrags zu 1. teilweise unzulässig, im Übrigen sind die Anträge zu 1. und 2. zulässig, aber unbegründet.

12 1. Der Klage steht nicht das von Amts wegen zu beachtende Prozesshindernis anderweitiger Rechtshängigkeit (§ 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO) entgegen. Im Hinblick auf den durch die Klägerin gegen die Bundesagentur für Arbeit geführten Rechtsstreit fehlt es an der erforderlichen Parteiidentität (vgl. hierzu BAG 30. November 2016 - 10 AZR 644/15 - Rn. 17 mwN).

13 2. Der Antrag zu 1. - der zwei Feststellungsbegehren enthält - ist teilweise unzulässig.

14 a) Mit dem ersten Teil des Antrags zu 1. begehrt die Klägerin die Feststel- lung, dass der TV-BA auf das Arbeitsverhältnis Anwendung findet. Dieser Elementenfeststellungsantrag ist jedenfalls als Zwischenfeststellungsklage nach § 256 Abs. 2 ZPO zulässig (zu den Voraussetzungen BAG 25. April 2018 - 5 AZR 245/17 - Rn. 19; 21. Oktober 2015 - 4 AZR 663/14 - Rn. 17 mwN). Die Entscheidung über die Anwendbarkeit des TV-BA ist vorgreiflich, da Vergütungsansprüche nach dem TV-BA, auf die die Anträge zu 1. und 2. ausschließlich gestützt sind, nur bestehen können, wenn dieser Tarifvertrag auf das Arbeitsverhältnis Anwendung findet. Die Frage des anwendbaren Tarifvertrags kann darüber hinaus auch für andere denkbare Folgestreitigkeiten von Bedeutung sein.

15 b) Bei dem zweiten Teil des Antrags zu 1. handelt es sich nach gebotener Auslegung um einen Eingruppierungsfeststellungsantrag. Die Klägerin begehrt der Sache nach die Feststellung der Verpflichtung des Beklagten, sie nach Tätigkeitsebene IV Stufe 6 zuzüglich einer Funktionsstufe 1 TV-BA zu vergüten. Für den so verstandenen Antrag besteht ein Feststellungsinteresse allerdings erst ab

dem 1. Januar 2016, im Übrigen ist der Antrag unzulässig. Die Klägerin hat die Entgeltdifferenz für den vorhergehenden Zeitraum bereits im Wege der Leistungsklage geltend gemacht. Ein darüber hinausgehendes Feststellungsinteresse ist nicht ersichtlich (vgl. hierzu BAG 31. Januar 2018 - 4 AZR 104/17 - Rn. 11; 27. Januar 2011 - 6 AZR 526/09 - Rn. 12, BAGE 137, 80).

16 3. Die Anträge zu 1. und 2. sind, soweit sie zulässig sind, unbegründet.

Die Tarifverträge der Bundesagentur für Arbeit finden auf das Arbeitsverhältnis der Parteien keine Anwendung. Sie sind zwar arbeitsvertraglich in Bezug genommen, werden aber aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung durch die Tarifverträge für den öffentlichen Dienst in der für den Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände geltenden Fassung (TVöD/VKA), an die der Beklagte kraft Verbandsmitgliedschaft gebunden ist (§ 3 Abs. 1 TVG), verdrängt. Das folgt aus § 6c Abs. 3 Satz 3 iVm. Satz 2 SGB II. Dementsprechend kann die Klägerin weder die Feststellung der Verpflichtung des Beklagten zur Zahlung eines Entgelts nach dem TV-BA verlangen noch stehen ihr unter diesem Gesichtspunkt Differenzvergütungsansprüche für den Zeitraum April 2013 bis Dezember 2015 zu.

17 a) Das Arbeitsverhältnis der Klägerin ist mit Wirkung zum 1. Januar 2012 auf den Beklagten übergegangen. Zwischen den Parteien steht nicht im Streit, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen des - verfassungskonformen (BAG 31. Januar 2019 - 8 AZR 410/13 - Rn. 50 ff., BAGE 165, 278) - § 6c Abs. 1 Satz 1 SGB II für den gesetzlichen Übergang des Arbeitsverhältnisses zu diesem Zeitpunkt erfüllt waren. Die Klägerin war Arbeitnehmerin der Bundesagentur für Arbeit und hatte am Tag vor der Zulassung des Beklagten als weiterem kommunalen Träger seit mindestens 24 Monaten Aufgaben der Bundesagentur als Träger nach § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB II in dem Gebiet des kommunalen Trägers wahrgenommen.

18 b) Mit dem gesetzlichen Übergang ist der Beklagte nach Maßgabe von § 6c Abs. 3 Satz 2 SGB II in alle Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis zwischen der Klägerin und der Bundesagentur für Arbeit eingetreten.

19 aa) Nach dieser Norm tritt der neue Träger im Falle des Übergangs nach Abs. 1 unbeschadet des Satzes 3 in die Rechte und Pflichten aus den Arbeitsverhältnissen ein, die im Zeitpunkt des Übertritts bestehen. Zu diesen Rechten und Pflichten gehören - neben allen anderen arbeitsvertraglichen Bestimmungen - auch diejenigen, die sich aus einer Bezugnahme auf Tarifverträge ergeben (vgl. zu § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB zB BAG 30. August 2017 - 4 AZR 95/14 - Rn. 43, BAGE 160, 87; 23. September 2009 - 4 AZR 331/08 - Rn. 14 ff., BAGE 132, 169).

20 bb) Deshalb ist auch die Bezugnahmeklausel in § 2 der Änderungsverein- barung Bestandteil des zwischen den Parteien bestehenden Arbeitsverhältnisses geworden. Diese verweist zeitdynamisch auf den TV-BA, den TVÜ-BA sowie die für die Bundesagentur für Arbeit geltenden sonstigen Tarifverträge, jeweils in der Fassung für das Tarifgebiet Ost. Eine Bezugnahme auf die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes, insbesondere auf den TVöD/VKA und den TVÜ-VKA, enthält die Klausel nicht. Bei diesen handelt es sich weder um die Tarifverträge der Bundesagentur für Arbeit ergänzende, ändernde oder ersetzende Tarifverträge noch um für die Bundesagentur für Arbeit jeweils geltende sonstige Tarifverträge (vgl. zu einer vergleichbaren Klausel BAG 16. Mai 2018- 4 AZR 209/15 - Rn. 17 ff. mwN).

21 c) § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II ordnet darüber hinaus im Wege der gesetzli- chen Geltungserstreckung an, dass auf die übergegangenen Arbeitsverhältnisse die Tarifverträge anzuwenden sind, die für den übernehmenden Rechtsträger gelten,

ohne dass es auf die Tarifgebundenheit des übergegangenen Arbeitnehmers ankäme (im Ergebnis ebenso BAG 16. April 2015 - 6 AZR 142/14 - Rn. 17 f., BAGE 151, 263; vgl. zu einer weiteren Form der gesetzlichen Geltungserstreckung BAG 20. November 2018 - 10 AZR 121/18 - Rn. 51, BAGE 164, 201). Dies sind hier die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes in der für den Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände geltenden Fassung.

22 aa) Nach dem Wortlaut der Norm sind die „für Arbeitnehmerinnen und Ar-
22 beitnehmer des neuen Trägers jeweils geltenden Tarifverträge" anzuwenden. Maßgeblich für die Anwendung tariflicher Regelungen aufgrund dieser Bestimmung ist also, ob für die anderen - nicht für die übergehenden - Arbeitsverhältnisse des aufnehmenden Rechtsträgers Tarifverträge gelten. Nach § 4 Abs. 1 TVG „gelten" die Rechtsnormen eines Tarifvertrags, die den Inhalt, den Abschluss oder die Beendigung von Arbeitsverhältnissen ordnen, unmittelbar und zwingend zwischen den beiderseits Tarifgebundenen (§ 3 Abs. 1 TVG; vgl. zum Begriff der „Geltung" auch BAG 16. Oktober 2019 - 4 AZR 66/18 - Rn. 25). Voraussetzung ist damit in jedem Fall eine Tarifgebundenheit des aufnehmenden Rechtsträgers. Liegt eine solche vor, müssen nach § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II die entsprechenden Tarifverträge von ihm auch für alle übergehenden Arbeitsverhältnisse angewendet werden (BT-Drs. 17/1555 S. 20), ohne dass auf die Tarifgebundenheit der übergehenden Arbeitnehmer abgestellt wird. Ist der übernehmende Rechtsträger hingegen nicht tarifgebunden, ist für die Anwendung des § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II schon nach dessen Wortlaut kein Raum. Auch für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des übernehmenden Rechtsträgers würden in einer solchen Konstellation keine Tarifverträge gelten.

23 bb) Im Streitfall findet danach, da der Beklagte Mitglied in der VKA ist, das
23 Tarifwerk des TVöD/VKA auf das Arbeitsverhältnis der Parteien kraft gesetzlicher Erstreckung Anwendung. Dies steht zwischen den Parteien nicht im Streit.

24 d) Eine Kollision zwischen den kraft gesetzlicher Erstreckung anwendbaren
24 Tarifverträgen des öffentlichen Dienstes und den vertraglich in Bezug genommenen Tarifverträgen für die Bundesagentur für Arbeit folgt daraus im Arbeitsverhältnis der Klägerin aber nicht. Nach § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II sind vom Zeitpunkt des Übertritts an ausschließlich die für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des neuen Trägers jeweils geltenden Tarifverträge anzuwenden. Die arbeitsvertraglich in Bezug genommenen Tarifverträge werden verdrängt; für die Anwendung des Günstigkeitsprinzips bleibt kein Raum.

25 aa) Bei aufgrund arbeitsvertraglicher Bezugnahme anwendbaren Tarifnormen
25 handelt es sich rechtlich um einzelvertragliche Abreden. Normativ geltende und kraft arbeitsvertraglicher Bezugnahmeklausel anwendbare Tarifnormen sind grundsätzlich streng voneinander zu unterscheiden (st. Rspr., vgl. zu § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB zB BAG 30. August 2017 - 4 AZR 95/14 - Rn. 43, BAGE 160, 87; 17. Juni 2015 - 4 AZR 95/14 (A) - Rn. 14 ff.; 23. September 2009 - 4 AZR 331/08 - Rn. 14 ff., BAGE 132, 169). Eine Kollision zwischen den kraft beiderseitiger Tarifgebundenheit für das Arbeitsverhältnis der Parteien normativ geltenden und den aufgrund arbeitsvertraglicher Bezugnahme anwendbaren Tarifvorschriften ist nach dem Günstigkeitsprinzip (§ 4 Abs. 3 TVG) zu lösen (st. Rspr., zB BAG 12. Dezember 2018 - 4 AZR 123/18 - Rn. 34, BAGE 164, 345). Dieses - im TVG nur unvollkommen geregelte - Günstigkeitsprinzip ist überdies Ausdruck eines umfassenden Grundsatzes, der unabhängig von der Art der Rechtsquelle und auch

außerhalb des Tarifvertragsgesetzes Geltung beansprucht (BAG 16. September 1986 - GS 1/82 - zu C II 3 a der Gründe, BAGE 53, 42; 5. März 2013 - 1 AZR 417/12 - Rn. 55 [zum Verhältnis Betriebsvereinbarung - Arbeitsvertrag]).

26 bb) Die arbeitsvertraglich in Bezug genommenen Tarifnormen für die Bundesagentur für Arbeit finden auf das Arbeitsverhältnis der Parteien gleichwohl keine Anwendung. Sie werden aufgrund der Regelung in § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II, nach der vom Zeitpunkt des Übertritts an die für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des neuen Trägers jeweils geltenden Tarifverträge ausschließlich anzuwenden sind, kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung von denen des bei dem Beklagten geltenden Tarifwerks des TVöD/VKA vollständig verdrängt (offengelassen in BAG 31. Januar 2019 - 8 AZR 410/13 - Rn. 98, BAGE 165, 278; 16. März 2016 - 4 AZR 461/14 - Rn. 23; hiervon ausgehend wohl 17. März 2016 - 6 AZR 96/15 - Rn. 3, 19; 16. April 2015 - 6 AZR 142/14 - Rn. 17 f., BAGE 151, 263). Das ergibt die Auslegung der Vorschrift.

27 (1) Maßgebend für die Gesetzesauslegung ist der in der Norm zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers. Zu dessen Ermittlung sind der Wortlaut der Norm, die Systematik, Sinn und Zweck sowie die Gesetzesmaterialien und die Entstehungsgeschichte heranzuziehen. Unter diesen anerkannten Methoden hat keine unbedingten Vorrang. Welche Regelungskonzeption der Gesetzgeber mit dem von ihm gefundenen Wortlaut tatsächlich verfolgt, ergibt sich uU erst aus den anderen Auslegungsgesichtspunkten. Wird daraus der Wille des Gesetzgebers klar erkennbar, ist dieser zu achten (vgl. BVerfG 6. Juni 2018 - 1 BvL 7/14 ua. - Rn. 74 f., BVerfGE 149, 126; BAG 16. Oktober 2019 - 5 AZR 241/18 - Rn. 15 mwN).

28 (2) Bereits der Wortlaut des § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II spricht für eine solche verdrängende Wirkung. Danach sind die beim übernehmenden Rechtsträger geltenden Tarifverträge „ausschließlich" anzuwenden. Der Begriff „ausschließlich" bedeutet - als Adverb verwendet - „nur, nichts anderes als" (Wahrig Deutsches Wörterbuch 9. Aufl.). So verstanden finden außer den für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des neuen Trägers jeweils geltenden Tarifverträgen keine weiteren Tarifverträge Anwendung. Dies spricht gegen die Annahme, dass arbeitsvertraglich in Bezug genommene Tarifverträge unberührt blieben. Allerdings lässt der Wortlaut des Satzes 3 für sich betrachtet auch die Deutung zu, dass lediglich mögliche Kollisionen auf tarifvertraglicher Ebene zugunsten der Tarifverträge des aufnehmenden Rechtsträgers gelöst werden sollten.

29 (3) Aus der Systematik der gesetzlichen Regelung wird die verdrängende Wirkung aber deutlich.

30 (a) § 6c Abs. 3 Satz 2 SGB II ordnet den Eintritt des übernehmenden Rechtsträgers in die Rechte und Pflichten aus den Arbeitsverhältnissen „unbeschadet" des nachfolgenden Satzes an. Das Wort „unbeschadet" drückt aus, dass neben Satz 2 weitere Rechtsnormen anwendbar sein sollen. Damit wird zwar nicht zum Ausdruck gebracht, dass die Regelung gegenüber einer anderen zurücktritt (vgl. Handbuch der Rechtsförmlichkeit Rn. 87, BAnz. Beilage Nr. 160a vom 22. Oktober 2008; Wolff JZ 2012, 31, 32). Die in § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II angeordnete Rechtsfolge soll aber durch den Eintritt des neuen Trägers in die Rechte und Pflichten aus den Arbeitsverhältnissen nicht beeinträchtigt werden. Anders formuliert reicht der Eintritt des neuen Trägers in die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis nur so weit, wie sich nicht aus § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II etwas anderes ergibt (vgl. zu

diesem Verständnis von „unbeschadet“ BVerwG 4. Juli 1986 - 4 C 31.84 - BVerwGE 74, 315).

31 (b) Insoweit unterscheidet sich § 6c Abs. 3 SGB II von der Regelungssystematik des § 613a Abs. 1 BGB. Diese Norm trennt streng zwischen arbeitsvertraglichen Rechten und Pflichten einerseits und kollektivrechtlichen Regelungen andererseits (sh. nur BAG 17. November 2010 - 4 AZR 391/09 - Rn. 23, BAGE 136, 184). Abgesehen davon ist die Regelung auch im Übrigen auf den Fall des gesetzlichen Übergangs eines Arbeitsverhältnisses von der Bundesagentur für Arbeit auf eine Optionskommune weder unmittelbar noch analog anwendbar (BAG 31. Januar 2019 - 8 AZR 410/13 - Rn. 69 ff., BAGE 165, 278).

32 (c) Im Übrigen ist zu beachten, dass das Regelungsmodell des § 6c Abs. 3 SGB II sowohl für den Fall gilt, dass ein kommunaler Rechtsträger nach Abs. 1 Aufgaben der Bundesagentur für Arbeit übernimmt als auch bei der Beendigung einer solchen kommunalen Trägerschaft nach Abs. 2. In beiden Situationen erfolgt der Übergang des Personals nach denselben Bestimmungen und mit denselben Rechtswirkungen.

33 (4) Sinn und Zweck von § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II stützen dieses Auslegungsergebnis. Die Gesetzesmaterialien enthalten zwar keine ausdrücklichen Erwägungen zum Zweck der Norm. Die Anordnung der ausschließlichen Anwendbarkeit der für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des neuen Trägers jeweils geltenden Tarifverträge dient jedoch erkennbar der Anpassung der Arbeitsbedingungen an die Organisationsstrukturen bei dem jeweils übernehmenden Rechtsträger.

34 (a) Der Gesetzgeber durfte davon ausgehen, dass im Wesentlichen alle mit der Bundesagentur für Arbeit geschlossenen Arbeitsverträge eine Bezugnahmeklausel auf deren Haustarifverträge enthalten. Das Tarifwerk der Bundesagentur für Arbeit ist zwar eng an dasjenige des öffentlichen Dienstes angelehnt, trägt jedoch gleichzeitig deren Besonderheiten, vor allem den unterschiedlichen Organisationsstrukturen und den speziellen bei der Bundesagentur auszuübenden Tätigkeiten Rechnung. So ist insbesondere die Eingruppierung im TV-BA grundlegend abweichend von derjenigen im TVöD/VKA geregelt. Nach § 14 Abs. 1 TV-BA werden alle in der Bundesagentur für Arbeit auszuübenden Tätigkeiten von dieser in Fach- und Organisationskonzepten beschrieben und von den Tarifvertragsparteien Tätigkeits- und Kompetenzprofilen (TuK) zugeordnet. Die in den TuK festgelegten Anforderungen sind Grundlage für deren Zuordnung durch die Tarifvertragsparteien zu einer der acht Tätigkeitsebenen. Die Beschäftigten sind in der Tätigkeitsebene eingruppiert, der die ihnen nicht nur vorübergehend übertragene Tätigkeit zugeordnet ist. Die Zuordnung der Tätigkeiten zu TuK und der TuK zu Tätigkeitsebenen ist in den von den Tarifvertragsparteien vereinbarten Zuordnungstabellen festgelegt. Dieses speziell auf die bei der Bundesagentur für Arbeit auszuübenden Tätigkeiten und von dieser festgelegten Fach- und Organisationskonzepte abgestimmte Vergütungssystem ist nicht ohne praktische Schwierigkeiten auf eine andere Organisationsstruktur übertragbar, zumal die Bundesagentur für Arbeit mangels Organisationshoheit schon für die gemeinsamen Einrichtungen mit den Kommunen keine Fach- und Organisationskonzepte erstellen kann (vgl. im Einzelnen BAG 12. Dezember 2018 - 4 AZR 147/17 - Rn. 27 f., BAGE 164, 326). Das kann im Einzelfall zu Regelungslücken führen, deren Schließung nicht oder nur schwierig möglich ist.

35 (b) Das der gesetzlichen Vorschrift zugrunde liegende Anpassungsinteresse wird

5 auch mit Blick auf den in § 6c Abs. 2 SGB II geregelten umgekehrten Fall des Endes der Trägerschaft deutlich. Danach treten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des kommunalen Trägers, die am Tag vor der Beendigung der Trägerschaft Aufgaben anstelle der Bundesagentur als Träger nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB II durchgeführt haben, zum Zeitpunkt der Beendigung der Trägerschaft kraft Gesetzes (wieder) in den Dienst der Bundesagentur über. Die Vorschriften des § 6c Abs. 3 Satz 2 und Satz 3 SGB II finden auf diesen Fall ebenfalls Anwendung. Auch hier konnte der Gesetzgeber annehmen, dass mit den Optionskommunen geschlossene Arbeitsverträge im Regelfall eine Bezugnahmeklausel auf das Tarifwerk des öffentlichen Dienstes für den Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände enthalten. Nach dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers sollen auch in diesem Fall die Tarifverträge des übernehmenden Rechtsträgers - hier also der Bundesagentur für Arbeit - aus Gründen der Anpassung an die besonderen Organisationsstrukturen ausschließlich Anwendung finden.

36 (c) Dass der Gesetzgeber mit der Anordnung einer ausschließlichen Anwendung der für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des neuen Trägers jeweils geltenden Tarifverträge lediglich den Fall einer Tarifkollision auf der kollektivrechtlichen Ebene regeln wollte, scheidet mangels relevanten Regelungsbedürfnisses aus.

37 (aa) Galt in einem Arbeitsverhältnis vor dem gesetzlichen Übergang aufgrund beiderseitiger Tarifgebundenheit der TV-BA, entfällt dessen unmittelbare und zwingende Wirkung mit dem Übertritt (§ 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 TVG), weil die Optionskommune nicht an diesen gebunden ist. Eine Nachbindung iSv. § 3 Abs. 3 TVG tritt ebenso wenig ein, weil die Dienststellen der Optionskommune nicht in den Geltungsbereich des bei dem vormaligen Arbeitgeber geltenden Haustarifvertrags fallen (vgl. zum Herauswachsen aus dem Geltungsbereich eines Tarifvertrags BAG 10. Dezember 1997 - 4 AZR 247/96 - zu 2 a bb der Gründe, BAGE 87, 257; zur Rechtslage bei einem Betriebsübergang vor Einführung von § 613a Abs. 1 Sätze 2 bis 4 BGB sh. BAG 13. Mai 1981 - 4 AZR 1076/78 - BAGE 35, 239; 26. September 1979 - 4 AZR 819/77 - BAGE 32, 113) . Auch eine Nachwirkung vor dem gesetzlichen Übergang des Arbeitsverhältnisses unmittelbar und zwingend geltender Tarifverträge kommt im Regelfall nicht in Betracht. Ist nämlich die Optionskommune - wie in den meisten Fällen - an den TVöD/VKA gebunden, handelt es sich bei diesem, weil er ua. - ebenso wie der TV-BA - mit der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft - ver.di abgeschlossen worden ist, um eine andere Abmachung iSv. § 4 Abs. 5 TVG. Zwar entfällt die Nachwirkung des abgelaufenen Tarifvertrags nur insoweit, wie die andere Abmachung denselben Regelungsbereich erfasst, also die andere tarifliche Abmachung die in den nachwirkenden Rechtsnormen behandelten Gegenstände betrifft (BAG 3. Juli 2013 - 4 AZR 138/12 - Rn. 32, 41; 21. Oktober 2009 - 4 AZR 477/08 - Rn. 23). Im Grundsatz ist aber davon auszugehen, dass die Tarifvertragsparteien des TVöD/VKA die Tätigkeit eines jeden Beschäftigten des öffentlichen Dienstes erfassen (vgl. zum BAT BAG 18. März 2015 - 4 AZR 702/12 - Rn. 18 mwN) und die betroffenen Arbeitsverhältnisse vollständig und umfassend regeln wollten (vgl. auch BAG 23. Januar 2019 - 4 AZR 445/17 - Rn. 33, BAGE 165, 100). Für nachwirkende Tarifbestimmungen aus dem Tarifwerk für die Bundesagentur für Arbeit bliebe deshalb in dieser Konstellation regelmäßig kein Raum.

3 (bb) Nur für den Fall, dass ein Arbeitnehmer vor dem gesetzlichen Übergang seines

8 Arbeitsverhältnisses aus der Gewerkschaft austritt, könnte auf der kollektivrechtlichen Ebene ein Regelungsbedürfnis bestehen (vgl. zum Fall des Herauswachsens aus dem Geltungsbereich des Tarifvertrags bei gleichzeitigem Verbandsaustritt BAG 10. Dezember 1997 - 4 AZR 247/96 - zu 2 a bb der Gründe mwN, BAGE 87, 257). Bei analoger Anwendung von § 4 Abs. 5 TVG bliebe die Nachwirkung des zuvor unmittelbar und zwingend geltenden Tarifvertrags bestehen, wenn sie nicht durch die Anordnung der ausschließlichen Anwendung der für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des neuen Trägers jeweils geltenden Tarifverträge verdrängt würde. Dafür, dass der Gesetzgeber aber gerade diesen Ausnahmefall vor Augen hatte und nur für diesen eine eigene gesetzliche Regelung schaffen wollte, ohne den wesentlich näher liegenden Fall der vertraglichen Bezugnahme auf die Tarifverträge der Bundesagentur für Arbeit zu regeln, bestehen keine Anhaltspunkte.

39 (5) Weder aus der Gesetzeshistorie noch aus anderen Umständen lassen sich Anhaltspunkte für ein abweichendes Verständnis der Norm entnehmen. Die mit diesem Inhalt seit dem 11. August 2010 geltende Norm ist - mit Ausnahme einiger sprachlicher Anpassungen - unverändert geblieben.

40 e) Das dargelegte Normverständnis begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Allerdings greift die gesetzliche Regelung in das Grundrecht der Klägerin aus Art. 12 Abs. 1 GG, einen Arbeitsvertrag frei zu schließen und daher auch dessen Inhalt aushandeln zu können (vgl. BVerfG 14. November 2018 - 1 BvR 1278/16 - Rn. 6 mwN), hinsichtlich in Bezug genommener Tarifnormen ein, weil sie deren Rechtswirkung verdrängt und es dadurch im Einzelfall auch zu einer Verlängerung der Arbeitszeit oder Verringerung der Vergütung kommen kann. Dieser Eingriff ist jedoch, insbesondere mit Blick auf die für den Regelfall gesetzlich angeordnete Anwendbarkeit eines anderen Tarifwerks des öffentlichen Dienstes und die Besitzstandsregelung in § 6c Abs. 5 SGB II, verfassungsrechtlich gerechtfertigt und verhältnismäßig, dh. geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne (BAG 31. Januar 2019 - 8 AZR 410/13 - Rn. 78 ff., 97 ff., BAGE 165, 278; vgl. auch BVerwG 20. September 2018 - 2 C 12.18 - Rn. 52). Andere arbeitsvertragliche Vereinbarungen als die Bezugnahmeklausel bleiben von § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II unberührt. Soweit der übernehmende Rechtsträger nicht tarifgebunden sein sollte, ist der Anwendungsbereich der Norm nicht eröffnet, so dass es bei der arbeitsvertraglichen Bezugnahmeregelung und der Anwendung des in Bezug genommenen Tarifwerks bleibt. Der Schutz des Arbeitnehmers vor dem Verlust tariflich umfassend ausgestalteter Arbeitsbedingungen - sei es auf normativer oder vertraglicher Ebene - ist damit im Fall des Übergangs des Arbeitsverhältnisses nach § 6c SGB II gewährleistet. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts bedarf es deshalb keiner verfassungskonformen Auslegung der Norm. Eine solche käme im Übrigen im Hinblick auf den klaren Willen des Gesetzgebers auch nicht in Betracht (vgl. BVerfG 6. Juni 2018 - 1 BvL 7/14 ua. - Rn. 73, BVerfGE 149, 126; 25. Januar 2011 - 1 BvR 1741/09 - Rn. 78, BVerfGE 128, 157).

41 III. Über die Hilfsanträge der Klägerin kann der Senat nicht abschließend entscheiden. Dies führt insoweit zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht (§ 563 Abs. 1 ZPO).

42 1. Die Anträge zu 3. und 4. sind dem Senat zur Entscheidung angefallen, obwohl das Landesarbeitsgericht - folgerichtig - keine Entscheidung über sie getroffen hat.

Wurde in der Vorinstanz schon einem Hauptantrag stattgegeben, gelangt mit der Revision auch ein Hilfsantrag automatisch in die Rechtsmittelinstanz, ohne dass es eines (vorsorglichen) Anschlussrechtsmittels bedürfte; dies gilt jedenfalls bei einem engen sachlichen und rechtlichen Zusammenhang der Anträge (BAG 15. Oktober 2013 - 9 AZR 855/12 - Rn. 22; 10. März 2009- 1 ABR 93/07 - Rn. 38, BAGE 130, 1). Hier ist ein solcher gegeben. Die Klägerin macht auch mit den Hilfsanträgen Ansprüche im Zusammenhang mit dem gesetzlichen Übergang des Arbeitsverhältnisses nach § 6c Abs. 1 Satz 1 SGB II geltend.

4 2. Der Antrag zu 3. ist allerdings in bisheriger Form unzulässig.

34 a) Er ist nicht hinreichend bestimmt iSd. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO.

44 aa) Nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO muss die Klageschrift die bestimmte Angabe des
5 Gegenstands und des Grundes des erhobenen Anspruchs sowie einen bestimmten Antrag enthalten. Die Klagepartei muss eindeutig festlegen, welche Entscheidung sie begehrt. Dazu hat sie den Streitgegenstand so genau zu bezeichnen, dass der Rahmen der gerichtlichen Entscheidungsbefugnis (§ 308 ZPO) keinem Zweifel unterliegt und die eigentliche Streitfrage mit Rechtskraftwirkung zwischen den Parteien entschieden werden kann (§ 322 ZPO). Sowohl bei einer der Klage stattgebenden als auch bei einer sie abweisenden Sachentscheidung muss zuverlässig feststellbar sein, worüber das Gericht entschieden hat. An die Bestimmtheit des Feststellungsantrags sind keine geringeren Anforderungen zu stellen als an die eines Leistungsantrags. Auch wenn das Bestehen oder der Umfang eines Rechtsverhältnisses oder eines Anspruchs zur gerichtlichen Entscheidung gestellt wird, muss zuverlässig erkennbar sein, worüber das Gericht eine Sachentscheidung treffen soll (BAG 25. Januar 2017 - 4 AZR 520/15 - Rn. 18 mwN).

4 bb) Diesen Anforderungen genügt der Antrag zu 3. nicht. Es wird nicht hinreichend
6 deutlich, ob die Klägerin einen festen monatlichen Betrag begehrt oder die Schadensersatzzahlungen abhängig von der tatsächlichen Arbeitsleistung, Urlaubs- und Krankheitszeiten und anderen Gegebenheiten sein sollen.

4 b) Ferner ist, soweit der Antrag in die Zukunft gerichtet ist, nicht ersichtlich, dass
7 die Voraussetzungen der §§ 258, 259 ZPO vorlägen.

4 3. Die Unzulässigkeit des Antrags führt insoweit nicht zur Klageabweisung, sondern
8 zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht. Der Klägerin, die bisher noch keinen gerichtlichen Hinweis zur Unzulässigkeit dieses Antrags erhalten hat, muss aus Gründen ihres verfassungsrechtlichen Anspruchs auf rechtliches Gehör Gelegenheit zu einer Konkretisierung und zu ergänzendem Vorbringen gegeben werden (vgl. BAG 12. Dezember 2012- 4 AZR 327/11 - Rn. 39).

4 4. Im weiteren Verfahren wird das Landesarbeitsgericht, sollte der Antrag zu 3. den
9 gesetzlichen Anforderungen genügen, zunächst anhand des dann ersichtlichen Begehrens die Zulässigkeit der Klageänderung nach § 533 ZPO zu beurteilen haben. Bei einer möglichen Sachentscheidung wird das Landesarbeitsgericht, falls ein Schadensersatzanspruch überhaupt in Betracht kommen sollte, zu beachten haben, dass trotz Entgelteinbußen beim übernommenen Beschäftigten ggf. eine tarifrechtlich gleichwertige Tätigkeit iSd. § 6c Abs. 5 Satz 1 SGB II vorliegen kann (vgl. hierzu BAG 31. Januar 2019 - 8 AZR 410/13 - Rn. 92 f., BAGE 165, 278; 16. April 2015 - 6 AZR 142/14 - Rn. 45, BAGE 151, 263). Sollte der Antrag zu 3. abzuweisen sein und damit der Antrag zu 4. zur Entscheidung anfallen, wird der Klägerin auch diesbezüglich Gelegenheit zu geben sein, ihr Begehren klarzustellen

und einen den Anforderungen der §§ 253, 256 ZPO genügenden Antrag zu stellen (vgl. hierzu BAG 1. Juni 2017 - 6 AZR 741/15 - Rn. 14, BAGE 159, 214). Von weiteren Hinweisen sieht der Senat ab.

Zitiervorschlag:
BAG Urt. v. 11.12.2019 – 4 AZR 197/17, BeckRS 2019, 41563

BAG (4. Senat), Urteil vom 11.12.2019 – 4 AZR 88/17

Titel:
Gesetzlicher Übergang auf Optionskommune - Bezugnahmeklausel auf Tarifverträge beim Eintritt in die übergehenden Arbeitsverhältnisse

Normenketten:
SGB II § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, § 6c Abs. 1 S. 1
BGB § 613a Abs. 1
TVG § 3 Abs. 1, § 4 Abs. 3
ZPO § 148, § 256, § 261 Abs. 3 Nr. 1
GG Art. 12 Abs. 1
TVöD/VKA § 6 Abs. 1 S. 1 lit. b

Redaktionelle Leitsätze:
1. Teilweise Parallelentscheidung zu BAG, BeckRS 2019, 39962 (dort dokumentiert)
2. Die Entscheidung über die Aussetzung nach § 148 ZPO hat das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen zu treffen. Gegenüber dem vorrangigen Zweck einer Aussetzung - einander widersprechende Entscheidungen zu verhindern - sind der Nachteil einer langen Verfahrensdauer und die daraus für die Parteien entstehenden Folgen abzuwägen. Das Risiko sich widersprechender Entscheidungen ist gering, wenn das Bundearbeitsgericht über die maßgebliche Rechtsfrage bereits entschieden hat. (Rn. 10)
3. Wurde in der Vorinstanz schon einem Hauptantrag stattgegeben, gelangt mit der Revision auch ein Hilfsantrag automatisch in die Rechtsmittelinstanz, ohne dass es eines (vorsorglichen) Anschlussrechtsmittels bedürfte; dies gilt jedenfalls bei einem engen sachlichen und rechtlichen Zusammenhang der Anträge. (Rn. 42)

Rechtsgebiet:
Arbeitsrecht

Schlagworte:
Gesetzlicher Übergang auf Optionskommune, Bezugnahmeklausel, Arbeitsvertrag , Arbeitnehmer, Arbeitsuchender, Eingruppierung, Betriebsvereinbarung, Entgeltgruppe, Grundsicherung, Tarifvertrag, Tarifgebundenheit

vorgehend:
LAG Thüringen, Urteil vom 11.01.2017 - 6 Sa 199/14 (nicht rechtskräftig)
ArbG Suhl, Urteil vom 22.05.2014 - 5 Ca 1882/13 (Rechtskraft: unbekannt)

Parallelentscheidungen:
BAG, Urteil vom 11.12.2019 - 4 AZR 197/17; BAG, Urteil vom 11.12.2019 - 4 AZR 1003/13; BAG, Urteil vom 11.12.2019 - 4 AZR 89/17; BAG, Urteil vom 11.12.2019 - 4 AZR 547/18; BAG, Urteil vom 11.12.2019 - 4 AZR 17/17; BAG,

Urteil vom 11.12.2019 - 4 AZR 310/16

ECLI:

ECLI:DE:BAG:2019:111219.U.4AZR88.17.0

Rechtskraft:

rechtskräftig

KI-generierte Zusammenfassung:

Das Bundesarbeitsgericht entschied, dass auf das Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und dem beklagten kommunalen Träger ausschließlich die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes anwendbar sind und verdrängte damit die arbeitsvertraglich in Bezug genommenen Tarifverträge der Bundesagentur für Arbeit.

Das Gericht führte aus, dass die Revision des Beklagten begründet sei und das Berufungsurteil aufgehoben werde. Die Klage sei hinsichtlich der Hauptanträge zu 1. und 2. teilweise unzulässig und im Übrigen unbegründet, was zur Klageabweisung führe. Die Sache sei bezüglich der Hilfsanträge zu 3. und 4. an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen. Eine Aussetzung des Verfahrens nach § 148 ZPO sei nicht geboten, da das Interesse an einer Sachentscheidung das Risiko sich widersprechender Entscheidungen überwiege, insbesondere da das Bundesarbeitsgericht bereits über die maßgebliche Rechtsfrage entschieden habe.

Die Klageanträge zu 1. und 2. seien unbegründet, da die Tarifverträge der Bundesagentur für Arbeit aufgrund gesetzlicher Anordnung durch die Tarifverträge für den öffentlichen Dienst verdrängt würden. Dies folge aus § 6c Abs. 3 SGB II, der eine ausschließliche Anwendung der für den neuen Träger geltenden Tarifverträge anordne. Der gesetzliche Übergang des Arbeitsverhältnisses des Klägers auf den Beklagten habe zur Folge, dass der Beklagte in alle Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis eingetreten sei, einschließlich der Bezugnahme auf Tarifverträge. Die arbeitsvertraglich in Bezug genommenen Tarifverträge würden jedoch durch die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes verdrängt, für die Anwendung des Günstigkeitsprinzips bleibe kein Raum. Die verdrängende Wirkung der gesetzlichen Regelung sei sowohl nach Wortlaut, Systematik, Sinn und Zweck als auch nach den Gesetzesmaterialien zu beurteilen und begegne keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.

Text1

BUNDESARBEITSGERICHT
4 AZR 88/17
6 Sa 199/14
Thüringer Landesarbeitsgericht
Verkündet am 11. Dezember 2019
Im Namen des Volkes!
URTEIL
In Sachen
Beklagter, Berufungsbeklagter, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.
Kläger, Berufungskläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,
hat der Vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 11. Dezember 2019 durch den Richter am Bundesarbeitsgericht R. als Vorsitzenden, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht Dr. Ri. und K. sowie den ehrenamtlichen Richter Ho. und die ehrenamtliche Richterin Hä. für Recht erkannt:

Tenor:

1. Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des Thüringer Landesarbeitsgerichts vom 11. Januar 2017- 6 Sa 199/14 - aufgehoben, soweit es die Berufung des Beklagten zurückgewiesen und auf die Berufung des Klägers das Urteil des Arbeitsgerichts Suhl vom 22. Mai 2014 - 5 Ca 1882/13 - abgeändert hat.
2. Auf die Berufung des Beklagten wird - unter Zurückweisung der Berufung des Klägers - das Urteil des Arbeitsgerichts Suhl vom 22. Mai 2014 - 5 Ca 1882/13 - abgeändert, soweit es den Anträgen zu 1. und 2. stattgegeben hat. Insoweit wird die Klage abgewiesen.
3. Hinsichtlich der Hilfsanträge zu 3. und 4. wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.
Von Rechts wegen!

Tatbestand:

1 Die Parteien streiten über die Anwendbarkeit eines Tarifwerks auf ihr Arbeitsverhältnis und daraus resultierende Entgeltdifferenzansprüche sowie hilfsweise über Schadensersatzansprüche und die zutreffende Eingruppierung des Klägers.

2 Der Kläger war seit dem 1. Februar 2003 bei der Bundesagentur für Arbeit als Arbeitsvermittler (U25/Ü25) im Bereich SGB II beschäftigt. Nach § 2 der Änderungsvereinbarung bestimmt sich sein Arbeitsverhältnis nach dem Tarifvertrag für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der Bundesagentur für Arbeit (TV-BA) und den diesen ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträgen in der jeweils geltenden Fassung sowie dem Tarifvertrag zur Überleitung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der Bundesagentur für Arbeit in den TV-BA und zur Regelung des Übergangsrechts (TVÜ-BA). Ferner finden nach der arbeitsvertraglichen Regelung die für die Bundesagentur für Arbeit jeweils geltenden sonstigen Tarifverträge auf das Arbeitsverhältnis Anwendung. Der Kläger erhielt bis zum 31. Dezember 2011 ein Entgelt nach Tätigkeitsebene IV, Stufe 6 zuzüglich einer Funktionsstufe 1 TV-BA.

3 Der Beklagte, der Mitglied der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (VKA) ist, wurde mit Wirkung zum 1. Januar 2012 als kommunaler Träger der Grundsicherung für Arbeitsuchende zugelassen.

4 Seit dem 1. Januar 2012 wird der Kläger bei dem Beklagten mit denselben Aufgaben, die er bei der Bundesagentur für Arbeit ausgeübt hatte, beschäftigt und erhält eine Vergütung nach Entgeltgruppe 9 Stufe 5 TVöD/VKA, zunächst zuzüglich einer Ausgleichszahlung. Das Angebot zum Abschluss eines neuen Arbeitsvertrags nahm er nicht an. Mit Schreiben vom 8. Februar 2012 und 26. Juni 2012 begehrte der Kläger von dem Beklagten eine Überprüfung seiner Eingruppierung in den TVöD/VKA. Mit weiterem Schreiben vom 15. Oktober 2013 machte er geltend,

Anspruch auf Vergütung nach dem TV-BA zu haben.

5 Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Bezugnahmeklausel in § 2 der Änderungsvereinbarung entfalte auch im Arbeitsverhältnis zu dem Beklagten Wirkung. § 6c SGB II sei verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass er einer Anwendung der arbeitsvertraglich in Bezug genommenen Tarifverträge nicht entgegenstehe. Er habe daher Anspruch auf Zahlung der Differenz zwischen dem ihm nach dem TV-BA zustehenden und dem durch den Beklagten gezahlten Entgelt. Hilfsweise stehe ihm ein Schadensersatzanspruch wegen Verletzung des § 6c Abs. 5 SGB II zu. Der Beklagte habe seinen Anspruch auf Zuweisung einer „tarifrechtlich gleichwertigen Tätigkeit" verletzt.

6 Der Kläger hat - soweit für die Revision von Bedeutung - beantragt,

1. festzustellen, dass auf das Arbeitsverhältnis der Parteien ab 1. Januar 2012 der Tarifvertrag für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der Bundesagentur für Arbeit (TV-BA) Anwendung findet und er ab diesem Zeitpunkt Anspruch auf eine Vergütung nach der Tätigkeitsebene IV Stufe 6 mit Funktionsstufe 1 gemäß § 20 TV-BA hat;

2. den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger 5.346,89 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 2.558,96 Euro seit dem 1. Dezember 2013, aus jeweils 232,63 Euro seit dem 1. Januar 2014, 1. Februar 2014 und 1. März 2014 sowie aus jeweils 348,34 Euro seit dem 1. April 2014, 1. Mai 2014, 1. Juni 2014, 1. Juli 2014, 1. August 2014 und 1. September 2014 zu zahlen;

3. hilfsweise für den Fall, dass der Antrag auf Feststellung der Fortgeltung des TV-BA auf das Arbeitsverhältnis ab 1. Januar 2012 abgewiesen werden sollte, die beklagte Partei zu verurteilen, den Kläger durch Zahlung von Schadensersatz in Höhe der Vergütungsdifferenz zwischen der Vergütung gemäß Anlage 1 zum TVÜ-VKA nach Entgeltgruppe 10 Stufe 6, hilfsweise Entgeltgruppe 9 mit Zwischenstufe bis zur Höhe der Vergütung nach Tätigkeitsebene IV Stufe 6 zuzüglich Funktionsstufe 1 TV-BA zum 31. Dezember 2011, zur gezahlten Vergütung ab Januar 2012 bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses so zu stellen, als sei er gemäß Anlage 1 zum TVÜ-VKA in die Entgeltgruppe 10 Stufe 6, hilfsweise Entgeltgruppe 9 mit Zwischenstufe bis zur Höhe der Vergütung nach Tätigkeitsebene IV Stufe 6 zuzüglich Funktionsstufe 1 TV-BA zum 31. Dezember 2011 eingruppiert;

4. höchst hilfsweise für den Fall, dass der vorstehende Schadensersatzfeststellungsantrag abgewiesen werden sollte, festzustellen, dass der Kläger ab Januar 2012 gemäß Anlage 1 zum TVÜ-VKA in die Entgeltgruppe 10 Stufe 6 auf der Grundlage der Vergütungsgruppe IVa Fallgruppe 1a gemäß Anlage 1a zur allgemeinen Vergütungsordnung (VKA) BAT, hilfsweise Entgeltgruppe 9 mit Zwischenstufe bis zur Höhe der Vergütung nach Tätigkeitsebene IV Stufe 6 zuzüglich Funktionsstufe 1 TV-BA zum 31. Dezember 2011 auf der Grundlage der Vergütungsgruppe Vb Fallgruppe 1a gemäß Anlage 1a zur allgemeinen Vergütungsordnung (VKA) BAT eingruppiert ist.

7 Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Er hat gemeint, aufgrund der Regelung in § 6c Abs. 3 SGB II sei auf das Arbeitsverhältnis ausschließlich der TVöD/VKA anzuwenden. Sämtliche Vergütungsansprüche seien erfüllt.

8 Das Arbeitsgericht hat der Klage - soweit für die Revision von Interesse - hinsichtlich des Antrags zu 1. und eines Vergütungsanspruchs in Höhe von

2.558,96 Euro brutto nebst Zinsen stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die hiergegen gerichtete Berufung des Beklagten zurückgewiesen und auf die Berufung und Klageerweiterung des Klägers den Beklagten zur Zahlung weiterer 2.787,93 Euro brutto nebst Zinsen verurteilt. Mit seiner vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision begehrt der Beklagte weiterhin Klageabweisung. In einem weiteren, derzeit vor dem Thüringer Landesarbeitsgericht anhängigen Rechtsstreit macht der Kläger gegenüber der Bundesagentur für Arbeit den Fortbestand seines Arbeitsverhältnisses mit dieser geltend.

Entscheidungsgründe:

9 Die zulässige Revision des Beklagten ist begründet. Das Landesarbeitsgericht hat zu Unrecht die Berufung des Beklagten zurückgewiesen und der Berufung des Klägers hinsichtlich der Klageerweiterung stattgegeben. Die Klage ist hinsichtlich der Hauptanträge zu 1. und 2. teilweise unzulässig, im Übrigen unbegründet. Dies führt zur Aufhebung des Berufungsurteils (§ 562 Abs. 1 ZPO), zur Abänderung des arbeitsgerichtlichen Urteils und zur Klageabweisung hinsichtlich der Anträge zu 1. und 2. (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 3 ZPO). Im Hinblick auf die Hilfsanträge zu 3. und 4. ist die Sache an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO).

I.

10 Der Senat war nicht verpflichtet, den Rechtsstreit wegen des vom Kläger gegen die Bundesagentur für Arbeit vor dem Thüringer Landesarbeitsgericht geführten Verfahrens nach § 148 ZPO auszusetzen. Auch bei (teilweiser) Vorgreiflichkeit wäre eine Aussetzung nicht sachgerecht. Die Entscheidung über die Aussetzung hat das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen zu treffen (BAG 14. September 2016 - 4 AZR 10/14 - Rn. 35; 16. April 2015 - 6 AZR 142/14 - Rn. 14, BAGE 151, 263). Gegenüber dem vorrangigen Zweck einer Aussetzung - einander widersprechende Entscheidungen zu verhindern - sind der Nachteil einer langen Verfahrensdauer und die daraus für die Parteien entstehenden Folgen abzuwägen (BAG 20. September 2016 - 9 AZR 735/15 - Rn. 59; 2. März 2006 - 2 AZR 53/05 - Rn. 56). Danach überwiegt das Interesse an einer Sachentscheidung. Eine Aussetzung würde zu einer nicht hinnehmbaren Verzögerung des bereits seit 2013 anhängigen Rechtsstreits führen. Demgegenüber erscheint das Risiko sich widersprechender Entscheidungen als gering, da das Bundearbeitsgericht über die insoweit maßgebliche Frage, ob § 6c SGB II verfassungsgemäß ist, bereits entscheiden hat (BAG 31. Januar 2019- 8 AZR 410/13 - Rn. 50 ff., BAGE 165, 278).

II.

11 Die Klage ist hinsichtlich des Antrags zu 1. teilweise unzulässig, im Übrigen sind die Anträge zu 1. und 2. zulässig, aber unbegründet.

12 1. Der Klage steht nicht das von Amts wegen zu beachtende Prozesshindernis anderweitiger Rechtshängigkeit (§ 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO) entgegen. Im Hinblick auf den durch den Kläger gegen die Bundesagentur für Arbeit geführten Rechtsstreit fehlt es an der erforderlichen Parteiidentität (vgl. hierzu BAG 30. November 2016 - 10 AZR 644/15 - Rn. 17 mwN).

13 2. Der Antrag zu 1. - der zwei Feststellungsbegehren enthält - ist teilweise unzulässig.

14 a) Mit dem ersten Teil des Antrags zu 1. begehrt der Kläger die Feststellung, dass der TV-BA auf das Arbeitsverhältnis Anwendung findet. Dieser Elementenfeststellungsantrag ist jedenfalls als Zwischenfeststellungsklage nach §

256 Abs. 2 ZPO zulässig (zu den Voraussetzungen BAG 25. April 2018 - 5 AZR 245/17 - Rn. 19; 21. Oktober 2015 - 4 AZR 663/14 - Rn. 17 mwN). Die Entscheidung über die Anwendbarkeit des TV-BA ist vorgreiflich, da Vergütungsansprüche nach dem TV-BA, auf die die Anträge zu 1. und 2. ausschließlich gestützt sind, nur bestehen können, wenn dieser Tarifvertrag auf das Arbeitsverhältnis Anwendung findet. Die Frage des anwendbaren Tarifvertrags kann darüber hinaus auch für andere denkbare Folgestreitigkeiten von Bedeutung sein.

15 b) Bei dem zweiten Teil des Antrags zu 1. handelt es sich nach gebotener Auslegung um einen Eingruppierungsfeststellungsantrag. Der Kläger begehrt der Sache nach die Feststellung der Verpflichtung des Beklagten, ihn nach Tätigkeitsebene IV Stufe 6 zuzüglich einer Funktionsstufe 1 TV-BA zu vergüten. Für den so verstandenen Antrag besteht ein Feststellungsinteresse allerdings erst ab dem 1. September 2014, im Übrigen ist der Antrag unzulässig. Der Kläger hat die Entgeltdifferenz für den vorhergehenden Zeitraum bereits im Wege der Leistungsklage geltend gemacht. Ein darüber hinausgehendes Feststellungsinteresse ist nicht ersichtlich (vgl. BAG 31. Januar 2018 - 4 AZR 104/17 - Rn. 11; 27. Januar 2011 - 6 AZR 526/09 - Rn. 12, BAGE 137, 80).

16 3. Die Anträge zu 1. und 2. sind, soweit sie zulässig sind, unbegründet.

Die Tarifverträge der Bundesagentur für Arbeit finden auf das Arbeitsverhältnis der Parteien keine Anwendung. Sie sind zwar arbeitsvertraglich in Bezug genommen, werden aber aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung durch die Tarifverträge für den öffentlichen Dienst in der für den Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände geltenden Fassung (TVöD/VKA), an die der Beklagte kraft Verbandsmitgliedschaft gebunden ist (§ 3 Abs. 1 TVG), verdrängt. Das folgt aus § 6c Abs. 3 Satz 3 iVm. Satz 2 SGB II. Dementsprechend kann der Kläger weder die Feststellung der Verpflichtung des Beklagten zur Zahlung eines Entgelts nach dem TV-BA verlangen noch stehen ihm unter diesem Gesichtspunkt Differenzvergütungsansprüche für den Zeitraum von April 2013 bis August 2014 nebst Zinsen zu.

17 a) Das Arbeitsverhältnis des Klägers ist mit Wirkung zum 1. Januar 2012 auf den Beklagten übergegangen. Zwischen den Parteien steht nicht im Streit, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen des - verfassungskonformen (BAG 31. Januar 2019 - 8 AZR 410/13 - Rn. 50 ff., BAGE 165, 278) - § 6c Abs. 1 Satz 1 SGB II für den gesetzlichen Übergang des Arbeitsverhältnisses zu diesem Zeitpunkt erfüllt waren. Der Kläger war Arbeitnehmer der Bundesagentur für Arbeit und hatte am Tag vor der Zulassung des Beklagten als weiterem kommunalen Träger seit mindestens 24 Monaten Aufgaben der Bundesagentur als Träger nach § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB II in dem Gebiet des kommunalen Trägers wahrgenommen.

18 b) Mit dem gesetzlichen Übergang ist der Beklagte nach Maßgabe von§ 6c Abs. 3 Satz 2 SGB II in alle Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und der Bundesagentur für Arbeit eingetreten.

19 aa) Nach dieser Norm tritt der neue Träger im Falle des Übergangs nach Abs. 1 unbeschadet des Satzes 3 in die Rechte und Pflichten aus den Arbeitsverhältnissen ein, die im Zeitpunkt des Übertritts bestehen. Zu diesen Rechten und Pflichten gehören - neben allen anderen arbeitsvertraglichen Bestimmungen - auch diejenigen, die sich aus einer Bezugnahme auf Tarifverträge ergeben (vgl. zu § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB zB BAG 30. August 2017 - 4 AZR 95/14 - Rn. 43, BAGE 160, 87; 23. September 2009 - 4 AZR 331/08 - Rn. 14 ff., BAGE 132, 169).

20 bb) Deshalb ist auch die Bezugnahmeklausel in § 2 der Änderungsvereinbarung Bestandteil des zwischen den Parteien bestehenden Arbeitsverhältnisses geworden. Diese verweist zeitdynamisch auf den TV-BA, den TVÜ-BA sowie die für die Bundesagentur für Arbeit geltenden sonstigen Tarifverträge, jeweils in der Fassung für das Tarifgebiet Ost. Eine Bezugnahme auf die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes, insbesondere auf den TVöD/VKA und den TVÜ-VKA, enthält die Klausel nicht. Bei diesen handelt es sich weder um die Tarifverträge der Bundesagentur für Arbeit ergänzende, ändernde oder ersetzende Tarifverträge noch um für die Bundesagentur für Arbeit jeweils geltende sonstige Tarifverträge (vgl. zu einer vergleichbaren Klausel BAG 16. Mai 2018- 4 AZR 209/15 - Rn. 17 ff. mwN).

21 c) § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II ordnet darüber hinaus im Wege der gesetzlichen Geltungserstreckung an, dass auf die übergegangenen Arbeitsverhältnisse die Tarifverträge anzuwenden sind, die für den übernehmenden Rechtsträger gelten, ohne dass es auf die Tarifgebundenheit des übergegangenen Arbeitnehmers ankäme (im Ergebnis ebenso BAG 16. April 2015 - 6 AZR 142/14 - Rn. 17 f., BAGE 151, 263; vgl. zu einer weiteren Form der gesetzlichen Geltungserstreckung BAG 20. November 2018 - 10 AZR 121/18 - Rn. 51, BAGE 164, 201). Dies sind hier die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes in der für den Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände geltenden Fassung.

22 aa) Nach dem Wortlaut der Norm sind die „für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des neuen Trägers jeweils geltenden Tarifverträge" anzuwenden. Maßgeblich für die Anwendung tariflicher Regelungen aufgrund dieser Bestimmung ist also, ob für die anderen - nicht für die übergehenden - Arbeitsverhältnisse des aufnehmenden Rechtsträgers Tarifverträge gelten. Nach § 4 Abs. 1 TVG „gelten" die Rechtsnormen eines Tarifvertrags, die den Inhalt, den Abschluss oder die Beendigung von Arbeitsverhältnissen ordnen, unmittelbar und zwingend zwischen den beiderseits Tarifgebundenen (§ 3 Abs. 1 TVG; vgl. zum Begriff der „Geltung" auch BAG 16. Oktober 2019 - 4 AZR 66/18 - Rn. 25). Voraussetzung ist damit in jedem Fall eine Tarifgebundenheit des aufnehmenden Rechtsträgers. Liegt eine solche vor, müssen nach § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II die entsprechenden Tarifverträge von ihm auch für alle übergehenden Arbeitsverhältnisse angewendet werden (BT-Drs. 17/1555 S. 20), ohne dass auf die Tarifgebundenheit der übergehenden Arbeitnehmer abgestellt wird. Ist der übernehmende Rechtsträger hingegen nicht tarifgebunden, ist für die Anwendung des § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II schon nach dessen Wortlaut kein Raum. Auch für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des übernehmenden Rechtsträgers würden in einer solchen Konstellation keine Tarifverträge gelten.

23 bb) Im Streitfall findet danach, da der Beklagte Mitglied in der VKA ist, das Tarifwerk des TVöD/VKA auf das Arbeitsverhältnis der Parteien kraft gesetzlicher Erstreckung Anwendung. Dies steht zwischen den Parteien nicht im Streit.

24 d) Eine Kollision zwischen den kraft gesetzlicher Erstreckung anwendbaren Tarifverträgen des öffentlichen Dienstes und den vertraglich in Bezug genommenen Tarifverträgen für die Bundesagentur für Arbeit folgt daraus im Arbeitsverhältnis des Klägers aber nicht. Nach § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II sind vom Zeitpunkt des Übertritts an ausschließlich die für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des neuen Trägers jeweils geltenden Tarifverträge anzuwenden. Die arbeitsvertraglich in Bezug genommenen Tarifverträge werden verdrängt; für die Anwendung des Günstigkeitsprinzips bleibt kein Raum.

25 aa) Bei aufgrund arbeitsvertraglicher Bezugnahme anwendbaren Tarifnormen handelt es sich rechtlich um einzelvertragliche Abreden. Normativ geltende und kraft arbeitsvertraglicher Bezugnahmeklausel anwendbare Tarifnormen sind grundsätzlich streng voneinander zu unterscheiden (st. Rspr., vgl. zu § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB zB BAG 30. August 2017 - 4 AZR 95/14 - Rn. 43, BAGE 160, 87; 17. Juni 2015 - 4 AZR 95/14 (A) - Rn. 14 ff.; 23. September 2009 - 4 AZR 331/08 - Rn. 14 ff., BAGE 132, 169). Eine Kollision zwischen den kraft beiderseitiger Tarifgebundenheit für das Arbeitsverhältnis der Parteien normativ geltenden und den aufgrund arbeitsvertraglicher Bezugnahme anwendbaren Tarifvorschriften ist nach dem Günstigkeitsprinzip (§ 4 Abs. 3 TVG) zu lösen (st. Rspr., zB BAG 12. Dezember 2018 - 4 AZR 123/18 - Rn. 34, BAGE 164, 345). Dieses - im TVG nur unvollkommen geregelte - Günstigkeitsprinzip ist überdies Ausdruck eines umfassenden Grundsatzes, der unabhängig von der Art der Rechtsquelle und auch außerhalb des Tarifvertragsgesetzes Geltung beansprucht (BAG 16. September 1986 - GS 1/82 - zu C II 3 a der Gründe, BAGE 53, 42; 5. März 2013 - 1 AZR 417/12 - Rn. 55 [zum Verhältnis Betriebsvereinbarung - Arbeitsvertrag]).

26 bb) Die arbeitsvertraglich in Bezug genommenen Tarifnormen für die Bundesagentur für Arbeit finden auf das Arbeitsverhältnis der Parteien gleichwohl keine Anwendung. Sie werden aufgrund der Regelung in § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II, nach der vom Zeitpunkt des Übertritts an die für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des neuen Trägers jeweils geltenden Tarifverträge ausschließlich anzuwenden sind, kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung von denen des bei dem Beklagten geltenden Tarifwerks des TVöD/VKA vollständig verdrängt (offengelassen in BAG 31. Januar 2019 - 8 AZR 410/13 - Rn. 98, BAGE 165, 278; 16. März 2016 - 4 AZR 461/14 - Rn. 23; hiervon ausgehend wohl 17. März 2016 - 6 AZR 96/15 - Rn. 3, 19; 16. April 2015 - 6 AZR 142/14 - Rn. 17 f. BAGE 151, 263). Das ergibt die Auslegung der Vorschrift.

27 (1) Maßgebend für die Gesetzesauslegung ist der in der Norm zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers. Zu dessen Ermittlung sind der Wortlaut der Norm, die Systematik, Sinn und Zweck sowie die Gesetzesmaterialien und die Entstehungsgeschichte heranzuziehen. Unter diesen anerkannten Methoden hat keine unbedingten Vorrang. Welche Regelungskonzeption der Gesetzgeber mit dem von ihm gefundenen Wortlaut tatsächlich verfolgt, ergibt sich uU erst aus den anderen Auslegungsgesichtspunkten. Wird daraus der Wille des Gesetzgebers klar erkennbar, ist dieser zu achten (vgl. BVerfG 6. Juni 2018 - 1 BvL 7/14 ua. - Rn. 74 f., BVerfGE 149, 126; BAG 16. Oktober 2019 - 5 AZR 241/18 - Rn. 15 mwN).

28 (2) Bereits der Wortlaut des § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II spricht für eine solche verdrängende Wirkung. Danach sind die beim übernehmenden Rechtsträger geltenden Tarifverträge „ausschließlich" anzuwenden. Der Begriff „ausschließlich" bedeutet - als Adverb verwendet - „nur, nichts anderes als" (Wahrig Deutsches Wörterbuch 9. Aufl.). So verstanden finden außer den für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des neuen Trägers jeweils geltenden Tarifverträgen keine weiteren Tarifverträge Anwendung. Dies spricht gegen die Annahme, dass arbeitsvertraglich in Bezug genommene Tarifverträge unberührt blieben. Allerdings lässt der Wortlaut des Satzes 3 für sich betrachtet auch die Deutung zu, dass lediglich mögliche Kollisionen auf tarifvertraglicher Ebene zugunsten der Tarifverträge des aufnehmenden Rechtsträgers gelöst werden sollten.

29 (3) Aus der Systematik der gesetzlichen Regelung wird die verdrängende Wirkung aber deutlich.

30 (a) § 6c Abs. 3 Satz 2 SGB II ordnet den Eintritt des übernehmenden Rechtsträgers in die Rechte und Pflichten aus den Arbeitsverhältnissen „unbeschadet" des nachfolgenden Satzes an. Das Wort „unbeschadet" drückt aus, dass neben Satz 2 weitere Rechtsnormen anwendbar sein sollen. Damit wird zwar nicht zum Ausdruck gebracht, dass die Regelung gegenüber einer anderen zurücktritt (vgl. Handbuch der Rechtsförmlichkeit Rn. 87, BAnz. Beilage Nr. 160a vom 22. Oktober 2008; Wolff JZ 2012, 31, 32). Die in § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II angeordnete Rechtsfolge soll aber durch den Eintritt des neuen Trägers in die Rechte und Pflichten aus den Arbeitsverhältnissen nicht beeinträchtigt werden. Anders formuliert reicht der Eintritt des neuen Trägers in die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis nur so weit, wie sich nicht aus § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II etwas anderes ergibt (vgl. zu diesem Verständnis von „unbeschadet" BVerwG 4. Juli 1986 - 4 C 31.84 - BVerwGE 74, 315).

31 (b) Insoweit unterscheidet sich § 6c Abs. 3 SGB II von der Regelungssystematik des § 613a Abs. 1 BGB. Diese Norm trennt streng zwischen arbeitsvertraglichen Rechten und Pflichten einerseits und kollektivrechtlichen Regelungen andererseits (sh. nur BAG 17. November 2010 - 4 AZR 391/09 - Rn. 23, BAGE 136, 184). Abgesehen davon ist die Regelung auch im Übrigen auf den Fall des gesetzlichen Übergangs eines Arbeitsverhältnisses von der Bundesagentur für Arbeit auf eine Optionskommune weder unmittelbar noch analog anwendbar (BAG 31. Januar 2019 - 8 AZR 410/13 - Rn. 69 ff., BAGE 165, 278).

32 (c) Im Übrigen ist zu beachten, dass das Regelungsmodell des § 6c Abs. 3 SGB II sowohl für den Fall gilt, dass ein kommunaler Rechtsträger nach Abs. 1 Aufgaben der Bundesagentur für Arbeit übernimmt als auch bei der Beendigung einer solchen kommunalen Trägerschaft nach Abs. 2. In beiden Situationen erfolgt der Übergang des Personals nach denselben Bestimmungen und mit denselben Rechtswirkungen.

33 (4) Sinn und Zweck von § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II stützen dieses Auslegungsergebnis. Die Gesetzesmaterialien enthalten zwar keine ausdrücklichen Erwägungen zum Zweck der Norm. Die Anordnung der ausschließlichen Anwendbarkeit der für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des neuen Trägers jeweils geltenden Tarifverträge dient jedoch erkennbar der Anpassung der Arbeitsbedingungen an die Organisationsstrukturen bei dem jeweils übernehmenden Rechtsträger.

34 (a) Der Gesetzgeber durfte davon ausgehen, dass im Wesentlichen alle mit der Bundesagentur für Arbeit geschlossenen Arbeitsverträge eine Bezugnahmeklausel auf deren Haustarifverträge enthalten. Das Tarifwerk der Bundesagentur für Arbeit ist zwar eng an dasjenige des öffentlichen Dienstes angelehnt, trägt jedoch gleichzeitig deren Besonderheiten, vor allem den unterschiedlichen Organisationsstrukturen und den speziellen bei der Bundesagentur auszuübenden Tätigkeiten Rechnung. So ist insbesondere die Eingruppierung im TV-BA grundlegend abweichend von derjenigen im TVöD/VKA geregelt. Nach § 14 Abs. 1 TV-BA werden alle in der Bundesagentur für Arbeit auszuübenden Tätigkeiten von dieser in Fach- und Organisationskonzepten beschrieben und von den Tarifvertragsparteien Tätigkeits- und Kompetenzprofilen (TuK) zugeordnet. Die in den TuK festgelegten Anforderungen sind Grundlage für deren Zuordnung durch die Tarifvertragsparteien zu einer der acht Tätigkeitsebenen. Die Beschäftigten sind in

der Tätigkeitsebene eingruppiert, der die ihnen nicht nur vorübergehend übertragene Tätigkeit zugeordnet ist. Die Zuordnung der Tätigkeiten zu TuK und der TuK zu Tätigkeitsebenen ist in den von den Tarifvertragsparteien vereinbarten Zuordnungstabellen festgelegt. Dieses speziell auf die bei der Bundesagentur für Arbeit auszuübenden Tätigkeiten und von dieser festgelegten Fach- und Organisationskonzepte abgestimmte Vergütungssystem ist nicht ohne praktische Schwierigkeiten auf eine andere Organisationsstruktur übertragbar, zumal die Bundesagentur für Arbeit mangels Organisationshoheit schon für die gemeinsamen Einrichtungen mit den Kommunen keine Fach- und Organisationskonzepte erstellen kann (vgl. im Einzelnen BAG 12. Dezember 2018 - 4 AZR 147/17 - Rn. 27 f., BAGE 164, 326). Das kann im Einzelfall zu Regelungslücken führen, deren Schließung nicht oder nur schwierig möglich ist.

35 (b) Das der gesetzlichen Vorschrift zugrunde liegende Anpassungsinteresse wird auch mit Blick auf den in § 6c Abs. 2 SGB II geregelten umgekehrten Fall des Endes der Trägerschaft deutlich. Danach treten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des kommunalen Trägers, die am Tag vor der Beendigung der Trägerschaft Aufgaben anstelle der Bundesagentur als Träger nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB II durchgeführt haben, zum Zeitpunkt der Beendigung der Trägerschaft kraft Gesetzes (wieder) in den Dienst der Bundesagentur über. Die Vorschriften des § 6c Abs. 3 Satz 2 und Satz 3 SGB II finden auf diesen Fall ebenfalls Anwendung. Auch hier konnte der Gesetzgeber annehmen, dass mit den Optionskommunen geschlossene Arbeitsverträge im Regelfall eine Bezugnahmeklausel auf das Tarifwerk des öffentlichen Dienstes für den Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände enthalten. Nach dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers sollen auch in diesem Fall die Tarifverträge des übernehmenden Rechtsträgers - hier also der Bundesagentur für Arbeit - aus Gründen der Anpassung an die besonderen Organisationsstrukturen ausschließlich Anwendung finden.

36 (c) Dass der Gesetzgeber mit der Anordnung einer ausschließlichen Anwendung der für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des neuen Trägers jeweils geltenden Tarifverträge lediglich den Fall einer Tarifkollision auf der kollektivrechtlichen Ebene regeln wollte, scheidet mangels relevanten Regelungsbedürfnisses aus.

37 (aa) Galt in einem Arbeitsverhältnis vor dem gesetzlichen Übergang aufgrund beiderseitiger Tarifgebundenheit der TV-BA, entfällt dessen unmittelbare und zwingende Wirkung mit dem Übertritt (§ 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 TVG), weil die Optionskommune nicht an diesen gebunden ist. Eine Nachbindung iSv. § 3 Abs. 3 TVG tritt ebenso wenig ein, weil die Dienststellen der Optionskommune nicht in den Geltungsbereich des bei dem vormaligen Arbeitgeber geltenden Haustarifvertrags fallen (vgl. zum Herauswachsen aus dem Geltungsbereich eines Tarifvertrags BAG 10. Dezember 1997 - 4 AZR 247/96 - zu 2 a bb der Gründe, BAGE 87, 257; zur Rechtslage bei einem Betriebsübergang vor Einführung von § 613a Abs. 1 Sätze 2 bis 4 BGB sh. BAG 13. Mai 1981 - 4 AZR 1076/78 - BAGE 35, 239; 26. September 1979 - 4 AZR 819/77 - BAGE 32, 113) . Auch eine Nachwirkung vor dem gesetzlichen Übergang des Arbeitsverhältnisses unmittelbar und zwingend geltender Tarifverträge kommt im Regelfall nicht in Betracht. Ist nämlich die Optionskommune - wie in den meisten Fällen - an den TVöD/VKA gebunden, handelt es sich bei diesem, weil er ua. - ebenso wie der TV-BA - mit der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft - ver.di abgeschlossen worden ist, um eine andere

Abmachung iSv. § 4 Abs. 5 TVG. Zwar entfällt die Nachwirkung des abgelaufenen Tarifvertrags nur insoweit, wie die andere Abmachung denselben Regelungsbereich erfasst, also die andere tarifliche Abmachung die in den nachwirkenden Rechtsnormen behandelten Gegenstände betrifft (BAG 3. Juli 2013 - 4 AZR 138/12 - Rn. 32, 41; 21. Oktober 2009 - 4 AZR 477/08 - Rn. 23). Im Grundsatz ist aber davon auszugehen, dass die Tarifvertragsparteien des TVöD/VKA die Tätigkeit eines jeden Beschäftigten des öffentlichen Dienstes erfassen (vgl. zum BAT BAG 18. März 2015 - 4 AZR 702/12 - Rn. 18 mwN) und die betroffenen Arbeitsverhältnisse vollständig und umfassend regeln wollten (vgl. auch BAG 23. Januar 2019 - 4 AZR 445/17 - Rn. 33, BAGE 165, 100). Für nachwirkende Tarifbestimmungen aus dem Tarifwerk für die Bundesagentur für Arbeit bliebe deshalb in dieser Konstellation regelmäßig kein Raum.

38 (bb) Nur für den Fall, dass ein Arbeitnehmer vor dem gesetzlichen Übergang seines Arbeitsverhältnisses aus der Gewerkschaft austritt, könnte auf der kollektivrechtlichen Ebene ein Regelungsbedürfnis bestehen (vgl. zum Fall des Herauswachsens aus dem Geltungsbereich des Tarifvertrags bei gleichzeitigem Verbandsaustritt BAG 10. Dezember 1997 - 4 AZR 247/96 - zu 2 a bb der Gründe mwN, BAGE 87, 257). Bei analoger Anwendung von § 4 Abs. 5 TVG bliebe die Nachwirkung des zuvor unmittelbar und zwingend geltenden Tarifvertrags bestehen, wenn sie nicht durch die Anordnung der ausschließlichen Anwendung der für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des neuen Trägers jeweils geltenden Tarifverträge verdrängt würde. Dafür, dass der Gesetzgeber aber gerade diesen Ausnahmefall vor Augen hatte und nur für diesen eine eigene gesetzliche Regelung schaffen wollte, ohne den wesentlich näher liegenden Fall der vertraglichen Bezugnahme auf die Tarifverträge der Bundesagentur für Arbeit zu regeln, bestehen keine Anhaltspunkte.

39 (5) Weder aus der Gesetzeshistorie noch aus anderen Umständen lassen sich Anhaltspunkte für ein abweichendes Verständnis der Norm entnehmen.

Die mit diesem Inhalt seit dem 11. August 2010 geltende Norm ist - mit Ausnahme einiger sprachlicher Anpassungen - unverändert geblieben.

40 e) Das dargelegte Normverständnis begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Allerdings greift die gesetzliche Regelung in das Grundrecht des Klägers aus Art. 12 Abs. 1 GG, einen Arbeitsvertrag frei zu schließen und daher auch dessen Inhalt aushandeln zu können (vgl. BVerfG 14. November 2018 - 1 BvR 1278/16 - Rn. 6 mwN), hinsichtlich in Bezug genommener Tarifnormen ein, weil sie deren Rechtswirkung verdrängt und es dadurch im Einzelfall auch zu einer Verlängerung der Arbeitszeit oder Verringerung der Vergütung kommen kann. Dieser Eingriff ist jedoch, insbesondere mit Blick auf die für den Regelfall gesetzlich angeordnete Anwendbarkeit eines anderen Tarifwerks des öffentlichen Dienstes und die Besitzstandsregelung in § 6c Abs. 5 SGB II, verfassungsrechtlich gerechtfertigt und verhältnismäßig, dh. geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne (BAG 31. Januar 2019 - 8 AZR 410/13 - Rn. 78 ff., 97 ff., BAGE 165, 278; vgl. auch BVerwG 20. September 2018 - 2 C 12.18 - Rn. 52). Andere arbeitsvertragliche Vereinbarungen als die Bezugnahmeklausel bleiben von § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II unberührt. Soweit der übernehmende Rechtsträger nicht tarifgebunden sein sollte, ist der Anwendungsbereich der Norm nicht eröffnet, so dass es bei der arbeitsvertraglichen Bezugnahmeregelung und der Anwendung des in Bezug genommenen Tarifwerks bleibt. Der Schutz des Arbeitnehmers vor dem

Verlust tariflich umfassend ausgestalteter Arbeitsbedingungen - sei es auf normativer oder vertraglicher Ebene - ist damit im Fall des Übergangs des Arbeitsverhältnisses nach § 6c SGB II gewährleistet. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts bedarf es deshalb keiner verfassungskonformen Auslegung der Norm. Eine solche käme im Übrigen im Hinblick auf den klaren Willen des Gesetzgebers auch nicht in Betracht (vgl. BVerfG 6. Juni 2018 - 1 BvL 7/14 ua. - Rn. 73, BVerfGE 149, 126; 25. Januar 2011 - 1 BvR 1741/09 - Rn. 78, BVerfGE 128, 157).

41 III. Über die Hilfsanträge des Klägers kann der Senat nicht abschließend entscheiden. Dies führt insoweit zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht (§ 563 Abs. 1 ZPO).

42 1. Die Anträge zu 3. und 4. sind dem Senat zur Entscheidung angefallen, obwohl das Landesarbeitsgericht - folgerichtig - keine Entscheidung über sie getroffen hat. Wurde in der Vorinstanz schon einem Hauptantrag stattgegeben, gelangt mit der Revision auch ein Hilfsantrag automatisch in die Rechtsmittelinstanz, ohne dass es eines (vorsorglichen) Anschlussrechtsmittels bedürfte; dies gilt jedenfalls bei einem engen sachlichen und rechtlichen Zusammenhang der Anträge (BAG 15. Oktober 2013 - 9 AZR 855/12 - Rn. 22; 10. März 2009- 1 ABR 93/07 - Rn. 38, BAGE 130, 1). Hier ist ein solcher gegeben. Der Kläger macht auch mit den Hilfsanträgen Ansprüche im Zusammenhang mit dem gesetzlichen Übergang des Arbeitsverhältnisses nach § 6c Abs. 1 Satz 1 SGB II geltend.

43 2. Der Antrag zu 3. ist allerdings in der bisherigen Form unzulässig.

34 a) Er ist nicht hinreichend bestimmt iSd. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO.

44 aa) Nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO muss die Klageschrift die bestimmte Angabe des Gegenstands und des Grundes des erhobenen Anspruchs sowie einen bestimmten Antrag enthalten. Die Klagepartei muss eindeutig festlegen, welche Entscheidung sie begehrt. Dazu hat sie den Streitgegenstand so genau zu bezeichnen, dass der Rahmen der gerichtlichen Entscheidungsbefugnis (§ 308 ZPO) keinem Zweifel unterliegt und die eigentliche Streitfrage mit Rechtskraftwirkung zwischen den Parteien entschieden werden kann (§ 322 ZPO). Sowohl bei einer der Klage stattgebenden als auch bei einer sie abweisenden Sachentscheidung muss zuverlässig feststellbar sein, worüber das Gericht entschieden hat. An die Bestimmtheit des Feststellungsantrags sind keine geringeren Anforderungen zu stellen als an die eines Leistungsantrags. Auch wenn das Bestehen oder der Umfang eines Rechtsverhältnisses oder eines Anspruchs zur gerichtlichen Entscheidung gestellt wird, muss zuverlässig erkennbar sein, worüber das Gericht eine Sachentscheidung treffen soll (BAG 25. Januar 2017 - 4 AZR 520/15 - Rn. 18 mwN).

46 bb) Diesen Anforderungen genügt der Antrag zu 3. nicht. Es wird nicht hinreichend deutlich, ob der Kläger Schadensersatz in Höhe der Vergütungsdifferenzen zwischen zwei Entgeltgruppen des TVöD/VKA oder zwischen der ihm gezahlten Vergütung und einer solchen nach einer Tätigkeitsgruppe des TV-BA geltend macht. Darüber hinaus ist nicht erkennbar, ob der Kläger einen festen monatlichen Betrag begehrt oder die Schadensersatzzahlungen abhängig von der tatsächlichen Arbeitsleistung, Urlaubs- und Krankheitszeiten und anderen Gegebenheiten sein sollen.

47 b) Ferner ist, soweit der Antrag in die Zukunft gerichtet ist, nicht ersichtlich, dass die Voraussetzungen der §§ 258, 259 ZPO vorlägen.

48 3. Die Unzulässigkeit des Antrags führt insoweit nicht zur Klageabweisung, sondern zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht. Dem Kläger, der bisher noch keinen gerichtlichen Hinweis zur Unzulässigkeit dieses Antrags erhalten hat, muss aus Gründen seines verfassungsrechtlichen Anspruchs auf rechtliches Gehör Gelegenheit zu einer Konkretisierung und zu ergänzendem Vorbringen gegeben werden (vgl. BAG 12. Dezember 2012- 4 AZR 327/11 - Rn. 39).

49 4. Im weiteren Verfahren wird das Landesarbeitsgericht, sollte der Antrag zu 3. den gesetzlichen Anforderungen genügen, zunächst anhand des dann ersichtlichen Begehrens die Zulässigkeit der Klageänderung nach § 533 ZPO zu beurteilen haben. Bei einer möglichen Sachentscheidung wird das Landesarbeitsgericht, falls ein Schadensersatzanspruch überhaupt in Betracht kommen sollte, zu beachten haben, dass trotz Entgelteinbußen beim übernommenen Beschäftigten ggf. eine tarifrechtlich gleichwertige Tätigkeit iSd. § 6c Abs. 5 Satz 1 SGB II vorliegen kann (vgl. hierzu BAG 31. Januar 2019 - 8 AZR 410/13 - Rn. 92 f., BAGE 165, 278; 16. April 2015 - 6 AZR 142/14 - Rn. 45, BAGE 151, 263). Sollte der Antrag zu 3. abzuweisen sein und damit der Antrag zu 4. zur Entscheidung anfallen, wird dem Kläger auch diesbezüglich Gelegenheit zu geben sein, sein Begehren klarzustellen und einen den Anforderungen der §§ 253, 256 ZPO genügenden Antrag zu stellen (vgl. hierzu zB BAG 1. Juni 2017 - 6 AZR 741/15 - Rn. 14, BAGE 159, 214). Von weiteren Hinweisen sieht der Senat ab.

Zitiervorschlag:
BAG Urt. v. 11.12.2019 – 4 AZR 88/17, BeckRS 2019, 41566

BeckRS 2019, 39962

BAG (4. Senat), Urteil vom 11.12.2019 – 4 AZR 310/16

Titel:
Gesetzlicher Übergang auf Optionskommune - Bezugnahmeklausel auf Tarifverträge beim Eintritt in die übergehenden Arbeitsverhältnissen

Normenketten:
GG Art. 12 Abs. 1
SGB II § 6c
TVG § 3, § 4
ZPO § 91, § 97 Abs. 1, § 256 Abs. 1
TVöD/VKA § 6 Abs. 1 S. 1 lit. b
BGB § 613a Abs. 1

Amtlicher Leitsatz:
§ 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II erstreckt im Fall eines gesetzlichen Übergangs des Arbeitsverhältnisses nach § 6c Abs. 1 Satz 1 SGB II die für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des neuen Trägers jeweils geltenden Tarifverträge auf die übergegangenen Arbeitsverhältnisse unabhängig von der Tarifgebundenheit dieser Beschäftigten. In deren Arbeitsverträgen enthaltene Bezugnahmeklauseln auf Tarifverträge der Bundesagentur für Arbeit werden kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung vollständig verdrängt. (Rn. 21)

Orientierungssätze der Richterinnen und Richter des BAG:
1. Geht ein Arbeitsverhältnis gem. § 6c Abs. 1 Satz 1 SGB II kraft Gesetzes von der Bundesagentur für Arbeit auf einen kommunalen Träger (Optionskommune) über, tritt dieser nach § 6c Abs. 3 Satz 2

SGB II in die Rechte und Pflichten aus den übergehenden Arbeitsverhältnissen ein. Zu diesen Rechten und Pflichten gehören auch solche, die sich aus einer vertraglichen Bezugnahme auf Tarifverträge ergeben (Rn. 14).
2. Ist die Optionskommune an Tarifverträge gebunden (§ 3 Abs. 1 TVG), erstreckt § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II die Geltung dieser Tarifverträge auf den Kreis der übergegangenen Beschäftigten unabhängig von deren Tarifgebundenheit. Fehlt es hingegen an einer Tarifgebundenheit der Optionskommune, ist § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II mangels Vorliegens seiner Tatbestandsvoraussetzungen nicht anwendbar (Rn. 17).
3. Nach § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II sind die für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des neuen Trägers jeweils geltenden Tarifverträge auf übergehende Arbeitsverhältnisse „ausschließlich" anzuwenden. Arbeitsvertraglich in Bezug genommene Tarifverträge der Bundesagentur für Arbeit werden aufgrund dieser gesetzlichen Anordnung vollständig verdrängt. Für die Anwendung des Günstigkeitsprinzips ist insoweit kein Raum. Andere einzelvertragliche Vereinbarungen bleiben hiervon unberührt (Rn. 19 ff., 35).
4. Die Verdrängung einzelvertraglich in Bezug genommener Tarifverträge durch die für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des neuen Trägers geltenden Tarifverträge begegnet im Hinblick auf die besondere Situation beim Übergang von der Bundesagentur für Arbeit zu einer Optionskommune nach § 6c SGB II keinen verfassungsrechtlichen Bedenken (Rn. 35).

Rechtsgebiete:

Sozialrecht, Arbeitsrecht

Schlagworte:

Gesetzlicher Übergang auf Optionskommune, Bezugnahmeklausel, Arbeitnehmer, Arbeitsuchende, Arbeit, Arbeitsvertrag, Betriebsvereinbarung, Grundsicherung, Tarifvertrag, Vereinigung, Tarifgebundenheit, Optionskommune

vorgehend:

LAG Sachsen, Urteil vom 19.04.2016 - 3 Sa 45/16 (nicht rechtskräftig)
ArbG Leipzig, Urteil vom 18.12.2015 - 12 Ca 2380/15 (Rechtskraft: unbekannt)

Verhältnis zu bisheriger Rechtsprechung:

Zu OS 3.: noch offengelassen in BAG 31. Januar 2019 - 8 AZR 410/13 - BAGE 165, 278; 16. März 2016 - 4 AZR 461/14 -; sh. auch 17. März 2016 - 6 AZR 96/15 -; 16. April 2015 - 6 AZR 142/14 - BAGE 151, 263
Zu OS 4.: Anschluss an BAG 31. Januar 2019 - 8 AZR 410/13 - BAGE 165, 278

Hinweise des Senats:

Führende Entscheidung zu weiteren Parallelsachen

Parallelentscheidungen:

BAG, Urteil vom 11.12.2019 - 4 AZR 197/17; BAG, Urteil vom 11.12.2019 - 4 AZR 88/17; BAG, Urteil vom 11.12.2019 - 4 AZR 1003/13; BAG, Urteil vom 11.12.2019 - 4 AZR 89/17; BAG, Urteil vom 11.12.2019 - 4 AZR 547/18; BAG, Urteil vom 11.12.2019 - 4 AZR 17/17

Fundstellen:

AP SGB II § 6c Nr. 9

APNews 2020, 110
AuR 2020, 235 (Ls.)
LSK 2019, 39962
NZA 2020, 642
Entscheidungsbesprechungen:
oeAT 2020, 166
NJW-Spezial 2020, 339
ArbRAktuell 2020, 199
ECLI:
ECLI:DE:BAG:2019:111219.U.4AZR310.16.0
Rechtskraft:
rechtskräftig

KI-generierte Zusammenfassung:
Das Bundesarbeitsgericht entschied, dass bei einem gesetzlichen Übergang des Arbeitsverhältnisses nach § 6c Abs. 1 Satz 1 SGB II die für die Arbeitnehmer des neuen Trägers geltenden Tarifverträge unabhängig von der Tarifgebundenheit der Beschäftigten anzuwenden sind und arbeitsvertragliche Bezugnahmeklauseln auf Tarifverträge der Bundesagentur für Arbeit vollständig verdrängt werden.
In den Entscheidungsgründen führte das Gericht aus, dass die Klage zwar zulässig, aber unbegründet sei. Die Tarifverträge der Bundesagentur für Arbeit finden aufgrund der gesetzlichen Anordnung in § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II keine Anwendung auf das Arbeitsverhältnis der Parteien, da diese durch die Tarifverträge für den öffentlichen Dienst (TVöD/VKA) verdrängt werden, an die der Beklagte als Mitglied der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (VKA) gebunden ist. Das Gericht stellte klar, dass die arbeitsvertraglich in Bezug genommenen Tarifverträge der Bundesagentur für Arbeit durch die Regelung in § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung von den Tarifverträgen des TVöD/VKA vollständig verdrängt werden und für die Anwendung des Günstigkeitsprinzips kein Raum bleibt. Diese Auslegung der Vorschrift begegnet nach Auffassung des Gerichts keinen verfassungsrechtlichen Bedenken und ist verhältnismäßig.

Text1

BUNDESARBEITSGERICHT
4 AZR 310/16
3 Sa 45/16
Sächsisches Landesarbeitsgericht
Im Namen des Volkes!
URTEIL
In Sachen
Beklagter, Berufungsbeklagter und Revisionskläger,
pp.
Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,
hat der Vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen

Verhandlung vom 11. Dezember 2019 durch den Richter am Bundesarbeitsgericht Reinfelder als Vorsitzenden, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht Dr. Rinck und Klug sowie den ehrenamtlichen Richter Hoffmann und die ehrenamtliche Richterin Häseler-Wallwitz für Recht erkannt:

Tenor:

1. Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des Sächsischen Landesarbeitsgerichts vom 19. April 2016- 3 Sa 45/16 - aufgehoben.
2. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Leipzig vom 18. Dezember 2015- 12 Ca 2380/15 - wird zurückgewiesen.
3. Der Kläger hat die Kosten der Berufung und der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand:

1 Die Parteien streiten über die Anwendbarkeit eines Tarifwerks auf ihr Arbeitsverhältnis.

2 Der Kläger war seit dem 1. Januar 2007 bei der Bundesagentur für Arbeit beschäftigt. Ab dem 7. Dezember 2009 nahm er die Aufgaben eines „Teamleiters im Bereich SGB II" bei der Agentur für Arbeit L (Arbeitsgemeinschaft L L) wahr. Nach § 2 des Arbeitsvertrags bestimmt sich sein Arbeitsverhältnis nach dem Tarifvertrag für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der Bundesagentur für Arbeit (TV-BA) und den diesen ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträgen in der jeweils geltenden Fassung sowie dem Tarifvertrag zur Überleitung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der Bundesagentur für Arbeit in den Tarifvertrag der Bundesagentur für Arbeit (TVÜBA). Ferner finden nach der arbeitsvertraglichen Regelung die für die Bundesagentur für Arbeit geltenden sonstigen Tarifverträge auf das Arbeitsverhältnis Anwendung.

3 Der Beklagte, der Mitglied der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (VKA) ist, wurde mit Wirkung zum 1. Januar 2012 als kommunaler Träger der Grundsicherung für Arbeitsuchende (auch) für das Gebiet des ehemaligen Landkreises L L zugelassen. Ende des Jahres 2011 wurde der Kläger sowohl von der Agentur für Arbeit L als auch vom Beklagten darüber informiert, sein Arbeitsverhältnis gehe zum 1. Januar 2012 kraft Gesetzes auf den Beklagten über. Ergänzend teilte der Beklagte mit, dass ab dem Übergang der Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVöD) vom 13. September 2005 für den Bereich Verwaltung (TVöD-V) sowie die den TVöD ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträge in der für den Bereich der VKA jeweils geltenden Fassung (TVöD/VKA) auf das Arbeitsverhältnis Anwendung fänden.

4 Seit dem 1. Januar 2012 wird der Kläger als Teamleiter in der Leistungsgewährung beschäftigt und erhält eine Vergütung nach der Entgeltgruppe 9 TVöD/VKA, zunächst zuzüglich einer Ausgleichszahlung nach § 6c Abs. 5 Satz 3 SGB II. Mit Schreiben vom 23. Februar 2014 machte er geltend, der TV-BA finde weiterhin auf sein Arbeitsverhältnis Anwendung. Darüber hinaus begehrte er für die Zeit ab dem 1. September 2013 die Zahlung von Entgeltdifferenzen sowie die Abgeltung von Überstunden, die aus einer gegenüber dem TV-BA höheren Wochenarbeitszeit für das „Tarifgebiet Ost" nach § 6 Abs. 1 Satz 1 Buchst. b TVöD/VKA resultierten.

5 Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Bezugnahmeklausel in § 2 seines Arbeitsvertrags entfalte auch im Arbeitsverhältnis zu dem Beklagten Wirkung. Es handele sich um eine konstitutive zeitdynamische Verweisung auf die Tarifverträge

der Bundesagentur für Arbeit. § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II sei verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass er einer Anwendung der arbeitsvertraglich in Bezug genommenen Tarifverträge nicht entgegenstehe.

6 Der Kläger hat sinngemäß beantragt

festzustellen, dass auf das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis für die Zeit ab dem 1. Januar 2012 der TV-BA und die diesen ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträge in der jeweils geltenden Fassung, der TVÜ-BA sowie die für die Bundesagentur für Arbeit geltenden sonstigen Tarifverträge - jeweils idF für das Tarifgebiet Ost - Anwendung finden.

7 Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Er hat gemeint, aufgrund des eindeutigen Wortlauts von § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II sei für die Anwendung der Tarifverträge der Bundesagentur für Arbeit kein Raum. Die Norm sei rechtswirksam.

8 Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Landesarbeitsgericht das Urteil abgeändert und der Klage stattgegeben. Mit seiner vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision begehrt der Beklagte die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung.

Entscheidungsgründe:

9 Die zulässige Revision des Beklagten ist begründet. Das Landesarbeitsgericht hat der Berufung des Klägers zu Unrecht stattgegeben. Die Klage ist zulässig, aber unbegründet.

I.

10 Die Klage ist als sog. Elementenfeststellungsklage (sh. nur BAG 6. Juli 2011 - 4 AZR 706/09 - Rn. 15, BAGE 138, 269) zulässig. Insbesondere besteht das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche, noch in der Revisionsinstanz von Amts wegen zu prüfende (st. Rspr., zB BAG 25. Januar 2017 - 4 AZR 520/15 - Rn. 16) besondere Feststellungsinteresse. Durch die gerichtliche Entscheidung kann der Streit der Parteien darüber, ob der TV-BA und der TVÜ-BA sowie die sonstigen für die Bundesagentur für Arbeit jeweils geltenden Tarifverträge weiterhin auf das Arbeitsverhältnis der Parteien Anwendung finden, oder ob § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II eine solche Anwendung ausschließt, abschließend geklärt werden (vgl. BAG 6. Juli 2011 - 4 AZR 494/09 - Rn. 16, 24; sh. bereits 27. Juli 1956 - 1 AZR 430/54 - BAGE 3, 303).

II.

11 Die Klage ist unbegründet. Die Tarifverträge der Bundesagentur für Arbeit finden auf das Arbeitsverhältnis der Parteien keine Anwendung. Sie sind zwar arbeitsvertraglich in Bezug genommen, werden aber aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung durch die Tarifverträge für den öffentlichen Dienst in der für den Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände geltenden Fassung (TVöD/VKA), an die der Beklagte kraft Verbandsmitgliedschaft gebunden ist (§ 3 Abs. 1 TVG), verdrängt. Das folgt aus § 6c Abs. 3 Satz 3 iVm. Satz 2 SGB II.

12 1. Das Arbeitsverhältnis des Klägers ist mit Wirkung zum 1. Januar 2012 auf den Beklagten übergegangen. Zwischen den Parteien steht nicht im Streit, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen des - verfassungskonformen (BAG 31. Januar 2019 - 8 AZR 410/13 - Rn. 50 ff., BAGE 165, 278) - § 6c Abs. 1 Satz 1 SGB II für den gesetzlichen Übergang des Arbeitsverhältnisses zu diesem Zeitpunkt erfüllt waren. Der Kläger war Arbeitnehmer der Bundesagentur für Arbeit und hatte am

Tag vor der Zulassung des Beklagten als weiterem kommunalen Träger seit mindestens 24 Monaten Aufgaben der Bundesagentur als Träger nach § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB II in dem Gebiet des kommunalen Trägers wahrgenommen.

13 2. Mit dem gesetzlichen Übergang ist der Beklagte nach Maßgabe von § 6c Abs. 3 Satz 2 SGB II in alle Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und der Bundesagentur für Arbeit eingetreten.

14 a) Nach dieser Norm tritt der neue Träger im Falle des Übergangs nach Abs. 1 unbeschadet des Satzes 3 in die Rechte und Pflichten aus den Arbeitsverhältnissen ein, die im Zeitpunkt des Übertritts bestehen. Zu diesen Rechten und Pflichten gehören - neben allen anderen arbeitsvertraglichen Bestimmungen - auch diejenigen, die sich aus einer Bezugnahme auf Tarifverträge ergeben (vgl. zu § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB zB BAG 30. August 2017 - 4 AZR 95/14 - Rn. 43, BAGE 160, 87; 23. September 2009 - 4 AZR 331/08 - Rn. 14 ff., BAGE 132, 169).

15 b) Deshalb ist auch die Bezugnahmeklausel in § 2 des Arbeitsvertrags Bestandteil des zwischen den Parteien bestehenden Arbeitsverhältnisses geworden. Diese verweist zeitdynamisch auf den TV-BA, den TVÜ-BA sowie die für die Bundesagentur für Arbeit geltenden sonstigen Tarifverträge, jeweils in der Fassung für das Tarifgebiet Ost. Eine Bezugnahme auf die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes, insbesondere auf den TVöD/VKA und den TVÜ-VKA, enthält die Klausel nicht. Bei diesen handelt es sich weder um die Tarifverträge der Bundesagentur für Arbeit ergänzende, ändernde oder ersetzende Tarifverträge noch um für die Bundesagentur für Arbeit jeweils geltende sonstige Tarifverträge (vgl. zu einer vergleichbaren Klausel BAG 16. Mai 2018 - 4 AZR 209/15 - Rn. 17 ff. mwN).

16 3. § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II ordnet darüber hinaus im Wege der gesetzlichen Geltungserstreckung an, dass auf die übergegangenen Arbeitsverhältnisse die Tarifverträge anzuwenden sind, die für den übernehmenden Rechtsträger gelten, ohne dass es auf die Tarifgebundenheit des übergegangenen Arbeitnehmers ankäme (im Ergebnis ebenso BAG 16. April 2015 - 6 AZR 142/14 - Rn. 17 f., BAGE 151, 263; vgl. zu einer weiteren Form der gesetzlichen Geltungserstreckung BAG 20. November 2018 - 10 AZR 121/18 - Rn. 51, BAGE 164, 201). Dies sind hier die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes in der für den Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände geltenden Fassung.

17 a) Nach dem Wortlaut der Norm sind die „für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des neuen Trägers jeweils geltenden Tarifverträge" anzuwenden. Maßgeblich für die Anwendung tariflicher Regelungen aufgrund dieser Bestimmung ist also, ob für die anderen - nicht für die übergehenden - Arbeitsverhältnisse des aufnehmenden Rechtsträgers Tarifverträge gelten. Nach § 4 Abs. 1 TVG „gelten" die Rechtsnormen eines Tarifvertrags, die den Inhalt, den Abschluss oder die Beendigung von Arbeitsverhältnissen ordnen, unmittelbar und zwingend zwischen den beiderseits Tarifgebundenen (§ 3 Abs. 1 TVG; vgl. zum Begriff der „Geltung" auch BAG 16. Oktober 2019 - 4 AZR 66/18 - Rn. 25). Voraussetzung ist damit in jedem Fall eine Tarifgebundenheit des aufnehmenden Rechtsträgers. Liegt eine solche vor, müssen nach § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II die entsprechenden Tarifverträge von ihm auch für alle übergehenden Arbeitsverhältnisse angewendet werden (BT-Drs. 17/1555 S. 20), ohne dass auf die Tarifgebundenheit der übergehenden Arbeitnehmer abgestellt wird. Ist der übernehmende Rechtsträger hingegen nicht tarifgebunden, ist für die Anwendung des § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II schon nach dessen Wortlaut kein Raum. Auch für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des übernehmenden

Rechtsträgers würden in einer solchen Konstellation keine Tarifverträge gelten.

18 b) Im Streitfall findet danach, da der Beklagte Mitglied in der VKA ist, das Tarifwerk des TVöD/VKA auf das Arbeitsverhältnis der Parteien kraft gesetzlicher Erstreckung Anwendung. Dies steht zwischen den Parteien nicht im Streit.

19 4. Eine Kollision zwischen den kraft gesetzlicher Erstreckung anwendbaren Tarifverträgen des öffentlichen Dienstes und den vertraglich in Bezug genommenen Tarifverträgen für die Bundesagentur für Arbeit folgt daraus im Arbeitsverhältnis des Klägers aber nicht. Nach § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II sind vom Zeitpunkt des Übertritts an ausschließlich die für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des neuen Trägers jeweils geltenden Tarifverträge anzuwenden. Die arbeitsvertraglich in Bezug genommenen Tarifverträge werden verdrängt; für die Anwendung des Günstigkeitsprinzips bleibt kein Raum.

20 a) Bei aufgrund arbeitsvertraglicher Bezugnahme anwendbaren Tarifnormen handelt es sich rechtlich um einzelvertragliche Abreden. Normativ geltende und kraft arbeitsvertraglicher Bezugnahmeklausel anwendbare Tarifnormen sind grundsätzlich streng voneinander zu unterscheiden (st. Rspr., vgl. zu § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB zB BAG 30. August 2017 - 4 AZR 95/14 - Rn. 43, BAGE 160, 87; 17. Juni 2015 - 4 AZR 95/14 (A) - Rn. 14 ff.; 23. September 2009 - 4 AZR 331/08 - Rn. 14 ff., BAGE 132, 169). Eine Kollision zwischen den kraft beiderseitiger Tarifgebundenheit für das Arbeitsverhältnis der Parteien normativ geltenden und den aufgrund arbeitsvertraglicher Bezugnahme anwendbaren Tarifvorschriften ist nach dem Günstigkeitsprinzip (§ 4 Abs. 3 TVG) zu lösen (st. Rspr., zB BAG 12. Dezember 2018 - 4 AZR 123/18 - Rn. 34, BAGE 164, 345). Dieses - im TVG nur unvollkommen geregelte - Günstigkeitsprinzip ist überdies Ausdruck eines umfassenden Grundsatzes, der unabhängig von der Art der Rechtsquelle und auch außerhalb des Tarifvertragsgesetzes Geltung beansprucht (BAG 16. September 1986 - GS 1/82 - zu C II 3 a der Gründe, BAGE 53, 42; 5. März 2013 - 1 AZR 417/12 - Rn. 55 [zum Verhältnis Betriebsvereinbarung - Arbeitsvertrag]).

21 b) Die arbeitsvertraglich in Bezug genommenen Tarifnormen für die Bundesagentur für Arbeit finden auf das Arbeitsverhältnis der Parteien gleichwohl keine Anwendung. Sie werden aufgrund der Regelung in § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II, nach der vom Zeitpunkt des Übertritts an die für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des neuen Trägers jeweils geltenden Tarifverträge ausschließlich anzuwenden sind, kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung von denen des bei dem Beklagten geltenden Tarifwerks des TVöD/VKA vollständig verdrängt (offengelassen in BAG 31. Januar 2019 - 8 AZR 410/13 - Rn. 98, BAGE 165, 278; 16. März 2016 - 4 AZR 461/14 - Rn. 23; hiervon ausgehend wohl 17. März 2016 - 6 AZR 96/15 - Rn. 3, 19; 16. April 2015 - 6 AZR 142/14 - Rn. 17 f., BAGE 151, 263). Das ergibt die Auslegung der Vorschrift.

22 aa) Maßgebend für die Gesetzesauslegung ist der in der Norm zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers. Zu dessen Ermittlung sind der Wortlaut der Norm, die Systematik, Sinn und Zweck sowie die Gesetzesmaterialien und die Entstehungsgeschichte heranzuziehen. Unter diesen anerkannten Methoden hat keine unbedingten Vorrang. Welche Regelungskonzeption der Gesetzgeber mit dem von ihm gefundenen Wortlaut tatsächlich verfolgt, ergibt sich uU erst aus den anderen Auslegungsgesichtspunkten. Wird daraus der Wille des Gesetzgebers klar erkennbar, ist dieser zu achten (vgl. BVerfG 6. Juni 2018 - 1 BvL 7/14 ua. - Rn. 74 f., BVerfGE 149, 126; BAG 16. Oktober 2019 - 5 AZR 241/18 -

Rn. 15 mwN).

23 bb) Bereits der Wortlaut des § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II spricht für eine solche verdrängende Wirkung. Danach sind die beim übernehmenden Rechtsträger geltenden Tarifverträge „ausschließlich" anzuwenden. Der Begriff „ausschließlich" bedeutet - als Adverb verwendet - „nur, nichts anderes als" (Wahrig Deutsches Wörterbuch 9. Aufl.). So verstanden finden außer den für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des neuen Trägers jeweils geltenden Tarifverträgen keine weiteren Tarifverträge Anwendung. Dies spricht gegen die Annahme, dass arbeitsvertraglich in Bezug genommene Tarifverträge unberührt blieben. Allerdings lässt der Wortlaut des Satzes 3 für sich betrachtet auch die Deutung zu, dass lediglich mögliche Kollisionen auf tarifvertraglicher Ebene zugunsten der Tarifverträge des aufnehmenden Rechtsträgers gelöst werden sollten.

24 cc) Aus der Systematik der gesetzlichen Regelung wird die verdrängende Wirkung aber deutlich.

25 (1) § 6c Abs. 3 Satz 2 SGB II ordnet den Eintritt des übernehmenden Rechtsträgers in die Rechte und Pflichten aus den Arbeitsverhältnissen „unbeschadet" des nachfolgenden Satzes an. Das Wort „unbeschadet" drückt aus, dass neben Satz 2 weitere Rechtsnormen anwendbar sein sollen. Damit wird zwar nicht zum Ausdruck gebracht, dass die Regelung gegenüber einer anderen zurücktritt (vgl. Handbuch der Rechtsförmlichkeit Rn. 87, BAnz. Beilage Nr. 160a vom 22. Oktober 2008; Wolff JZ 2012, 31, 32). Die in § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II angeordnete Rechtsfolge soll aber durch den Eintritt des neuen Trägers in die Rechte und Pflichten aus den Arbeitsverhältnissen nicht beeinträchtigt werden. Anders formuliert reicht der Eintritt des neuen Trägers in die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis nur so weit, wie sich nicht aus § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II etwas anderes ergibt (vgl. zu diesem Verständnis von „unbeschadet" BVerwG 4. Juli 1986 - 4 C 31.84 - BVerwGE 74, 315).

26 (2) Insoweit unterscheidet sich § 6c Abs. 3 SGB II von der Regelungssystematik des § 613a Abs. 1 BGB. Diese Norm trennt streng zwischen arbeitsvertraglichen Rechten und Pflichten einerseits und kollektivrechtlichen Regelungen andererseits (sh. nur BAG 17. November 2010 - 4 AZR 391/09 - Rn. 23, BAGE 136, 184). Abgesehen davon ist die Regelung auch im Übrigen auf den Fall des gesetzlichen Übergangs eines Arbeitsverhältnisses von der Bundesagentur für Arbeit auf eine Optionskommune weder unmittelbar noch analog anwendbar (BAG 31. Januar 2019 - 8 AZR 410/13 - Rn. 69 ff., BAGE 165, 278).

27 (3) Im Übrigen ist zu beachten, dass das Regelungsmodell des § 6c Abs. 3 SGB II sowohl für den Fall gilt, dass ein kommunaler Rechtsträger nach Abs. 1 Aufgaben der Bundesagentur für Arbeit übernimmt als auch bei der Beendigung einer solchen kommunalen Trägerschaft nach Abs. 2. In beiden Situationen erfolgt der Übergang des Personals nach denselben Bestimmungen und mit denselben Rechtswirkungen.

28 dd) Sinn und Zweck von § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II stützen dieses Auslegungsergebnis. Die Gesetzesmaterialien enthalten zwar keine ausdrücklichen Erwägungen zum Zweck der Norm. Die Anordnung der ausschließlichen Anwendbarkeit der für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des neuen Trägers jeweils geltenden Tarifverträge dient jedoch erkennbar der Anpassung der Arbeitsbedingungen an die Organisationsstrukturen bei dem jeweils übernehmenden Rechtsträger.

2 (1) Der Gesetzgeber durfte davon ausgehen, dass im Wesentlichen alle mit der

9 Bundesagentur für Arbeit geschlossenen Arbeitsverträge eine Bezugnahmeklausel auf deren Haustarifverträge enthalten. Das Tarifwerk der Bundesagentur für Arbeit ist zwar eng an dasjenige des öffentlichen Dienstes angelehnt, trägt jedoch gleichzeitig deren Besonderheiten, vor allem den unterschiedlichen Organisationsstrukturen und den speziellen bei der Bundesagentur auszuübenden Tätigkeiten Rechnung. So ist insbesondere die Eingruppierung im TV-BA grundlegend abweichend von derjenigen im TVöD/VKA geregelt. Nach § 14 Abs. 1 TV-BA werden alle in der Bundesagentur für Arbeit auszuübenden Tätigkeiten von dieser in Fach- und Organisationskonzepten beschrieben und von den Tarifvertragsparteien Tätigkeits- und Kompetenzprofilen (TuK) zugeordnet. Die in den TuK festgelegten Anforderungen sind Grundlage für deren Zuordnung durch die Tarifvertragsparteien zu einer der acht Tätigkeitsebenen. Die Beschäftigten sind in der Tätigkeitsebene eingruppiert, der die ihnen nicht nur vorübergehend übertragene Tätigkeit zugeordnet ist. Die Zuordnung der Tätigkeiten zu TuK und der TuK zu Tätigkeitsebenen ist in den von den Tarifvertragsparteien vereinbarten Zuordnungstabellen festgelegt. Dieses speziell auf die bei der Bundesagentur für Arbeit auszuübenden Tätigkeiten und von dieser festgelegten Fach- und Organisationskonzepte abgestimmte Vergütungssystem ist nicht ohne praktische Schwierigkeiten auf eine andere Organisationsstruktur übertragbar, zumal die Bundesagentur für Arbeit mangels Organisationshoheit schon für die gemeinsamen Einrichtungen mit den Kommunen keine Fach- und Organisationskonzepte erstellen kann (vgl. im Einzelnen BAG 12. Dezember 2018 - 4 AZR 147/17 - Rn. 27 f., BAGE 164, 326). Das kann im Einzelfall zu Regelungslücken führen, deren Schließung nicht oder nur schwierig möglich ist.

30 (2) Das der gesetzlichen Vorschrift zugrunde liegende Anpassungsinteresse wird auch mit Blick auf den in § 6c Abs. 2 SGB II geregelten umgekehrten Fall des Endes der Trägerschaft deutlich. Danach treten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des kommunalen Trägers, die am Tag vor der Beendigung der Trägerschaft Aufgaben anstelle der Bundesagentur als Träger nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB II durchgeführt haben, zum Zeitpunkt der Beendigung der Trägerschaft kraft Gesetzes (wieder) in den Dienst der Bundesagentur über. Die Vorschriften des § 6c Abs. 3 Satz 2 und Satz 3 SGB II finden auf diesen Fall ebenfalls Anwendung. Auch hier konnte der Gesetzgeber annehmen, dass mit den Optionskommunen geschlossene Arbeitsverträge im Regelfall eine Bezugnahmeklausel auf das Tarifwerk des öffentlichen Dienstes für den Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände enthalten. Nach dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers sollen auch in diesem Fall die Tarifverträge des übernehmenden Rechtsträgers - hier also der Bundesagentur für Arbeit - aus Gründen der Anpassung an die besonderen Organisationsstrukturen ausschließlich Anwendung finden.

31 (3) Dass der Gesetzgeber mit der Anordnung einer ausschließlichen Anwendung der für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des neuen Trägers jeweils geltenden Tarifverträge lediglich den Fall einer Tarifkollision auf der kollektivrechtlichen Ebene regeln wollte, scheidet mangels relevanten Regelungsbedürfnisses aus.

32 (a) Galt in einem Arbeitsverhältnis vor dem gesetzlichen Übergang aufgrund beiderseitiger Tarifgebundenheit der TV-BA, entfällt dessen unmittelbare und zwingende Wirkung mit dem Übertritt (§ 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 TVG), weil die Optionskommune nicht an diesen gebunden ist. Eine Nachbindung iSv. § 3 Abs. 3

TVG tritt ebenso wenig ein, weil die Dienststellen der Optionskommune nicht in den Geltungsbereich des bei dem vormaligen Arbeitgeber geltenden Haustarifvertrags fallen (vgl. zum Herauswachsen aus dem Geltungsbereich eines Tarifvertrags BAG 10. Dezember 1997 - 4 AZR 247/96 - zu 2 a bb der Gründe, BAGE 87, 257; zur Rechtslage bei einem Betriebsübergang vor Einführung von § 613a Abs. 1 Sätze 2 bis 4 BGB sh. BAG 13. Mai 1981 - 4 AZR 1076/78 - BAGE 35, 239; 26. September 1979 - 4 AZR 819/77 - BAGE 32, 113) . Auch eine Nachwirkung vor dem gesetzlichen Übergang des Arbeitsverhältnisses unmittelbar und zwingend geltender Tarifverträge kommt im Regelfall nicht in Betracht. Ist nämlich die Optionskommune - wie in den meisten Fällen - an den TVöD/VKA gebunden, handelt es sich bei diesem, weil er ua. - ebenso wie der TV-BA - mit der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft - ver.di abgeschlossen worden ist, um eine andere Abmachung iSv. § 4 Abs. 5 TVG. Zwar entfällt die Nachwirkung des abgelaufenen Tarifvertrags nur insoweit, wie die andere Abmachung denselben Regelungsbereich erfasst, also die andere tarifliche Abmachung die in den nachwirkenden Rechtsnormen behandelten Gegenstände betrifft (BAG 3. Juli 2013 - 4 AZR 138/12 - Rn. 32, 41; 21. Oktober 2009 - 4 AZR 477/08 - Rn. 23). Im Grundsatz ist aber davon auszugehen, dass die Tarifvertragsparteien des TVöD/VKA die Tätigkeit eines jeden Beschäftigten des öffentlichen Dienstes erfassen (vgl. zum BAT BAG 18. März 2015 - 4 AZR 702/12 - Rn. 18 mwN) und die betroffenen Arbeitsverhältnisse vollständig und umfassend regeln wollten (vgl. auch BAG 23. Januar 2019 - 4 AZR 445/17 - Rn. 33, BAGE 165, 100). Für nachwirkende Tarifbestimmungen aus dem Tarifwerk für die Bundesagentur für Arbeit bliebe deshalb in dieser Konstellation regelmäßig kein Raum.

33 (b) Nur für den Fall, dass ein Arbeitnehmer vor dem gesetzlichen Übergang seines
Arbeitsverhältnisses aus der Gewerkschaft austritt, könnte auf der kollektivrechtlichen Ebene ein Regelungsbedürfnis bestehen (vgl. zum Fall des Herauswachsens aus dem Geltungsbereich des Tarifvertrags bei gleichzeitigem Verbandsaustritt BAG 10. Dezember 1997 - 4 AZR 247/96 - zu 2 a bb der Gründe mwN, BAGE 87, 257). Bei analoger Anwendung von § 4 Abs. 5 TVG bliebe die Nachwirkung des zuvor unmittelbar und zwingend geltenden Tarifvertrags bestehen, wenn sie nicht durch die Anordnung der ausschließlichen Anwendung der für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des neuen Trägers jeweils geltenden Tarifverträge verdrängt würde. Dafür, dass der Gesetzgeber aber gerade diesen Ausnahmefall vor Augen hatte und nur für diesen eine eigene gesetzliche Regelung schaffen wollte, ohne den wesentlich näher liegenden Fall der vertraglichen Bezugnahme auf die Tarifverträge der Bundesagentur für Arbeit zu regeln, bestehen keine Anhaltspunkte.

34 ee) Weder aus der Gesetzeshistorie noch aus anderen Umständen lassen sich
Anhaltspunkte für ein abweichendes Verständnis der Norm entnehmen. Die mit diesem Inhalt seit dem 11. August 2010 geltende Norm ist - mit Ausnahme einiger sprachlicher Anpassungen - unverändert geblieben.

35 5. Das dargelegte Normverständnis begegnet keinen verfassungsrechtlichen
Bedenken. Allerdings greift die gesetzliche Regelung in das Grundrecht des Klägers aus Art. 12 Abs. 1 GG, einen Arbeitsvertrag frei zu schließen und daher auch dessen Inhalt aushandeln zu können (vgl. BVerfG 14. November 2018 - 1 BvR 1278/16 - Rn. 6 mwN), hinsichtlich in Bezug genommener Tarifnormen ein, weil sie deren Rechtswirkung verdrängt und es dadurch im Einzelfall auch zu einer

Verlängerung der Arbeitszeit oder Verringerung der Vergütung kommen kann. Dieser Eingriff ist jedoch, insbesondere mit Blick auf die für den Regelfall gesetzlich angeordnete Anwendbarkeit eines anderen Tarifwerks des öffentlichen Dienstes und die Besitzstandsregelung in § 6c Abs. 5 SGB II, verfassungsrechtlich gerechtfertigt und verhältnismäßig, dh. geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne (BAG 31. Januar 2019 - 8 AZR 410/13 - Rn. 78 ff., 97 ff., BAGE 165, 278; vgl. auch BVerwG 20. September 2018 - 2 C 12.18 - Rn. 52). Andere arbeitsvertragliche Vereinbarungen als die Bezugnahmeklausel bleiben von § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II unberührt. Soweit der übernehmende Rechtsträger nicht tarifgebunden sein sollte, ist der Anwendungsbereich der Norm nicht eröffnet, so dass es bei der arbeitsvertraglichen Bezugnahmeregelung und der Anwendung des in Bezug genommenen Tarifwerks bleibt (Rn. 17). Der Schutz des Arbeitnehmers vor dem Verlust tariflich umfassend ausgestalteter Arbeitsbedingungen - sei es auf normativer oder vertraglicher Ebene - ist damit im Fall des Übergangs des Arbeitsverhältnisses nach § 6c SGB II gewährleistet. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts bedarf es deshalb keiner verfassungskonformen Auslegung der Norm. Eine solche käme im Übrigen im Hinblick auf den klaren Willen des Gesetzgebers auch nicht in Betracht (vgl. BVerfG 6. Juni 2018 - 1 BvL 7/14 ua. - Rn. 73, BVerfGE 149, 126; 25. Januar 2011 - 1 BvR 1741/09 - Rn. 78, BVerfGE 128, 157).

III.

3 Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 91, 97 Abs. 1 ZPO.

Zitiervorschlag:
BAG Urt. v. 11.12.2019 – 4 AZR 310/16, BeckRS 2019, 39962

BeckRS 2019, 41564

BAG (Vierter Senat), Urteil vom 11.12.2019 – 4 AZR 547/18

Titel:
Gesetzlicher Übergang eines Arbeitsverhältnisses auf Optionskommune - Verdrängung vertraglicher Bezugnahmeklausel von normativ geltendem Tarifvertrag

Normenketten:
SGB II § 6c
TVG § 3, § 4
TVöD-VKA § 6 Abs. 1 S. 1 lit. B
GG Art. 12 Abs. 1

Redaktioneller Leitsatz:
Geht ein Arbeitsverhältnis kraft Gesetzes gem. § 6c Abs. 1 S. 1 SGB II von der Bundesagentur für Arbeit auf eine Optionskommune über, erstreckt § 6c Abs. 3 S. 3 SGB II die für Beschäftigte des neuen Trägers jeweils geltenden Tarifverträge auf die übergegangenen Arbeitsverhältnisse unabhängig von der Tarifgebundenheit dieser Beschäftigten. In deren Arbeitsverträgen enthaltene Bezugnahmeklauseln auf Tarifverträge der Bundesagentur für Arbeit werden kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung vollständig verdrängt (Parallelentscheidung zu BAG BeckRS 2019, 39962). (Rn. 21 und 24)

Rechtsgebiet:

Arbeitsrecht

Schlagworte:

Gesetzlicher Übergang auf Optionskommune, Bezugnahmeklausel, Schadensersatzanspruch, Arbeitsvertrag, Arbeitnehmer, Betriebsvereinbarung, Grundsicherung, Eingruppierung, Entgeltgruppe, gesetzliche Regelung, Schadensersatz, VKA, Schadensersatzfeststellungsantrag, Eingruppierungsfeststellungsantrag, Optionskommune

vorgehend:

LAG Thüringen, Urteil vom 20.11.2018 - 1 Sa 251/17 (Rechtskraft: unbekannt)
ArbG Suhl, Urteil vom 08.03.2016 - 4 Ca 539/15 (Rechtskraft: unbekannt)

Parallelentscheidungen:

BAG, Urteil vom 11.12.2019 - 4 AZR 197/17; BAG, Urteil vom 11.12.2019 - 4 AZR 88/17; BAG, Urteil vom 11.12.2019 - 4 AZR 1003/13; BAG, Urteil vom 11.12.2019 - 4 AZR 89/17; BAG, Urteil vom 11.12.2019 - 4 AZR 17/17; BAG, Urteil vom 11.12.2019 - 4 AZR 310/16

Fundstellen:

Entscheidungsbesprechungen:

ArbRAktuell 2020, 322

ECLI:

ECLI:DE:BAG:2019:111219.U.4AZR547.18.0

Rechtskraft:

rechtskräftig

KI-generierte Zusammenfassung:

Das Bundesarbeitsgericht entschied, dass bei einem gesetzlichen Übergang eines Arbeitsverhältnisses von der Bundesagentur für Arbeit auf eine Optionskommune gemäß § 6c Abs. 1 S. 1 SGB II die für die Beschäftigten des neuen Trägers geltenden Tarifverträge unabhängig von deren Tarifgebundenheit anzuwenden sind und arbeitsvertragliche Bezugnahmeklauseln auf Tarifverträge der Bundesagentur für Arbeit dadurch vollständig verdrängt werden.
Das Gericht führte aus, dass die Tarifverträge der Bundesagentur für Arbeit zwar arbeitsvertraglich in Bezug genommen wurden, aber durch die gesetzliche Anordnung in § 6c Abs. 3 S. 3 SGB II durch die Tarifverträge für den öffentlichen Dienst (TVöD/VKA) verdrängt werden, an die der Beklagte als Mitglied der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (VKA) gebunden ist. Die gesetzliche Regelung erstreckt die Geltung der Tarifverträge des neuen Trägers auf die übergegangenen Arbeitsverhältnisse und verdrängt damit die arbeitsvertragliche Bezugnahme auf die Tarifverträge der Bundesagentur für Arbeit. Das Gericht betonte, dass für die Anwendung des Günstigkeitsprinzips kein Raum bleibt und die vertraglich in Bezug genommenen Tarifnormen keine Anwendung finden. Die Entscheidung beruht auf einer Auslegung des § 6c Abs. 3 SGB II, die verfassungsrechtlich gerechtfertigt und verhältnismäßig ist.

Text1

BUNDESARBEITSGERICHT

4 AZR 547/18
1 Sa 251/17
Thüringer Landesarbeitsgericht
Verkündet am
11. Dezember 2019
S.-B., Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle
Im Namen des Volkes!
URTEIL
In Sachen
Beklagter, Berufungskläger, Berufungsbeklagter und Revisionskläger,
pp.
Kläger, Berufungsbeklagter, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,
hat der Vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 11. Dezember 2019 durch den Richter am Bundesarbeitsgericht Reinfelder als Vorsitzenden, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht Dr. Rinck und Klug sowie den ehrenamtlichen Richter H. und die ehrenamtliche Richterin H.-W. für Recht erkannt:

Tenor:

1. Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des Thüringer Landesarbeitsgerichts vom 20. November 2018 - 1 Sa 251/17 - aufgehoben, soweit es die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Suhl vom 8. März 2016 - 4 Ca 539/15 - zurückgewiesen hat.
2. Auf die Berufung des Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Suhl vom 8. März 2016 - 4 Ca 539/15 - abgeändert, soweit es den Anträgen zu 1. und 2. stattgegeben hat. Insoweit wird die Klage abgewiesen.
3. Hinsichtlich der Hilfsanträge zu 3. und 4. wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.
Von Rechts wegen!

Tatbestand:

1 Die Parteien streiten über die Anwendbarkeit eines Tarifwerks auf ihr Arbeitsverhältnis und daraus resultierende Entgeltdifferenzansprüche sowie hilfsweise über Schadensersatzansprüche und die zutreffende Eingruppierung des Klägers.

2 Der Kläger war seit dem 15. Mai 2006 bei der Bundesagentur für Arbeit beschäftigt, zuletzt als Fachassistent Ordnungswidrigkeiten im Bereich SGB II. Nach § 2 seines Arbeitsvertrags bestimmt sich sein Arbeitsverhältnis nach dem Tarifvertrag für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der Bundesagentur für Arbeit (TV-BA) und den diesen ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträgen in der jeweils geltenden Fassung. Ferner finden nach der arbeitsvertraglichen Regelung die für die Bundesagentur für Arbeit jeweils geltenden sonstigen Tarifverträge auf das Arbeitsverhältnis Anwendung. Der Kläger erhielt bis zum 31. Dezember 2011 ein Entgelt nach Tätigkeitsebene V, Stufe 3 zuzüglich einer Funktionsstufe 1 TV-BA.

3 Der Beklagte, der Mitglied der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (VKA) ist, wurde mit Wirkung zum 1. Januar 2012 als kommunaler Träger der Grundsicherung für Arbeitsuchende zugelassen.

4 Seit dem 1. Januar 2012 wurde der Kläger bei dem Beklagten zunächst als Mitarbeiter Servicestelle/Aktenbereitstellung/Aussonderung und nach Einführung der elektronischen Akte als Mitarbeiter Scanstelle für den Fachbereich Arbeit beschäftigt. Die letztgenannte Tätigkeit beinhaltet das Scannen der eingehenden Post, deren Eingabe ins System und - nach Prüfung - deren Vorlage an den Sachbearbeiter. Darüber hinaus stellt der Kläger elektronisch erfasste Akten bereit. Der Kläger erhält eine Vergütung nach Entgeltgruppe 5 Stufe 2 TVöD/VKA, zunächst zuzüglich einer Ausgleichszahlung. Das Angebot zum Abschluss eines neuen Arbeitsvertrags nahm er nicht an. Mit Schreiben vom 12. März 2012 und 27. Juni 2012 begehrte der Kläger von dem Beklagten eine Überprüfung seiner Eingruppierung in den TVöD/VKA. Mit weiterem Schreiben vom 23. Juni 2014 machte er geltend, Anspruch auf Vergütung nach dem TVBA zu haben.

5 Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Bezugnahmeklausel in § 2 seines Arbeitsvertrags entfalte auch im Arbeitsverhältnis zu dem Beklagten Wirkung. § 6c SGB II sei verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass er einer Anwendung der arbeitsvertraglich in Bezug genommenen Tarifverträge nicht entgegenstehe. Er habe daher Anspruch auf Zahlung der Differenz zwischen dem ihm nach dem TV-BA zustehenden und dem durch den Beklagten gezahlten Entgelt. Hilfsweise stehe ihm ein Schadensersatzanspruch wegen Verletzung des § 6c Abs. 5 SGB II zu. Der Beklagte habe seinen Anspruch auf Zuweisung einer „tarifrechtlich gleichwertigen Tätigkeit" verletzt.

6 Der Kläger hat - soweit für die Revision von Bedeutung - beantragt,

1. festzustellen, dass auf das Arbeitsverhältnis der Parteien ab 1. Januar 2012 der Tarifvertrag für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der Bundesagentur für Arbeit (TV-BA) Anwendung findet und er auf der Grundlage der Tätigkeitsebene V Stufe 3 und ab Juli 2014 Stufe 4 gemäß § 20 TV-BA eingruppiert ist;

2. den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger 1.753,33 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. April 2015 zu zahlen;

3. hilfsweise für den Fall, dass der Antrag auf Feststellung der Fortgeltung des TV-BA auf das Arbeitsverhältnis ab 1. Januar 2012 abgewiesen werden sollte, die beklagte Partei zu verurteilen, den Kläger durch Zahlung von Schadensersatz in Höhe der Vergütungsdifferenz zwischen der Vergütung gemäß Anlage 1 zum TVÜ-VKA nach Entgeltgruppe 8 Stufe 3, ab Juli 2014 Stufe 4, hilfsweise Entgeltgruppe 6 mit Zwischenstufe bis zur Höhe der Vergütung nach Tätigkeitsebene V Stufe 3, ab Juli 2014 Stufe 4, zzgl. Funktionsstufe 1 TV-BA zum 31. Dezember 2011, zur gezahlten Vergütung ab Januar 2012 bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses so zu stellen, als sei er gemäß Anlage 1 zum TVÜ-VKA in die Entgeltgruppe 8 Stufe 3, ab Juli 2014 Stufe 4, hilfsweise Entgeltgruppe 6 mit Zwischenstufe bis zur Höhe der Vergütung nach Tätigkeitsebene V Stufe 3, ab Juli 2014 Stufe 4, zzgl. Funktionsstufe 1 TV-BA zum 31. Dezember 2011 eingruppiert;

4. höchst hilfsweise für den Fall, dass der vorstehende Schadensersatzfeststellungsantrag abgewiesen werden sollte, festzustellen, dass der Kläger ab Januar 2012 gemäß Anlage 1 zum TVÜ-VKA in die Entgeltgruppe 8 Stufe 3, ab Juli 2014 Stufe 4, auf der Grundlage der Vergütungsgruppe Vc Fallgruppe 1b gemäß Anlage 1a zur allgemeinen Vergütungsordnung (VKA) BAT, hilfsweise Entgeltgruppe 6 mit Zwischenstufe bis zur Höhe der Vergütung nach der Tätigkeitsebene V Stufe 3 zzgl. Funktionsstufe 1 TV-BA zum 31. Dezember 2011

auf der Grundlage der Vergütungsgruppe VIb Fallgruppe 1b gemäß Anlage 1a zur allgemeinen Vergütungsordnung (VKA) BAT, eingruppiert ist.

7 Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Er hat gemeint, aufgrund der Regelung in § 6c Abs. 3 SGB II sei auf das Arbeitsverhältnis ausschließlich der TVöD/VKA anzuwenden. Sämtliche Vergütungsansprüche seien erfüllt.

8 Das Arbeitsgericht hat der Klage - soweit für die Revision von Interesse - hinsichtlich der Anträge zu 1. und 2. stattgegeben, das Landesarbeitsgericht die hiergegen gerichtete Berufung des Beklagten insoweit zurückgewiesen. Mit seiner vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision begehrt der Beklagte weiterhin Klageabweisung. Hinsichtlich der darüber hinaus durch den Kläger begehrten Feststellung, dass ihm zusätzlich die Zahlung einer monatlichen Funktionsstufe nach dem TV-BA zustehe sowie darauf bezogener Zahlungsansprüche hat das Landesarbeitsgericht die Klage abgewiesen. Diesbezüglich ist eine Nichtzulassungsbeschwerde anhängig (- 6 AZN 973/18 -). In einem weiteren, derzeit vor dem Thüringer Landesarbeitsgericht anhängigen Rechtsstreit macht der Kläger gegenüber der Bundesagentur für Arbeit den Fortbestand seines Arbeitsverhältnisses mit dieser geltend.

Entscheidungsgründe:

9 Die zulässige Revision des Beklagten ist begründet. Das Landesarbeitsgericht hat zu Unrecht die Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Die Klage ist hinsichtlich der Anträge zu 1. und 2. teilweise unzulässig, im Übrigen unbegründet. Dies führt zur Aufhebung des Berufungsurteils (§ 562 Abs. 1 ZPO), zur Abänderung des arbeitsgerichtlichen Urteils und zur Klageabweisung hinsichtlich der Anträge zu 1. und 2. (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 3 ZPO). Im Hinblick auf die Hilfsanträge zu 3. und 4. ist die Sache an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO).

I.

10 Der Senat war nicht verpflichtet, den Rechtsstreit wegen des vom Kläger gegen die Bundesagentur für Arbeit vor dem Thüringer Landesarbeitsgericht geführten Verfahrens nach § 148 ZPO auszusetzen. Auch bei (teilweiser) Vorgreiflichkeit wäre eine Aussetzung nicht sachgerecht. Die Entscheidung über die Aussetzung hat das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen zu treffen (BAG 14. September 2016 - 4 AZR 10/14 - Rn. 35; 16. April 2015 - 6 AZR 142/14 - Rn. 14, BAGE 151, 263). Gegenüber dem vorrangigen Zweck einer Aussetzung - einander widersprechende Entscheidungen zu verhindern - sind der Nachteil einer langen Verfahrensdauer und die daraus für die Parteien entstehenden Folgen abzuwägen (BAG 20. September 2016 - 9 AZR 735/15 - Rn. 59; 2. März 2006 - 2 AZR 53/05 - Rn. 56). Danach überwiegt das Interesse an einer Sachentscheidung. Eine Aussetzung würde zu einer nicht hinnehmbaren Verzögerung des bereits seit 2015 anhängigen Rechtsstreits führen. Demgegenüber erscheint das Risiko sich widersprechender Entscheidungen als gering, da das Bundearbeitsgericht über die insoweit maßgebliche Frage, ob § 6c SGB II verfassungsgemäß ist, bereits entscheiden hat (BAG 31. Januar 2019- 8 AZR 410/13 - Rn. 50 ff., BAGE 165, 278).

II.

11 Die Klage ist hinsichtlich des Antrags zu 1. teilweise unzulässig, im Übrigen sind die Anträge zu 1. und 2. zulässig, aber unbegründet.

12 1. Der Klage steht nicht das von Amts wegen zu beachtende Prozesshindernis anderweitiger Rechtshängigkeit (§ 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO) entgegen. Im Hinblick auf

den durch den Kläger dgegen die Bundesagentur für Arbeit geführten Rechtsstreit fehlt es an der erforderlichen Parteiidentität (vgl. hierzu BAG 30. November 2016 - 10 AZR 644/15 - Rn. 17 mwN).

13 2. Der Antrag zu 1. - der zwei Feststellungsbegehren enthält - ist teilweise unzulässig.

14 a) Mit dem ersten Teil des Antrags zu 1. begehrt der Kläger die Feststellung, dass der TV-BA auf das Arbeitsverhältnis Anwendung findet. Dieser Elementenfeststellungsantrag ist jedenfalls als Zwischenfeststellungsklage nach § 256 Abs. 2 ZPO zulässig (zu den Voraussetzungen BAG 25. April 2018 - 5 AZR 245/17 - Rn. 19; 21. Oktober 2015 - 4 AZR 663/14 - Rn. 17 mwN). Die Entscheidung über die Anwendbarkeit des TV-BA ist vorgreiflich, da Vergütungsansprüche nach dem TV-BA, auf die die Anträge zu 1. und 2. ausschließlich gestützt sind, nur bestehen können, wenn dieser Tarifvertrag auf das Arbeitsverhältnis Anwendung findet. Die Frage des anwendbaren Tarifvertrags kann darüber hinaus auch für andere denkbare Folgestreitigkeiten von Bedeutung sein.

15 b) Bei dem zweiten Teil des Antrags zu 1. handelt es sich nach gebotener Auslegung um einen Eingruppierungsfeststellungsantrag. Der Kläger begehrt der Sache nach die Feststellung der Verpflichtung des Beklagten, ihn nach Tätigkeitsebene V Stufe 3 TV-BA zu vergüten. Für den so verstandenen Antrag besteht ein Feststellungsinteresse allerdings erst ab dem 1. April 2015, im Übrigen ist der Antrag unzulässig. Der Kläger hat die Entgeltdifferenz für den vorhergehenden Zeitraum bereits im Wege der Leistungsklage geltend gemacht. Ein darüber hinausgehendes Feststellungsinteresse ist nicht ersichtlich (vgl. hierzu BAG 31. Januar 2018 - 4 AZR 104/17 - Rn. 11; 27. Januar 2011- 6 AZR 526/09 - Rn. 12, BAGE 137, 80).

16 3. Die Anträge zu 1. und 2. sind, soweit sie zulässig sind, unbegründet.

Die Tarifverträge der Bundesagentur für Arbeit finden auf das Arbeitsverhältnis der Parteien keine Anwendung. Sie sind zwar arbeitsvertraglich in Bezug genommen, werden aber aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung durch die Tarifverträge für den öffentlichen Dienst in der für den Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände geltenden Fassung (TVöD/VKA), an die der Beklagte kraft Verbandsmitgliedschaft gebunden ist (§ 3 Abs. 1 TVG), verdrängt. Das folgt aus § 6c Abs. 3 Satz 3 iVm. Satz 2 SGB II. Dementsprechend kann der Kläger weder die Feststellung der Verpflichtung des Beklagten zur Zahlung eines Entgelts nach dem TV-BA verlangen noch stehen ihm unter diesem Gesichtspunkt Differenzvergütungsansprüche für den Zeitraum von Dezember 2013 bis März 2015 nebst Zinsen zu.

17 a) Das Arbeitsverhältnis des Klägers ist mit Wirkung zum 1. Januar 2012 auf den Beklagten übergegangen. Zwischen den Parteien steht nicht im Streit, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen des - verfassungskonformen (BAG 31. Januar 2019 - 8 AZR 410/13 - Rn. 50 ff., BAGE 165, 278) - § 6c Abs. 1 Satz 1 SGB II für den gesetzlichen Übergang des Arbeitsverhältnisses zu diesem Zeitpunkt erfüllt waren. Der Kläger war Arbeitnehmer der Bundesagentur für Arbeit und hatte am Tag vor der Zulassung des Beklagten als weiterem kommunalen Träger seit mindestens 24 Monaten Aufgaben der Bundesagentur als Träger nach § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB II in dem Gebiet des kommunalen Trägers wahrgenommen.

18 b) Mit dem gesetzlichen Übergang ist der Beklagte nach Maßgabe von§ 6c Abs. 3 Satz 2 SGB II in alle Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis zwischen dem

Kläger und der Bundesagentur für Arbeit eingetreten.

19 aa) Nach dieser Norm tritt der neue Träger im Falle des Übergangs nach Abs. 1 unbeschadet des Satzes 3 in die Rechte und Pflichten aus den Arbeitsverhältnissen ein, die im Zeitpunkt des Übertritts bestehen. Zu diesen Rechten und Pflichten gehören - neben allen anderen arbeitsvertraglichen Bestimmungen - auch diejenigen, die sich aus einer Bezugnahme auf Tarifverträge ergeben (vgl. zu § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB zB BAG 30. August 2017 - 4 AZR 95/14 - Rn. 43, BAGE 160, 87; 23. September 2009 - 4 AZR 331/08 - Rn. 14 ff., BAGE 132, 169).

20 bb) Deshalb ist auch die Bezugnahmeklausel in § 2 des Arbeitsvertrags Bestandteil des zwischen den Parteien bestehenden Arbeitsverhältnisses geworden. Diese verweist zeitdynamisch auf den TV-BA sowie die für die Bundesagentur für Arbeit geltenden sonstigen Tarifverträge, jeweils in der Fassung für das Tarifgebiet Ost. Eine Bezugnahme auf die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes, insbesondere auf den TVöD/VKA und den TVÜ-VKA, enthält die Klausel nicht. Bei diesen handelt es sich weder um die Tarifverträge der Bundesagentur für Arbeit ergänzende, ändernde oder ersetzende Tarifverträge noch um für die Bundesagentur für Arbeit jeweils geltende sonstige Tarifverträge (vgl. zu einer vergleichbaren Klausel BAG 16. Mai 2018 - 4 AZR 209/15 - Rn. 17 ff. mwN).

21 c) § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II ordnet darüber hinaus im Wege der gesetzlichen Geltungserstreckung an, dass auf die übergegangenen Arbeitsverhältnisse die Tarifverträge anzuwenden sind, die für den übernehmenden Rechtsträger gelten, ohne dass es auf die Tarifgebundenheit des übergegangenen Arbeitnehmers ankäme (im Ergebnis ebenso BAG 16. April 2015 - 6 AZR 142/14 - Rn. 17 f., BAGE 151, 263; vgl. zu einer weiteren Form der gesetzlichen Geltungserstreckung BAG 20. November 2018 - 10 AZR 121/18 - Rn. 51, BAGE 164, 201). Dies sind hier die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes in der für den Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände geltenden Fassung.

22 aa) Nach dem Wortlaut der Norm sind die „für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des neuen Trägers jeweils geltenden Tarifverträge" anzuwenden. Maßgeblich für die Anwendung tariflicher Regelungen aufgrund dieser Bestimmung ist also, ob für die anderen - nicht für die übergehenden - Arbeitsverhältnisse des aufnehmenden Rechtsträgers Tarifverträge gelten. Nach § 4 Abs. 1 TVG „gelten" die Rechtsnormen eines Tarifvertrags, die den Inhalt, den Abschluss oder die Beendigung von Arbeitsverhältnissen ordnen, unmittelbar und zwingend zwischen den beiderseits Tarifgebundenen (§ 3 Abs. 1 TVG; vgl. zum Begriff der „Geltung" auch BAG 16. Oktober 2019 - 4 AZR 66/18 - Rn. 25). Voraussetzung ist damit in jedem Fall eine Tarifgebundenheit des aufnehmenden Rechtsträgers. Liegt eine solche vor, müssen nach § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II die entsprechenden Tarifverträge von ihm auch für alle übergehenden Arbeitsverhältnisse angewendet werden (BT-Drs. 17/1555 S. 20), ohne dass auf die Tarifgebundenheit der übergehenden Arbeitnehmer abgestellt wird. Ist der übernehmende Rechtsträger hingegen nicht tarifgebunden, ist für die Anwendung des § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II schon nach dessen Wortlaut kein Raum. Auch für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des übernehmenden Rechtsträgers würden in einer solchen Konstellation keine Tarifverträge gelten.

23 bb) Im Streitfall findet danach, da der Beklagte Mitglied in der VKA ist, das Tarifwerk des TVöD/VKA auf das Arbeitsverhältnis der Parteien kraft gesetzlicher Erstreckung Anwendung. Dies steht zwischen den Parteien nicht im Streit.

24 d) Eine Kollision zwischen den kraft gesetzlicher Erstreckung anwendbaren Tarifverträgen des öffentlichen Dienstes und den vertraglich in Bezug genommenen Tarifverträgen für die Bundesagentur für Arbeit folgt daraus im Arbeitsverhältnis des Klägers aber nicht. Nach § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II sind vom Zeitpunkt des Übertritts an ausschließlich die für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des neuen Trägers jeweils geltenden Tarifverträge anzuwenden.

Die arbeitsvertraglich in Bezug genommenen Tarifverträge werden verdrängt; für die Anwendung des Günstigkeitsprinzips bleibt kein Raum.

25 aa) Bei aufgrund arbeitsvertraglicher Bezugnahme anwendbaren Tarifnormen handelt es sich rechtlich um einzelvertragliche Abreden. Normativ geltende und kraft arbeitsvertraglicher Bezugnahmeklausel anwendbare Tarifnormen sind grundsätzlich streng voneinander zu unterscheiden (st. Rspr., vgl. zu§ 613a Abs. 1 Satz 1 BGB zB BAG 30. August 2017 - 4 AZR 95/14 - Rn. 43, BAGE 160, 87; 17. Juni 2015 - 4 AZR 95/14 (A) - Rn. 14 ff.; 23. September 2009 - 4 AZR 331/08 - Rn. 14 ff., BAGE 132, 169). Eine Kollision zwischen den kraft beiderseitiger Tarifgebundenheit für das Arbeitsverhältnis der Parteien normativ geltenden und den aufgrund arbeitsvertraglicher Bezugnahme anwendbaren Tarifvorschriften ist nach dem Günstigkeitsprinzip (§ 4 Abs. 3 TVG) zu lösen (st. Rspr., zB BAG 12. Dezember 2018 - 4 AZR 123/18 - Rn. 34, BAGE 164, 345). Dieses - im TVG nur unvollkommen geregelte - Günstigkeitsprinzip ist überdies Ausdruck eines umfassenden Grundsatzes, der unabhängig von der Art der Rechtsquelle und auch außerhalb des Tarifvertragsgesetzes Geltung beansprucht (BAG 16. September 1986 - GS 1/82 - zu C II 3 a der Gründe, BAGE 53, 42; 5. März 2013 - 1 AZR 417/12 - Rn. 55 [zum Verhältnis Betriebsvereinbarung - Arbeitsvertrag]).

26 bb) Die arbeitsvertraglich in Bezug genommenen Tarifnormen für die Bundesagentur für Arbeit finden auf das Arbeitsverhältnis der Parteien gleichwohl keine Anwendung. Sie werden aufgrund der Regelung in § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II, nach der vom Zeitpunkt des Übertritts an die für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des neuen Trägers jeweils geltenden Tarifverträge ausschließlich anzuwenden sind, kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung von denen des bei dem Beklagten geltenden Tarifwerks des TVöD/VKA vollständig verdrängt (offengelassen in BAG 31. Januar 2019 - 8 AZR 410/13 - Rn. 98, BAGE 165, 278; 16. März 2016 - 4 AZR 461/14 - Rn. 23; hiervon ausgehend wohl 17. März 2016 - 6 AZR 96/15 - Rn. 3, 19; 16. April 2015 - 6 AZR 142/14 - Rn. 17 f., BAGE 151, 263). Das ergibt die Auslegung der Vorschrift.

27 (1) Maßgebend für die Gesetzesauslegung ist der in der Norm zum Aus- druck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers. Zu dessen Ermittlung sind der Wortlaut der Norm, die Systematik, Sinn und Zweck sowie die Gesetzesmaterialien und die Entstehungsgeschichte heranzuziehen. Unter diesen anerkannten Methoden hat keine unbedingten Vorrang. Welche Regelungskonzeption der Gesetzgeber mit dem von ihm gefundenen Wortlaut tatsächlich verfolgt, ergibt sich uU erst aus den anderen Auslegungsgesichtspunkten. Wird daraus der Wille des Gesetzgebers klar erkennbar, ist dieser zu achten (vgl. BVerfG 6. Juni 2018 - 1 BvL 7/14 ua. - Rn. 74 f., BVerfGE 149, 126; BAG 16. Oktober 2019 - 5 AZR 241/18 - Rn. 15 mwN).

28 (2) Bereits der Wortlaut des § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II spricht für eine sol- che verdrängende Wirkung. Danach sind die beim übernehmenden Rechtsträger geltenden Tarifverträge „ausschließlich" anzuwenden. Der Begriff „ausschließlich"

bedeutet - als Adverb verwendet - „nur, nichts anderes als“ (Wahrig Deutsches Wörterbuch 9. Aufl.). So verstanden finden außer den für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des neuen Trägers jeweils geltenden Tarifverträgen keine weiteren Tarifverträge Anwendung. Dies spricht gegen die Annahme, dass arbeitsvertraglich in Bezug genommene Tarifverträge unberührt blieben. Allerdings lässt der Wortlaut des Satzes 3 für sich betrachtet auch die Deutung zu, dass lediglich mögliche Kollisionen auf tarifvertraglicher Ebene zugunsten der Tarifverträge des aufnehmenden Rechtsträgers gelöst werden sollten.

29 (3) Aus der Systematik der gesetzlichen Regelung wird die verdrängende Wirkung aber deutlich.

30 (a) § 6c Abs. 3 Satz 2 SGB II ordnet den Eintritt des übernehmenden 3. Rechtsträgers in die Rechte und Pflichten aus den Arbeitsverhältnissen „unbeschadet“ des nachfolgenden Satzes an. Das Wort „unbeschadet“ drückt aus, dass neben Satz 2 weitere Rechtsnormen anwendbar sein sollen. Damit wird zwar nicht zum Ausdruck gebracht, dass die Regelung gegenüber einer anderen zurücktritt (vgl. Handbuch der Rechtsförmlichkeit Rn. 87, BAnz. Beilage Nr. 160a vom 22. Oktober 2008; Wolff JZ 2012, 31, 32). Die in § 6c Abs. Satz 3 SGB II angeordnete Rechtsfolge soll aber durch den Eintritt des neuen Trägers in die Rechte und Pflichten aus den Arbeitsverhältnissen nicht beeinträchtigt werden. Anders formuliert reicht der Eintritt des neuen Trägers in die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis nur so weit, wie sich nicht aus§ 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II etwas anderes ergibt (vgl. zu diesem Verständnis von „unbeschadet“ BVerwG 4. Juli 1986 - 4 C 31.84 - BVerwGE 74, 315).

31 (b) Insoweit unterscheidet sich § 6c Abs. 3 SGB II von der Regelungssystematik des § 613a Abs. 1 BGB. Diese Norm trennt streng zwischen arbeitsvertraglichen Rechten und Pflichten einerseits und kollektivrechtlichen Regelungen andererseits (sh. nur BAG 17. November 2010 - 4 AZR 391/09 - Rn. 23, BAGE 136, 184). Abgesehen davon ist die Regelung auch im Übrigen auf den Fall des gesetzlichen Übergangs eines Arbeitsverhältnisses von der Bundesagentur für Arbeit auf eine Optionskommune weder unmittelbar noch analog anwendbar (BAG 31. Januar 2019 - 8 AZR 410/13 - Rn. 69 ff., BAGE 165, 278).

32 (c) Im Übrigen ist zu beachten, dass das Regelungsmodell des § 6c Abs. 3 SGB II sowohl für den Fall gilt, dass ein kommunaler Rechtsträger nach Abs. 1 Aufgaben der Bundesagentur für Arbeit übernimmt als auch bei der Beendigung einer solchen kommunalen Trägerschaft nach Abs. 2. In beiden Situationen erfolgt der Übergang des Personals nach denselben Bestimmungen und mit denselben Rechtswirkungen.

33 (4) Sinn und Zweck von § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II stützen dieses Auslegungsergebnis. Die Gesetzesmaterialien enthalten zwar keine ausdrücklichen Erwägungen zum Zweck der Norm. Die Anordnung der ausschließlichen Anwendbarkeit der für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des neuen Trägers jeweils geltenden Tarifverträge dient jedoch erkennbar der Anpassung der Arbeitsbedingungen an die Organisationsstrukturen bei dem jeweils übernehmenden Rechtsträger.

34 (a) Der Gesetzgeber durfte davon ausgehen, dass im Wesentlichen alle mit der Bundesagentur für Arbeit geschlossenen Arbeitsverträge eine Bezugnahmeklausel auf deren Haustarifverträge enthalten. Das Tarifwerk der Bundesagentur für Arbeit ist zwar eng an dasjenige des öffentlichen Dienstes angelehnt, trägt jedoch gleichzeitig deren Besonderheiten, vor allem den unterschiedlichen

Organisationsstrukturen und den speziellen bei der Bundesagentur auszuübenden Tätigkeiten Rechnung. So ist insbesondere die Eingruppierung im TV-BA grundlegend abweichend von derjenigen im TVöD/VKA geregelt. Nach § 14 Abs. 1 TV-BA werden alle in der Bundesagentur für Arbeit auszuübenden Tätigkeiten von dieser in Fach- und Organisationskonzepten beschrieben und von den Tarifvertragsparteien Tätigkeits- und Kompetenzprofilen (TuK) zugeordnet. Die in den TuK festgelegten Anforderungen sind Grundlage für deren Zuordnung durch die Tarifvertragsparteien zu einer der acht Tätigkeitsebenen. Die Beschäftigten sind in der Tätigkeitsebene eingruppiert, der die ihnen nicht nur vorübergehend übertragene Tätigkeit zugeordnet ist. Die Zuordnung der Tätigkeiten zu TuK und der TuK zu Tätigkeitsebenen ist in den von den Tarifvertragsparteien vereinbarten Zuordnungstabellen festgelegt. Dieses speziell auf die bei der Bundesagentur für Arbeit auszuübenden Tätigkeiten und von dieser festgelegten Fach- und Organisationskonzepte abgestimmte Vergütungssystem ist nicht ohne praktische Schwierigkeiten auf eine andere Organisationsstruktur übertragbar, zumal die Bundesagentur für Arbeit mangels Organisationshoheit schon für die gemeinsamen Einrichtungen mit den Kommunen keine Fach- und Organisationskonzepte erstellen kann (vgl. im Einzelnen BAG 12. Dezember 2018 - 4 AZR 147/17 - Rn. 27 f., BAGE 164, 326). Das kann im Einzelfall zu Regelungslücken führen, deren Schließung nicht oder nur schwierig möglich ist.

35 (b) Das der gesetzlichen Vorschrift zugrunde liegende Anpassungsinteresse wird auch mit Blick auf den in § 6c Abs. 2 SGB II geregelten umgekehrten Fall des Endes der Trägerschaft deutlich. Danach treten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des kommunalen Trägers, die am Tag vor der Beendigung der Trägerschaft Aufgaben anstelle der Bundesagentur als Träger nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB II durchgeführt haben, zum Zeitpunkt der Beendigung der Trägerschaft kraft Gesetzes (wieder) in den Dienst der Bundesagentur über. Die Vorschriften des § 6c Abs. 3 Satz 2 und Satz 3 SGB II finden auf diesen Fall ebenfalls Anwendung. Auch hier konnte der Gesetzgeber annehmen, dass mit den Optionskommunen geschlossene Arbeitsverträge im Regelfall eine Bezugnahmeklausel auf das Tarifwerk des öffentlichen Dienstes für den Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände enthalten. Nach dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers sollen auch in diesem Fall die Tarifverträge des übernehmenden Rechtsträgers - hier also der Bundesagentur für Arbeit - aus Gründen der Anpassung an die besonderen Organisationsstrukturen ausschließlich Anwendung finden.

36 (c) Dass der Gesetzgeber mit der Anordnung einer ausschließlichen Anwendung der für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des neuen Trägers jeweils geltenden Tarifverträge lediglich den Fall einer Tarifkollision auf der kollektivrechtlichen Ebene regeln wollte, scheidet mangels relevanten Regelungsbedürfnisses aus.

37 (aa) Galt in einem Arbeitsverhältnis vor dem gesetzlichen Übergang aufgrund beiderseitiger Tarifgebundenheit der TV-BA, entfällt dessen unmittelbare und zwingende Wirkung mit dem Übertritt (§ 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 TVG), weil die Optionskommune nicht an diesen gebunden ist. Eine Nachbindung iSv. § 3 Abs. 3 TVG tritt ebenso wenig ein, weil die Dienststellen der Optionskommune nicht in den Geltungsbereich des bei dem vormaligen Arbeitgeber geltenden Haustarifvertrags fallen (vgl. zum Herauswachsen aus dem Geltungsbereich eines Tarifvertrags BAG 10. Dezember 1997 - 4 AZR 247/96 - zu 2 a bb der Gründe, BAGE 87, 257; zur

Rechtslage bei einem Betriebsübergang vor Einführung von § 613a Abs. 1 Sätze 2 bis 4 BGB sh. BAG 13. Mai 1981 - 4 AZR 1076/78 - BAGE 35, 239; 26. September 1979 - 4 AZR 819/77 - BAGE 32, 113) . Auch eine Nachwirkung vor dem gesetzlichen Übergang des Arbeitsverhältnisses unmittelbar und zwingend geltender Tarifverträge kommt im Regelfall nicht in Betracht. Ist nämlich die Optionskommune - wie in den meisten Fällen - an den TVöD/VKA gebunden, handelt es sich bei diesem, weil er ua. - ebenso wie der TV-BA - mit der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft - ver.di abgeschlossen worden ist, um eine andere Abmachung iSv. § 4 Abs. 5 TVG. Zwar entfällt die Nachwirkung des abgelaufenen Tarifvertrags nur insoweit, wie die andere Abmachung denselben Regelungsbereich erfasst, also die andere tarifliche Abmachung die in den nachwirkenden Rechtsnormen behandelten Gegenstände betrifft (BAG 3. Juli 2013 - 4 AZR 138/12 - Rn. 32, 41; 21. Oktober 2009 - 4 AZR 477/08 - Rn. 23). Im Grundsatz ist aber davon auszugehen, dass die Tarifvertragsparteien des TVöD/VKA die Tätigkeit eines jeden Beschäftigten des öffentlichen Dienstes erfassen (vgl. zum BAT BAG 18. März 2015 - 4 AZR 702/12 - Rn. 18 mwN) und die betroffenen Arbeitsverhältnisse vollständig und umfassend regeln wollten (vgl. auch BAG 23. Januar 2019 - 4 AZR 445/17 - Rn. 33, BAGE 165, 100). Für nachwirkende Tarifbestimmungen aus dem Tarifwerk für die Bundesagentur für Arbeit bliebe deshalb in dieser Konstellation regelmäßig kein Raum.

38 (bb) Nur für den Fall, dass ein Arbeitnehmer vor dem gesetzlichen Übergang seines Arbeitsverhältnisses aus der Gewerkschaft austritt, könnte auf der kollektivrechtlichen Ebene ein Regelungsbedürfnis bestehen (vgl. zum Fall des Herauswachsens aus dem Geltungsbereich des Tarifvertrags bei gleichzeitigem Verbandsaustritt BAG 10. Dezember 1997 - 4 AZR 247/96 - zu 2 a bb der Gründe mwN, BAGE 87, 257). Bei analoger Anwendung von § 4 Abs. 5 TVG bliebe die Nachwirkung des zuvor unmittelbar und zwingend geltenden Tarifvertrags bestehen, wenn sie nicht durch die Anordnung der ausschließlichen Anwendung der für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des neuen Trägers jeweils geltenden Tarifverträge verdrängt würde. Dafür, dass der Gesetzgeber aber gerade diesen Ausnahmefall vor Augen hatte und nur für diesen eine eigene gesetzliche Regelung schaffen wollte, ohne den wesentlich näher liegenden Fall der vertraglichen Bezugnahme auf die Tarifverträge der Bundesagentur für Arbeit zu regeln, bestehen keine Anhaltspunkte.

39 (5) Weder aus der Gesetzeshistorie noch aus anderen Umständen lassen sich Anhaltspunkte für ein abweichendes Verständnis der Norm entnehmen. Die mit diesem Inhalt seit dem 11. August 2010 geltende Norm ist - mit Ausnahme einiger sprachlicher Anpassungen - unverändert geblieben.

40 e) Das dargelegte Normverständnis begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Allerdings greift die gesetzliche Regelung in das Grundrecht des Klägers aus Art. 12 Abs. 1 GG, einen Arbeitsvertrag frei zu schließen und daher auch dessen Inhalt aushandeln zu können (vgl. BVerfG 14. November 2018 - 1 BvR 1278/16 - Rn. 6 mwN), hinsichtlich in Bezug genommener Tarifnormen ein, weil sie deren Rechtswirkung verdrängt und es dadurch im Einzelfall auch zu einer Verlängerung der Arbeitszeit oder Verringerung der Vergütung kommen kann. Dieser Eingriff ist jedoch, insbesondere mit Blick auf die für den Regelfall gesetzlich angeordnete Anwendbarkeit eines anderen Tarifwerks des öffentlichen Dienstes und die Besitzstandsregelung in § 6c Abs. 5 SGB II, verfassungsrechtlich gerechtfertigt

und verhältnismäßig, dh. geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne (BAG 31. Januar 2019 - 8 AZR 410/13 - Rn. 78 ff., 97 ff., BAGE 165, 278; vgl. auch BVerwG 20. September 2018 - 2 C 12.18 - Rn. 52). Andere arbeitsvertragliche Vereinbarungen als die Bezugnahmeklausel bleiben von § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II unberührt. Soweit der übernehmende Rechtsträger nicht tarifgebunden sein sollte, ist der Anwendungsbereich der Norm nicht eröffnet, so dass es bei der arbeitsvertraglichen Bezugnahmeregelung und der Anwendung des in Bezug genommenen Tarifwerks bleibt. Der Schutz des Arbeitnehmers vor dem Verlust tariflich umfassend ausgestalteter Arbeitsbedingungen - sei es auf normativer oder vertraglicher Ebene - ist damit im Fall des Übergangs des Arbeitsverhältnisses nach § 6c SGB II gewährleistet. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts bedarf es deshalb keiner verfassungskonformen Auslegung der Norm. Eine solche käme im Übrigen im Hinblick auf den klaren Willen des Gesetzgebers auch nicht in Betracht (vgl. BVerfG 6. Juni 2018 - 1 BvL 7/14 ua. - Rn. 73, BVerfGE 149, 126; 25. Januar 2011 - 1 BvR 1741/09 - Rn. 78, BVerfGE 128, 157).

41 III. Über die Hilfsanträge des Klägers kann der Senat nicht abschließend entscheiden. Dies führt insoweit zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht (§ 563 Abs. 1 ZPO).

42 1. Die Anträge zu 3. und 4. sind dem Senat zur Entscheidung angefallen, obwohl das Landesarbeitsgericht - folgerichtig - keine Entscheidung über sie getroffen hat. Wurde in der Vorinstanz schon einem Hauptantrag stattgegeben, gelangt mit der Revision auch ein Hilfsantrag automatisch in die Rechtsmittelinstanz, ohne dass es eines (vorsorglichen) Anschlussrechtsmittels bedürfte; dies gilt jedenfalls bei einem engen sachlichen und rechtlichen Zusammenhang der Anträge (BAG 15. Oktober 2013 - 9 AZR 855/12 - Rn. 22; 10. März 2009- 1 ABR 93/07 - Rn. 38, BAGE 130, 1). Hier ist ein solcher gegeben. Der Kläger macht auch mit den Hilfsanträgen Ansprüche im Zusammenhang mit dem gesetzlichen Übergang des Arbeitsverhältnisses nach § 6c Abs. 1 Satz 1 SGB II geltend.

43 2. Der Antrag zu 3. ist allerdings in bisheriger Form unzulässig.

34 a) Er ist nicht hinreichend bestimmt iSd. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO.

44 aa) Nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO muss die Klageschrift die bestimmte Angabe des Gegenstands und des Grundes des erhobenen Anspruchs sowie einen bestimmten Antrag enthalten. Die Klagepartei muss eindeutig festlegen, welche Entscheidung sie begehrt. Dazu hat sie den Streitgegenstand so genau zu bezeichnen, dass der Rahmen der gerichtlichen Entscheidungsbefugnis (§ 308 ZPO) keinem Zweifel unterliegt und die eigentliche Streitfrage mit Rechtskraftwirkung zwischen den Parteien entschieden werden kann (§ 322 ZPO). Sowohl bei einer der Klage stattgebenden als auch bei einer sie abweisenden Sachentscheidung muss zuverlässig feststellbar sein, worüber das Gericht entschieden hat. An die Bestimmtheit des Feststellungsantrags sind keine geringeren Anforderungen zu stellen als an die eines Leistungsantrags. Auch wenn das Bestehen oder der Umfang eines Rechtsverhältnisses oder eines Anspruchs zur gerichtlichen Entscheidung gestellt wird, muss zuverlässig erkennbar sein, worüber das Gericht eine Sachentscheidung treffen soll (BAG 25. Januar 2017 - 4 AZR 520/15 - Rn. 18 mwN).

46 bb) Diesen Anforderungen genügt der Antrag zu 3. nicht. Es wird nicht hinreichend deutlich, ob der Kläger Vergütungsdifferenzen zwischen zwei Entgeltgruppen des

TVöD/VKA oder zwischen der ihm gezahlten Vergütung und einer solchen nach einer Tätigkeitsgruppe des TV-BA als Schadensersatz geltend macht. Es wird darüber hinaus nicht deutlich, ob der Kläger einen festen monatlichen Betrag begehrt oder die Schadensersatzzahlungen abhängig von der tatsächlichen Arbeitsleistung, Urlaubs- und Krankheitszeiten und anderen Gegebenheiten sein sollen.

47 b) Ferner ist, soweit der Antrag in die Zukunft gerichtet ist, nicht ersichtlich, dass die Voraussetzungen der §§ 258, 259 ZPO vorlägen.

48 3. Die Unzulässigkeit des Antrags führt insoweit nicht zur Klageabwei- sung, sondern zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht. Dem Kläger, der bisher noch keinen gerichtlichen Hinweis zur Unzulässigkeit dieses Antrags erhalten hat, muss aus Gründen seines verfassungsrechtlichen Anspruchs auf rechtliches Gehör Gelegenheit zu einer Konkretisierung und zu ergänzendem Vorbringen gegeben werden (vgl. BAG 12. Dezember 2012- 4 AZR 327/11 - Rn. 39).

49 4. Im weiteren Verfahren wird das Landesarbeitsgericht, sollte der Antrag zu 3. den gesetzlichen Anforderungen genügen, und falls ein Schadensersatzanspruch überhaupt in Betracht kommen sollte, zu beachten haben, dass trotz Entgelteinbußen beim übernommenen Beschäftigten ggf. eine tarifrechtlich gleichwertige Tätigkeit iSd. § 6c Abs. 5 Satz 1 SGB II vorliegen kann (vgl. hierzu BAG 31. Januar 2019 - 8 AZR 410/13 - Rn. 92 f., BAGE 165, 278; 16. April 2015 - 6 AZR 142/14 - Rn. 45, BAGE 151, 263). Sollte der Antrag zu 3. abzuweisen sein und damit der Antrag zu 4. zur Entscheidung anfallen, wird dem Kläger auch diesbezüglich Gelegenheit zu geben sein, sein Begehren klarzustellen und einen den Anforderungen der §§ 253, 256 ZPO genügenden Antrag zu stellen (vgl. hierzu BAG 1. Juni 2017 - 6 AZR 741/15 - Rn. 14, BAGE 159, 214). Von weiteren Hinweisen sieht der Senat ab.

Zitiervorschlag:
BAG Urt. v. 11.12.2019 – 4 AZR 547/18, BeckRS 2019, 41564

BeckRS 2019, 41565

BAG (4. Senat), Urteil vom 11.12.2019 – 4 AZR 89/17

Titel:
Gesetzlicher Übergang auf Optionskommune - Bezugnahmeklausel auf Tarifverträge beim Eintritt in die übergehenden Arbeitsverhältnisse

Normenketten:
ZPO § 148, § 256, § 261 Abs. 3 Nr. 1
GG Art. 12 Abs. 1
TVG § 3 Abs. 1, § 4 Abs. 5
SGB II § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, § 6c Abs. 3
BGB § 613a Abs. 1
TVöD/VKA § 6 Abs. 1 S. 1 lit. b

Redaktionelle Leitsätze:
1. Teilweise Parallelentscheidung zu BAG, BeckRS 2019, 39962 (dort dokumentiert)
2. Die Entscheidung über die Aussetzung nach § 148 ZPO hat das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen zu treffen. Gegenüber dem vorrangigen Zweck einer Aussetzung - einander widersprechende

Entscheidungen zu verhindern - sind der Nachteil einer langen Verfahrensdauer und die daraus für die Parteien entstehenden Folgen abzuwägen. Das Risiko sich widersprechender Entscheidungen ist gering, wenn das Bundearbeitsgericht über die maßgebliche Rechtsfrage bereits entschieden hat. (Rn. 10)
3. Wurde in der Vorinstanz schon einem Hauptantrag stattgegeben, gelangt mit der Revision auch ein Hilfsantrag automatisch in die Rechtsmittelinstanz, ohne dass es eines (vorsorglichen) Anschlussrechtsmittels bedürfte; dies gilt jedenfalls bei einem engen sachlichen und rechtlichen Zusammenhang der Anträge. (Rn. 42)

Rechtsgebiet:

Arbeitsrecht

Schlagworte:

Gesetzlicher Übergang auf Optionskommune, Bezugnahmeklausel, Arbeitnehmer, Arbeitsvertrag, beiderseitiger Tarifgebundenheit, Arbeitsuchender, Betriebsvereinbarung, Eingruppierung, Grundsicherung, Entgeltgruppe, Tarifvertrag

vorgehend:

LAG Thüringen, Urteil vom 11.01.2017 - 6 Sa 258/15 (Rechtsmittel zugelassen)
ArbG Suhl, Urteil vom 04.06.2015 - 5 Ca 2025/14 (Rechtskraft: unbekannt)

Parallelentscheidungen:

BAG, Urteil vom 11.12.2019 - 4 AZR 197/17; BAG, Urteil vom 11.12.2019 - 4 AZR 88/17; BAG, Urteil vom 11.12.2019 - 4 AZR 1003/13; BAG, Urteil vom 11.12.2019 - 4 AZR 547/18; BAG, Urteil vom 11.12.2019 - 4 AZR 17/17; BAG, Urteil vom 11.12.2019 - 4 AZR 310/16

ECLI:

ECLI:DE:BAG:2019:111219.U.4AZR89.17.0

Rechtskraft:

rechtskräftig

KI-generierte Zusammenfassung:

Das Bundesarbeitsgericht entschied, dass auf das Arbeitsverhältnis der Klägerin, die von der Bundesagentur für Arbeit zu einem kommunalen Träger wechselte, ausschließlich die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes anwendbar sind und verdrängte damit die arbeitsvertraglich in Bezug genommenen Tarifverträge der Bundesagentur für Arbeit.
Das Gericht führte aus, dass die Revision des Beklagten begründet sei und das Landesarbeitsgericht zu Unrecht die Berufung zurückgewiesen habe. Die Klage sei hinsichtlich der Hauptanträge zu 1. und 2. teilweise unzulässig und im Übrigen unbegründet, was zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Klageabweisung führte. Bezüglich der Hilfsanträge zu 3. und 4. wurde die Sache an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen. Eine Aussetzung des Verfahrens nach § 148 ZPO sei nicht geboten, da das Interesse an einer Sachentscheidung überwiege und das Bundesarbeitsgericht bereits über die maßgebliche Rechtsfrage entschieden habe. Die Klage sei in Bezug auf den ersten Teil des Antrags zu 1. als Zwischenfeststellungsklage zulässig, jedoch sei der zweite Teil des Antrags zu 1. unzulässig, da die Klägerin bereits im Wege der Leistungsklage Entgeltdifferenzen geltend gemacht habe. Die Anträge zu 1.

und 2. seien, soweit zulässig, unbegründet, da die Tarifverträge der Bundesagentur für Arbeit aufgrund gesetzlicher Anordnung durch die Tarifverträge für den öffentlichen Dienst verdrängt werden. Dies folge aus § 6c Abs. 3 SGB II, der eine ausschließliche Anwendung der für den neuen Träger geltenden Tarifverträge vorschreibt, ohne dass es auf die Tarifgebundenheit des übergegangenen Arbeitnehmers ankommt. Die arbeitsvertraglich in Bezug genommenen Tarifverträge würden somit verdrängt und für die Anwendung des Günstigkeitsprinzips bleibe kein Raum.

Text1

BUNDESARBEITSGERICHT
4 AZR 89/17
6 Sa 258/15
Thüringer Landesarbeitsgericht
Verkündet am 11. Dezember 2019
Im Namen des Volkes!
URTEIL
In Sachen
Beklagter, Berufungsbeklagter, Berufungskläger und Revisionskläger,
pp.
Klägerin, Berufungsklägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,
hat der Vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 11. Dezember 2019 durch den Richter am Bundesarbeitsgericht Re. als Vorsitzenden, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht Dr. R. und K. sowie den ehrenamtlichen Richter H. und die ehrenamtliche Richterin H. für Recht erkannt:

Tenor:

1. Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des Thüringer Landesarbeitsgerichts vom 11. Januar 2017- 6 Sa 258/15 - aufgehoben, soweit es die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Suhl vom 4. Juni 2015 - 5 Ca 2025/14 - zurückgewiesen hat.
2. Auf die Berufung des Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Suhl vom 4. Juni 2015 - 5 Ca 2025/14 - abgeändert, soweit es den Anträgen zu 1. und 2. stattgegeben hat. Insoweit wird die Klage abgewiesen.
3. Hinsichtlich der Hilfsanträge zu 3. und 4. wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.
Von Rechts wegen!

Tatbestand:

1 Die Parteien streiten über die Anwendbarkeit eines Tarifwerks auf ihr Arbeitsverhältnis und daraus resultierende Entgeltdifferenzansprüche sowie hilfsweise über Schadensersatzansprüche und die zutreffende Eingruppierung der Klägerin.

2 Die Klägerin war seit dem 12. Februar 2007 bei der Bundesagentur für Arbeit als Sachbearbeiterin Leistungsgewährung im Bereich SGB II beschäftigt. Darüber

hinaus war ihr die Aufgabe „IT-Fachbetreuung - A2LL" übertragen. Nach § 2 ihres Arbeitsvertrags bestimmt sich ihr Arbeitsverhältnis nach dem Tarifvertrag für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der Bundesagentur für Arbeit (TV-BA) und den diesen ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträgen in der jeweils geltenden Fassung. Ferner finden nach der arbeitsvertraglichen Regelung die für die Bundesagentur für Arbeit jeweils geltenden sonstigen Tarifverträge auf das Arbeitsverhältnis Anwendung. Die Klägerin erhielt bis zum 31. Dezember 2011 ein Entgelt nach Tätigkeitsebene IV, Stufe 3 zuzüglich einer Funktionsstufe 1 TV-BA.

3 Der Beklagte, der Mitglied der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (VKA) ist, wurde mit Wirkung zum 1. Januar 2012 als kommunaler Träger der Grundsicherung für Arbeitsuchende zugelassen.

4 Seit dem 1. Januar 2012 wird die Klägerin bei dem Beklagten - mit Ausnahme der IT-Fachbetreuung, die ihr nicht mehr übertragen wurde - mit denselben Aufgaben, die sie bei der Bundesagentur für Arbeit ausgeübt hatte, beschäftigt und erhält eine Vergütung nach Entgeltgruppe 8 Stufe 3 TVöD/VKA, zunächst zuzüglich einer Ausgleichszahlung. Das Angebot zum Abschluss eines neuen Arbeitsvertrags nahm sie nicht an. Mit Schreiben vom 26. Juni 2012 begehrte die Klägerin von dem Beklagten eine Eingruppierung nach Entgeltgruppe 10 TVöD/VKA. Mit weiteren Schreiben vom 30. Mai 2014 und 16. Juni 2014 machte sie geltend, Anspruch auf Vergütung nach dem TV-BA zu haben.

5 Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, die Bezugnahmeklausel in § 2 des Arbeitsvertrags entfalte auch im Arbeitsverhältnis zu dem Beklagten Wirkung. § 6c SGB II sei verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass er einer Anwendung der arbeitsvertraglich in Bezug genommenen Tarifverträge nicht entgegenstehe. Sie habe daher Anspruch auf Zahlung der Differenz zwischen dem ihr nach dem TV-BA zustehenden und dem durch den Beklagten gezahlten Entgelt. Hilfsweise stehe ihr ein Schadensersatzanspruch wegen Verletzung des § 6c Abs. 5 SGB II zu. Der Beklagte habe ihren Anspruch auf Zuweisung einer „tarifrechtlich gleichwertigen Tätigkeit" verletzt.

6 Die Klägerin hat - soweit für die Revision von Bedeutung - beantragt,

1. festzustellen, dass auf das Arbeitsverhältnis der Parteien ab 1. Januar 2012 der Tarifvertrag für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der Bundesagentur für Arbeit (TV-BA) Anwendung findet und die Klägerin weiterhin auf der Grundlage der Tätigkeitsebene IV Entwicklungsstufe 4 mit einer Stufenlaufzeit beginnend ab 1. Mai 2014 und mit einer Funktionsstufe 1 gemäß § 20 TV-BA eingruppiert ist;

2. den Beklagten zu verurteilen, an die Klägerin 5.058,74 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 3.097,00 Euro seit dem 9. September 2014 und aus 1.961,74 Euro seit dem 7. Januar 2015 zu zahlen;

3. hilfsweise für den Fall, dass der Antrag auf Feststellung der Fortgeltung des TV-BA auf das Arbeitsverhältnis ab 1. Januar 2012 abgewiesen werden sollte, die beklagte Partei zu verurteilen, die Klägerin durch Zahlung von Schadensersatz in Höhe der Vergütungsdifferenz zwischen der Vergütung nach Entgeltgruppe 10 Stufe 3, ab Mai 2014 Stufe 4 gemäß Anlage 1 zum TVÜ-VKA und der gezahlten Vergütung ab Januar 2012 bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses so zu stellen, als sei sie in die Entgeltgruppe 10 mit jeweiliger Einstufung bei Beginn der Stufenlaufzeit für Stufe 4 ab Mai 2014 gemäß Anlage 1 zum TVÜ-VKA eingruppiert;

4. höchst hilfsweise für den Fall, dass der vorstehende

Schadensersatzfeststellungsantrag abgewiesen werden sollte, festzustellen, dass die Klägerin ab Januar 2012 in die Entgeltgruppe 10 Stufe 3 gemäß Anlage 1 zum TVÜ-VKA auf der Grundlage der Vergütungsgruppe IVa Fallgruppe 1a gemäß Anlage 1a zur allgemeinen Vergütungsordnung (VKA) BAT, hilfsweise Entgeltgruppe 9 Stufe 3 gemäß Anlage 1 zum TVÜ-VKA auf der Grundlage der Vergütungsgruppe Vb Fallgruppe 1a gemäß Anlage 1a zur allgemeinen Vergütungsordnung (VKA) BAT eingruppiert ist

7 Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Er hat gemeint, aufgrund der Regelung in § 6c Abs. 3 SGB II sei auf das Arbeitsverhältnis ausschließlich der TVöD/VKA anzuwenden. Sämtliche Vergütungsansprüche seien erfüllt.

8 Das Arbeitsgericht hat der Klage - soweit für die Revision von Interesse - hinsichtlich der Anträge zu 1. und 2. stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die hiergegen gerichtete Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Mit seiner vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision begehrt der Beklagte weiterhin Klageabweisung. In einem weiteren, derzeit vor dem Thüringer Landesarbeitsgericht anhängigen Rechtsstreit macht die Klägerin gegenüber der Bundesagentur für Arbeit den Fortbestand ihres Arbeitsverhältnisses mit dieser geltend.

Entscheidungsgründe:

9 Die zulässige Revision des Beklagten ist begründet. Das Landesarbeitsgericht hat zu Unrecht die Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Die Klage ist hinsichtlich der Hauptanträge zu 1. und 2. teilweise unzulässig, im Übrigen unbegründet. Dies führt zur Aufhebung des Berufungsurteils (§ 562 Abs. 1 ZPO), zur Abänderung des arbeitsgerichtlichen Urteils und zur Klageabweisung hinsichtlich der Anträge zu 1. und 2. (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 3 ZPO). Im Hinblick auf die Hilfsanträge zu 3. und 4. ist die Sache an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO).

I.

10 Der Senat war nicht verpflichtet, den Rechtsstreit wegen des von der Klägerin gegen die Bundesagentur für Arbeit vor dem Thüringer Landesarbeitsgericht geführten Verfahrens nach § 148 ZPO auszusetzen. Auch bei (teilweiser) Vorgreiflichkeit wäre eine Aussetzung nicht sachgerecht. Die Entscheidung über die Aussetzung hat das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen zu treffen (BAG 14. September 2016 - 4 AZR 10/14 - Rn. 35; 16. April 2015 - 6 AZR 142/14 - Rn. 14, BAGE 151, 263). Gegenüber dem vorrangigen Zweck einer Aussetzung - einander widersprechende Entscheidungen zu verhindern - sind der Nachteil einer langen Verfahrensdauer und die daraus für die Parteien entstehenden Folgen abzuwägen (BAG 20. September 2016 - 9 AZR 735/15 - Rn. 59; 2. März 2006 - 2 AZR 53/05 - Rn. 56). Danach überwiegt das Interesse an einer Sachentscheidung. Eine Aussetzung würde zu einer nicht hinnehmbaren Verzögerung des bereits seit 2014 anhängigen Rechtsstreits führen. Demgegenüber erscheint das Risiko sich widersprechender Entscheidungen als gering, da das Bundearbeitsgericht über die insoweit maßgebliche Frage, ob § 6c SGB II verfassungsgemäß ist, bereits entscheiden hat (BAG 31. Januar 2019- 8 AZR 410/13 - Rn. 50 ff., BAGE 165, 278).

II.

11 Die Klage ist hinsichtlich des Antrags zu 1. teilweise unzulässig, im Übrigen sind die Anträge zu 1. und 2. zulässig, aber unbegründet.

1 1. Der Klage steht nicht das von Amts wegen zu beachtende Prozesshindernis
2 anderweitiger Rechtshängigkeit (§ 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO) entgegen. Im Hinblick auf den durch die Klägerin gegen die Bundesagentur für Arbeit geführten Rechtsstreit fehlt es an der erforderlichen Parteiidentität (vgl. hierzu BAG 30. November 2016 - 10 AZR 644/15 - Rn. 17 mwN).

1 2. Der Antrag zu 1. - der zwei Feststellungsbegehren enthält - ist teilweise
3 unzulässig.

1 a) Mit dem ersten Teil des Antrags zu 1. begehrt die Klägerin die Feststellung, dass
4 der TV-BA auf das Arbeitsverhältnis Anwendung findet. Dieser Elementenfeststellungsantrag ist jedenfalls als Zwischenfeststellungsklage nach § 256 Abs. 2 ZPO zulässig (zu den Voraussetzungen BAG 25. April 2018 - 5 AZR 245/17 - Rn. 19; 21. Oktober 2015 - 4 AZR 663/14 - Rn. 17 mwN). Die Entscheidung über die Anwendbarkeit des TV-BA ist vorgreiflich, da Vergütungsansprüche nach dem TV-BA, auf die die Anträge zu 1. und 2. ausschließlich gestützt sind, nur bestehen können, wenn dieser Tarifvertrag auf das Arbeitsverhältnis Anwendung findet. Die Frage des anwendbaren Tarifvertrags kann darüber hinaus auch für andere denkbare Folgestreitigkeiten von Bedeutung sein.

1 b) Bei dem zweiten Teil des Antrags zu 1. handelt es sich nach gebotener
5 Auslegung um einen Eingruppierungsfeststellungsantrag. Die Klägerin begehrt der Sache nach die Feststellung der Verpflichtung des Beklagten, sie nach Tätigkeitsebene IV Stufe 4 zuzüglich einer Funktionsstufe 1 TV-BA zu vergüten. Für den so verstandenen Antrag besteht ein Feststellungsinteresse allerdings erst ab dem 1. Januar 2015, im Übrigen ist der Antrag unzulässig. Die Klägerin hat die Entgeltdifferenz für den vorhergehenden Zeitraum bereits im Wege der Leistungsklage geltend gemacht. Ein darüber hinausgehendes Feststellungsinteresse ist nicht ersichtlich (vgl. hierzu BAG 31. Januar 2018 - 4 AZR 104/17 - Rn. 11; 27. Januar 2011 - 6 AZR 526/09 - Rn. 12, BAGE 137, 80).

1 3. Die Anträge zu 1. und 2. sind, soweit sie zulässig sind, unbegründet.
6 Die Tarifverträge der Bundesagentur für Arbeit finden auf das Arbeitsverhältnis der Parteien keine Anwendung. Sie sind zwar arbeitsvertraglich in Bezug genommen, werden aber aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung durch die Tarifverträge für den öffentlichen Dienst in der für den Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände geltenden Fassung (TVöD/VKA), an die der Beklagte kraft Verbandsmitgliedschaft gebunden ist (§ 3 Abs. 1 TVG), verdrängt. Das folgt aus § 6c Abs. 3 Satz 3 iVm. Satz 2 SGB II. Dementsprechend kann die Klägerin weder die Feststellung der Verpflichtung des Beklagten zur Zahlung eines Entgelts nach dem TV-BA verlangen noch stehen ihr unter diesem Gesichtspunkt Differenzvergütungsansprüche für den Zeitraum Dezember 2013 bis Dezember 2014 nebst Zinsen zu.

1 a) Das Arbeitsverhältnis der Klägerin ist mit Wirkung zum 1. Januar 2012 auf den
7 Beklagten übergegangen. Zwischen den Parteien steht nicht im Streit, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen des - verfassungskonformen (BAG 31. Januar 2019 - 8 AZR 410/13 - Rn. 50 ff., BAGE 165, 278) - § 6c Abs. 1 Satz 1 SGB II für den gesetzlichen Übergang des Arbeitsverhältnisses zu diesem Zeitpunkt erfüllt waren. Die Klägerin war Arbeitnehmerin der Bundesagentur für Arbeit und hatte am Tag vor der Zulassung des Beklagten als weiterem kommunalen Träger seit mindestens 24 Monaten Aufgaben der Bundesagentur als Träger nach § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB II in dem Gebiet des kommunalen Trägers wahrgenommen.

18 b) Mit dem gesetzlichen Übergang ist der Beklagte nach Maßgabe von§ 6c Abs. 3 Satz 2 SGB II in alle Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis zwischen der Klägerin und der Bundesagentur für Arbeit eingetreten.

19 aa) Nach dieser Norm tritt der neue Träger im Falle des Übergangs nach Abs. 1 unbeschadet des Satzes 3 in die Rechte und Pflichten aus den Arbeitsverhältnissen ein, die im Zeitpunkt des Übertritts bestehen. Zu diesen Rechten und Pflichten gehören - neben allen anderen arbeitsvertraglichen Bestimmungen - auch diejenigen, die sich aus einer Bezugnahme auf Tarifverträge ergeben (vgl. zu § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB zB BAG 30. August 2017 - 4 AZR 95/14 - Rn. 43, BAGE 160, 87; 23. September 2009 - 4 AZR 331/08 - Rn. 14 ff., BAGE 132, 169).

20 bb) Deshalb ist auch die Bezugnahmeklausel in § 2 des Arbeitsvertrags Bestandteil des zwischen den Parteien bestehenden Arbeitsverhältnisses geworden. Diese verweist zeitdynamisch auf den TV-BA sowie die für die Bundesagentur für Arbeit geltenden sonstigen Tarifverträge, jeweils in der Fassung für das Tarifgebiet Ost. Eine Bezugnahme auf die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes, insbesondere auf den TVöD/VKA und den TVÜ-VKA, enthält die Klausel nicht. Bei diesen handelt es sich weder um die Tarifverträge der Bundesagentur für Arbeit ergänzende, ändernde oder ersetzende Tarifverträge noch um für die Bundesagentur für Arbeit jeweils geltende sonstige Tarifverträge (vgl. zu einer vergleichbaren Klausel BAG 16. Mai 2018 - 4 AZR 209/15 - Rn. 17 ff. mwN).

21 c) § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II ordnet darüber hinaus im Wege der gesetzlichen Geltungserstreckung an, dass auf die übergegangenen Arbeitsverhältnisse die Tarifverträge anzuwenden sind, die für den übernehmenden Rechtsträger gelten, ohne dass es auf die Tarifgebundenheit des übergegangenen Arbeitnehmers ankäme (im Ergebnis ebenso BAG 16. April 2015 - 6 AZR 142/14 - Rn. 17 f., BAGE 151, 263; vgl. zu einer weiteren Form der gesetzlichen Geltungserstreckung BAG 20. November 2018 - 10 AZR 121/18 - Rn. 51, BAGE 164, 201). Dies sind hier die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes in der für den Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände geltenden Fassung.

22 aa) Nach dem Wortlaut der Norm sind die „für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des neuen Trägers jeweils geltenden Tarifverträge" anzuwenden. Maßgeblich für die Anwendung tariflicher Regelungen aufgrund dieser Bestimmung ist also, ob für die anderen - nicht für die übergehenden - Arbeitsverhältnisse des aufnehmenden Rechtsträgers Tarifverträge gelten. Nach § 4 Abs. 1 TVG „gelten" die Rechtsnormen eines Tarifvertrags, die den Inhalt, den Abschluss oder die Beendigung von Arbeitsverhältnissen ordnen, unmittelbar und zwingend zwischen den beiderseits Tarifgebundenen (§ 3 Abs. 1 TVG; vgl. zum Begriff der „Geltung" auch BAG 16. Oktober 2019 - 4 AZR 66/18 - Rn. 25). Voraussetzung ist damit in jedem Fall eine Tarifgebundenheit des aufnehmenden Rechtsträgers. Liegt eine solche vor, müssen nach § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II die entsprechenden Tarifverträge von ihm auch für alle übergehenden Arbeitsverhältnisse angewendet werden (BT-Drs. 17/1555 S. 20), ohne dass auf die Tarifgebundenheit der übergehenden Arbeitnehmer abgestellt wird. Ist der übernehmende Rechtsträger hingegen nicht tarifgebunden, ist für die Anwendung des § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II schon nach dessen Wortlaut kein Raum. Auch für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des übernehmenden Rechtsträgers würden in einer solchen Konstellation keine Tarifverträge gelten.

23 bb) Im Streitfall findet danach, da der Beklagte Mitglied in der VKA ist, das

3 Tarifwerk des TVöD/VKA auf das Arbeitsverhältnis der Parteien kraft gesetzlicher Erstreckung Anwendung. Dies steht zwischen den Parteien nicht im Streit.

24 d) Eine Kollision zwischen den kraft gesetzlicher Erstreckung anwendbaren Tarifverträgen des öffentlichen Dienstes und den vertraglich in Bezug genommenen Tarifverträgen für die Bundesagentur für Arbeit folgt daraus im Arbeitsverhältnis der Klägerin aber nicht. Nach § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II sind vom Zeitpunkt des Übertritts an ausschließlich die für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des neuen Trägers jeweils geltenden Tarifverträge anzuwenden. Die arbeitsvertraglich in Bezug genommenen Tarifverträge werden verdrängt; für die Anwendung des Günstigkeitsprinzips bleibt kein Raum.

25 aa) Bei aufgrund arbeitsvertraglicher Bezugnahme anwendbaren Tarifnormen handelt es sich rechtlich um einzelvertragliche Abreden. Normativ geltende und kraft arbeitsvertraglicher Bezugnahmeklausel anwendbare Tarifnormen sind grundsätzlich streng voneinander zu unterscheiden (st. Rspr., vgl. zu § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB zB BAG 30. August 2017 - 4 AZR 95/14 - Rn. 43, BAGE 160, 87; 17. Juni 2015 - 4 AZR 95/14 (A) - Rn. 14 ff.; 23. September 2009 - 4 AZR 331/08 - Rn. 14 ff., BAGE 132, 169). Eine Kollision zwischen den kraft beiderseitiger Tarifgebundenheit für das Arbeitsverhältnis der Parteien normativ geltenden und den aufgrund arbeitsvertraglicher Bezugnahme anwendbaren Tarifvorschriften ist nach dem Günstigkeitsprinzip (§ 4 Abs. 3 TVG) zu lösen (st. Rspr., zB BAG 12. Dezember 2018 - 4 AZR 123/18 - Rn. 34, BAGE 164, 345). Dieses - im TVG nur unvollkommen geregelte - Günstigkeitsprinzip ist überdies Ausdruck eines umfassenden Grundsatzes, der unabhängig von der Art der Rechtsquelle und auch außerhalb des Tarifvertragsgesetzes Geltung beansprucht (BAG 16. September 1986 - GS 1/82 - zu C II 3 a der Gründe, BAGE 53, 42; 5. März 2013 - 1 AZR 417/12 - Rn. 55 [zum Verhältnis Betriebsvereinbarung - Arbeitsvertrag]).

26 bb) Die arbeitsvertraglich in Bezug genommenen Tarifnormen für die Bundesagentur für Arbeit finden auf das Arbeitsverhältnis der Parteien gleichwohl keine Anwendung. Sie werden aufgrund der Regelung in § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II, nach der vom Zeitpunkt des Übertritts an die für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des neuen Trägers jeweils geltenden Tarifverträge ausschließlich anzuwenden sind, kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung von denen des bei dem Beklagten geltenden Tarifwerks des TVöD/VKA vollständig verdrängt (offengelassen in BAG 31. Januar 2019 - 8 AZR 410/13 - Rn. 98, BAGE 165, 278; 16. März 2016 - 4 AZR 461/14 - Rn. 23; hiervon ausgehend wohl 17. März 2016 - 6 AZR 96/15 - Rn. 3, 19; 16. April 2015 - 6 AZR 142/14 - Rn. 17 f., BAGE 151, 263). Das ergibt die Auslegung der Vorschrift.

27 (1) Maßgebend für die Gesetzesauslegung ist der in der Norm zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers. Zu dessen Ermittlung sind der Wortlaut der Norm, die Systematik, Sinn und Zweck sowie die Gesetzesmaterialien und die Entstehungsgeschichte heranzuziehen. Unter diesen anerkannten Methoden hat keine unbedingten Vorrang. Welche Regelungskonzeption der Gesetzgeber mit dem von ihm gefundenen Wortlaut tatsächlich verfolgt, ergibt sich uU erst aus den anderen Auslegungsgesichtspunkten. Wird daraus der Wille des Gesetzgebers klar erkennbar, ist dieser zu achten (vgl. BVerfG 6. Juni 2018 - 1 BvL 7/14 ua. - Rn. 74 f., BVerfGE 149, 126; BAG 16. Oktober 2019 - 5 AZR 241/18 - Rn. 15 mwN).

2 (2) Bereits der Wortlaut des § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II spricht für eine solche

8 verdrängende Wirkung. Danach sind die beim übernehmenden Rechtsträger geltenden Tarifverträge „ausschließlich" anzuwenden. Der Begriff „ausschließlich" bedeutet - als Adverb verwendet - „nur, nichts anderes als" (Wahrig Deutsches Wörterbuch 9. Aufl.). So verstanden finden außer den für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des neuen Trägers jeweils geltenden Tarifverträgen keine weiteren Tarifverträge Anwendung. Dies spricht gegen die Annahme, dass arbeitsvertraglich in Bezug genommene Tarifverträge unberührt blieben. Allerdings lässt der Wortlaut des Satzes 3 für sich betrachtet auch die Deutung zu, dass lediglich mögliche Kollisionen auf tarifvertraglicher Ebene zugunsten der Tarifverträge des aufnehmenden Rechtsträgers gelöst werden sollten.

29 (3) Aus der Systematik der gesetzlichen Regelung wird die verdrängende Wirkung aber deutlich.

30 (a) § 6c Abs. 3 Satz 2 SGB II ordnet den Eintritt des übernehmenden Rechtsträgers in die Rechte und Pflichten aus den Arbeitsverhältnissen „unbeschadet" des nachfolgenden Satzes an. Das Wort „unbeschadet" drückt aus, dass neben Satz 2 weitere Rechtsnormen anwendbar sein sollen. Damit wird zwar nicht zum Ausdruck gebracht, dass die Regelung gegenüber einer anderen zurücktritt (vgl. Handbuch der Rechtsförmlichkeit Rn. 87, BAnz. Beilage Nr. 160a vom 22. Oktober 2008; Wolff JZ 2012, 31, 32). Die in § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II angeordnete Rechtsfolge soll aber durch den Eintritt des neuen Trägers in die Rechte und Pflichten aus den Arbeitsverhältnissen nicht beeinträchtigt werden. Anders formuliert reicht der Eintritt des neuen Trägers in die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis nur so weit, wie sich nicht aus 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II etwas anderes ergibt (vgl. zu diesem Verständnis von „unbeschadet" BVerwG 4. Juli 1986 - 4 C 31.84 - BVerwGE 74, 315).

31 (b) Insoweit unterscheidet sich § 6c Abs. 3 SGB II von der Regelungssystematik des § 613a Abs. 1 BGB. Diese Norm trennt streng zwischen arbeitsvertraglichen Rechten und Pflichten einerseits und kollektivrechtlichen Regelungen andererseits (sh. nur BAG 17. November 2010 - 4 AZR 391/09 - Rn. 23, BAGE 136, 184). Abgesehen davon ist die Regelung auch im Übrigen auf den Fall des gesetzlichen Übergangs eines Arbeitsverhältnisses von der Bundesagentur für Arbeit auf eine Optionskommune weder unmittelbar noch analog anwendbar (BAG 31. Januar 2019 - 8 AZR 410/13 - Rn. 69 ff., BAGE 165, 278).

32 (c) Im Übrigen ist zu beachten, dass das Regelungsmodell des § 6c Abs. 3 SGB II sowohl für den Fall gilt, dass ein kommunaler Rechtsträger nach Abs. 1 Aufgaben der Bundesagentur für Arbeit übernimmt als auch bei der Beendigung einer solchen kommunalen Trägerschaft nach Abs. 2. In beiden Situationen erfolgt der Übergang des Personals nach denselben Bestimmungen und mit denselben Rechtswirkungen.

33 (4) Sinn und Zweck von § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II stützen dieses Auslegungsergebnis. Die Gesetzesmaterialien enthalten zwar keine ausdrücklichen Erwägungen zum Zweck der Norm. Die Anordnung der ausschließlichen Anwendbarkeit der für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des neuen Trägers jeweils geltenden Tarifverträge dient jedoch erkennbar der Anpassung der Arbeitsbedingungen an die Organisationsstrukturen bei dem jeweils übernehmenden Rechtsträger.

34 (a) Der Gesetzgeber durfte davon ausgehen, dass im Wesentlichen alle mit der Bundesagentur für Arbeit geschlossenen Arbeitsverträge eine Bezugnahmeklausel auf deren Haustarifverträge enthalten. Das Tarifwerk der Bundesagentur für Arbeit

ist zwar eng an dasjenige des öffentlichen Dienstes angelehnt, trägt jedoch gleichzeitig deren Besonderheiten, vor allem den unterschiedlichen Organisationsstrukturen und den speziellen bei der Bundesagentur auszuübenden Tätigkeiten Rechnung. So ist insbesondere die Eingruppierung im TV-BA grundlegend abweichend von derjenigen im TVöD/VKA geregelt. Nach § 14 Abs. 1 TV-BA werden alle in der Bundesagentur für Arbeit auszuübenden Tätigkeiten von dieser in Fach- und Organisationskonzepten beschrieben und von den Tarifvertragsparteien Tätigkeits- und Kompetenzprofilen (TuK) zugeordnet. Die in den TuK festgelegten Anforderungen sind Grundlage für deren Zuordnung durch die Tarifvertragsparteien zu einer der acht Tätigkeitsebenen. Die Beschäftigten sind in der Tätigkeitsebene eingruppiert, der die ihnen nicht nur vorübergehend übertragene Tätigkeit zugeordnet ist. Die Zuordnung der Tätigkeiten zu TuK und der TuK zu Tätigkeitsebenen ist in den von den Tarifvertragsparteien vereinbarten Zuordnungstabellen festgelegt. Dieses speziell auf die bei der Bundesagentur für Arbeit auszuübenden Tätigkeiten und von dieser festgelegten Fach- und Organisationskonzepte abgestimmte Vergütungssystem ist nicht ohne praktische Schwierigkeiten auf eine andere Organisationsstruktur übertragbar, zumal die Bundesagentur für Arbeit mangels Organisationshoheit schon für die gemeinsamen Einrichtungen mit den Kommunen keine Fach- und Organisationskonzepte erstellen kann (vgl. im Einzelnen BAG 12. Dezember 2018 - 4 AZR 147/17 - Rn. 27 f., BAGE 164, 326). Das kann im Einzelfall zu Regelungslücken führen, deren Schließung nicht oder nur schwierig möglich ist.

35 (b) Das der gesetzlichen Vorschrift zugrunde liegende Anpassungsinteresse wird auch mit Blick auf den in § 6c Abs. 2 SGB II geregelten umgekehrten Fall des Endes der Trägerschaft deutlich. Danach treten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des kommunalen Trägers, die am Tag vor der Beendigung der Trägerschaft Aufgaben anstelle der Bundesagentur als Träger nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB II durchgeführt haben, zum Zeitpunkt der Beendigung der Trägerschaft kraft Gesetzes (wieder) in den Dienst der Bundesagentur über. Die Vorschriften des § 6c Abs. 3 Satz 2 und Satz 3 SGB II finden auf diesen Fall ebenfalls Anwendung. Auch hier konnte der Gesetzgeber annehmen, dass mit den Optionskommunen geschlossene Arbeitsverträge im Regelfall eine Bezugnahmeklausel auf das Tarifwerk des öffentlichen Dienstes für den Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände enthalten. Nach dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers sollen auch in diesem Fall die Tarifverträge des übernehmenden Rechtsträgers - hier also der Bundesagentur für Arbeit - aus Gründen der Anpassung an die besonderen Organisationsstrukturen ausschließlich Anwendung finden.

36 (c) Dass der Gesetzgeber mit der Anordnung einer ausschließlichen Anwendung der für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des neuen Trägers jeweils geltenden Tarifverträge lediglich den Fall einer Tarifkollision auf der kollektivrechtlichen Ebene regeln wollte, scheidet mangels relevanten Regelungsbedürfnisses aus.

37 (aa) Galt in einem Arbeitsverhältnis vor dem gesetzlichen Übergang aufgrund beiderseitiger Tarifgebundenheit der TV-BA, entfällt dessen unmittelbare und zwingende Wirkung mit dem Übertritt (§ 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 TVG), weil die Optionskommune nicht an diesen gebunden ist. Eine Nachbindung iSv. § 3 Abs. 3 TVG tritt ebenso wenig ein, weil die Dienststellen der Optionskommune nicht in den Geltungsbereich des bei dem vormaligen Arbeitgeber geltenden Haustarifvertrags

fallen (vgl. zum Herauswachsen aus dem Geltungsbereich eines Tarifvertrags BAG 10. Dezember 1997 - 4 AZR 247/96 - zu 2 a bb der Gründe, BAGE 87, 257; zur Rechtslage bei einem Betriebsübergang vor Einführung von § 613a Abs. 1 Sätze 2 bis 4 BGB sh. BAG 13. Mai 1981 - 4 AZR 1076/78 - BAGE 35, 239; 26. September 1979 - 4 AZR 819/77 - BAGE 32, 113) . Auch eine Nachwirkung vor dem gesetzlichen Übergang des Arbeitsverhältnisses unmittelbar und zwingend geltender Tarifverträge kommt im Regelfall nicht in Betracht. Ist nämlich die Optionskommune - wie in den meisten Fällen - an den TVöD/VKA gebunden, handelt es sich bei diesem, weil er ua. - ebenso wie der TV-BA - mit der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft - ver.di abgeschlossen worden ist, um eine andere Abmachung iSv. § 4 Abs. 5 TVG. Zwar entfällt die Nachwirkung des abgelaufenen Tarifvertrags nur insoweit, wie die andere Abmachung denselben Regelungsbereich erfasst, also die andere tarifliche Abmachung die in den nachwirkenden Rechtsnormen behandelten Gegenstände betrifft (BAG 3. Juli 2013 - 4 AZR 138/12 - Rn. 32, 41; 21. Oktober 2009 - 4 AZR 477/08 - Rn. 23). Im Grundsatz ist aber davon auszugehen, dass die Tarifvertragsparteien des TVöD/VKA die Tätigkeit eines jeden Beschäftigten des öffentlichen Dienstes erfassen (vgl. zum BAT BAG 18. März 2015 - 4 AZR 702/12 - Rn. 18 mwN) und die betroffenen Arbeitsverhältnisse vollständig und umfassend regeln wollten (vgl. auch BAG 23. Januar 2019 - 4 AZR 445/17 - Rn. 33, BAGE 165, 100). Für nachwirkende Tarifbestimmungen aus dem Tarifwerk für die Bundesagentur für Arbeit bliebe deshalb in dieser Konstellation regelmäßig kein Raum.

38 (bb) Nur für den Fall, dass ein Arbeitnehmer vor dem gesetzlichen Übergang seines Arbeitsverhältnisses aus der Gewerkschaft austritt, könnte auf der kollektivrechtlichen Ebene ein Regelungsbedürfnis bestehen (vgl. zum Fall des Herauswachsens aus dem Geltungsbereich des Tarifvertrags bei gleichzeitigem Verbandsaustritt BAG 10. Dezember 1997 - 4 AZR 247/96 - zu 2 a bb der Gründe mwN, BAGE 87, 257). Bei analoger Anwendung von § 4 Abs. 5 TVG bliebe die Nachwirkung des zuvor unmittelbar und zwingend geltenden Tarifvertrags bestehen, wenn sie nicht durch die Anordnung der ausschließlichen Anwendung der für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des neuen Trägers jeweils geltenden Tarifverträge verdrängt würde. Dafür, dass der Gesetzgeber aber gerade diesen Ausnahmefall vor Augen hatte und nur für diesen eine eigene gesetzliche Regelung schaffen wollte, ohne den wesentlich näher liegenden Fall der vertraglichen Bezugnahme auf die Tarifverträge der Bundesagentur für Arbeit zu regeln, bestehen keine Anhaltspunkte.

39 (5) Weder aus der Gesetzeshistorie noch aus anderen Umständen lassen sich Anhaltspunkte für ein abweichendes Verständnis der Norm entnehmen. Die mit diesem Inhalt seit dem 11. August 2010 geltende Norm ist - mit Ausnahme einiger sprachlicher Anpassungen - unverändert geblieben.

40 e) Das dargelegte Normverständnis begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Allerdings greift die gesetzliche Regelung in das Grundrecht der Klägerin aus Art. 12 Abs. 1 GG, einen Arbeitsvertrag frei zu schließen und daher auch dessen Inhalt aushandeln zu können (vgl. BVerfG 14. November 2018 - 1 BvR 1278/16 - Rn. 6 mwN), hinsichtlich in Bezug genommener Tarifnormen ein, weil sie deren Rechtswirkung verdrängt und es dadurch im Einzelfall auch zu einer Verlängerung der Arbeitszeit oder Verringerung der Vergütung kommen kann. Dieser Eingriff ist jedoch, insbesondere mit Blick auf die für den Regelfall gesetzlich

angeordnete Anwendbarkeit eines anderen Tarifwerks des öffentlichen Dienstes und die Besitzstandsregelung in § 6c Abs. 5 SGB II, verfassungsrechtlich gerechtfertigt und verhältnismäßig, dh. geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne (BAG 31. Januar 2019 - 8 AZR 410/13 - Rn. 78 ff., 97 ff., BAGE 165, 278; vgl. auch BVerwG 20. September 2018 - 2 C 12.18 - Rn. 52). Andere arbeitsvertragliche Vereinbarungen als die Bezugnahmeklausel bleiben von § 6c Abs. 3 Satz 3 SGB II unberührt. Soweit der übernehmende Rechtsträger nicht tarifgebunden sein sollte, ist der Anwendungsbereich der Norm nicht eröffnet, so dass es bei der arbeitsvertraglichen Bezugnahmeregelung und der Anwendung des in Bezug genommenen Tarifwerks bleibt. Der Schutz des Arbeitnehmers vor dem Verlust tariflich umfassend ausgestalteter Arbeitsbedingungen - sei es auf normativer oder vertraglicher Ebene - ist damit im Fall des Übergangs des Arbeitsverhältnisses nach § 6c SGB II gewährleistet. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts bedarf es deshalb keiner verfassungskonformen Auslegung der Norm. Eine solche käme im Übrigen im Hinblick auf den klaren Willen des Gesetzgebers auch nicht in Betracht (vgl. BVerfG 6. Juni 2018 - 1 BvL 7/14 ua. - Rn. 73, BVerfGE 149, 126; 25. Januar 2011 - 1 BvR 1741/09 - Rn. 78, BVerfGE 128, 157).

41 III. Über die Hilfsanträge der Klägerin kann der Senat nicht abschließend entscheiden. Dies führt insoweit zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht (§ 563 Abs. 1 ZPO).

42 1. Die Anträge zu 3. und 4. sind dem Senat zur Entscheidung angefallen, obwohl das Landesarbeitsgericht - folgerichtig - keine Entscheidung über sie getroffen hat. Wurde in der Vorinstanz schon einem Hauptantrag stattgegeben, gelangt mit der Revision auch ein Hilfsantrag automatisch in die Rechtsmittelinstanz, ohne dass es eines (vorsorglichen) Anschlussrechtsmittels bedürfte; dies gilt jedenfalls bei einem engen sachlichen und rechtlichen Zusammenhang der Anträge (BAG 15. Oktober 2013 - 9 AZR 855/12 - Rn. 22; 10. März 2009- 1 ABR 93/07 - Rn. 38, BAGE 130, 1). Hier ist ein solcher gegeben. Die Klägerin macht auch mit den Hilfsanträgen Ansprüche im Zusammenhang mit dem gesetzlichen Übergang des Arbeitsverhältnisses nach § 6c Abs. 1 Satz 1 SGB II geltend.

43 2. Der Antrag zu 3. ist allerdings in bisheriger Form unzulässig.

34 a) Er ist nicht hinreichend bestimmt iSd. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO.

44 aa) Nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO muss die Klageschrift die bestimmte Angabe des Gegenstands und des Grundes des erhobenen Anspruchs sowie einen bestimmten Antrag enthalten. Die Klagepartei muss eindeutig festlegen, welche Entscheidung sie begehrt. Dazu hat sie den Streitgegenstand so genau zu bezeichnen, dass der Rahmen der gerichtlichen Entscheidungsbefugnis (§ 308 ZPO) keinem Zweifel unterliegt und die eigentliche Streitfrage mit Rechtskraftwirkung zwischen den Parteien entschieden werden kann (§ 322 ZPO). Sowohl bei einer der Klage stattgebenden als auch bei einer sie abweisenden Sachentscheidung muss zuverlässig feststellbar sein, worüber das Gericht entschieden hat. An die Bestimmtheit des Feststellungsantrags sind keine geringeren Anforderungen zu stellen als an die eines Leistungsantrags. Auch wenn das Bestehen oder der Umfang eines Rechtsverhältnisses oder eines Anspruchs zur gerichtlichen Entscheidung gestellt wird, muss zuverlässig erkennbar sein, worüber das Gericht eine Sachentscheidung treffen soll (BAG 25. Januar 2017 - 4 AZR 520/15 - Rn. 18 mwN).

46 bb) Diesen Anforderungen genügt der Antrag zu 3. nicht. Es wird nicht hinreichend deutlich, ob die Klägerin einen festen monatlichen Betrag begehrt oder die Schadensersatzzahlungen abhängig von der tatsächlichen Arbeitsleistung, Urlaubs- und Krankheitszeiten und anderen Gegebenheiten sein sollen.

47 b) Ferner ist, soweit der Antrag in die Zukunft gerichtet ist, nicht ersichtlich, dass die Voraussetzungen der §§ 258, 259 ZPO vorlägen.

48 3. Die Unzulässigkeit des Antrags führt insoweit nicht zur Klageabweisung, sondern zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht. Der Klägerin, die bisher noch keinen gerichtlichen Hinweis zur Unzulässigkeit dieses Antrags erhalten hat, muss aus Gründen ihres verfassungsrechtlichen Anspruchs auf rechtliches Gehör Gelegenheit zu einer Konkretisierung und zu ergänzendem Vorbringen gegeben werden (vgl. BAG 12. Dezember 2012- 4 AZR 327/11 - Rn. 39).

49 4. Im weiteren Verfahren wird das Landesarbeitsgericht, sollte der Antrag zu 3. den gesetzlichen Anforderungen genügen, zunächst anhand des dann ersichtlichen Begehrens die Zulässigkeit der Klageänderung nach § 533 ZPO zu beurteilen haben. Bei einer möglichen Sachentscheidung wird das Landesarbeitsgericht, falls ein Schadensersatzanspruch überhaupt in Betracht kommen sollte, zu beachten haben, dass trotz Entgelteinbußen beim übernommenen Beschäftigten ggf. eine tarifrechtlich gleichwertige Tätigkeit iSd. § 6c Abs. 5 Satz 1 SGB II vorliegen kann (vgl. hierzu BAG 31. Januar 2019 - 8 AZR 410/13 - Rn. 92 f., BAGE 165, 278; 16. April 2015 - 6 AZR 142/14 - Rn. 45, BAGE 151, 263). Sollte der Antrag zu 3. abzuweisen sein und damit der Antrag zu 4. zur Entscheidung anfallen, wird der Klägerin auch diesbezüglich Gelegenheit zu geben sein, ihr Begehren klarzustellen und einen den Anforderungen der §§ 253, 256 ZPO genügenden Antrag zu stellen (vgl. hierzu BAG 1. Juni 2017 - 6 AZR 741/15 - Rn. 14, BAGE 159, 214). Von weiteren Hinweisen sieht der Senat ab.

Zitiervorschlag:
BAG Urt. v. 11.12.2019 – 4 AZR 89/17, BeckRS 2019, 41565

BeckRS 2019, 33112

BayVerfGH, Entscheidung vom 03.12.2019 - Vf. 6-VIII-17, Vf. 7-VIII-17

Titel:
Verfassungsrechtliche Prüfung des Bayerischen Integrationsgesetzes

Normenketten:
BayIntG Art. 1 S. 2, Art. 3 Abs. 4 S. 2, Art. 4 Abs. 4 S. 2, Art. 6, Art. 11 S. 2,Art. 13, Art. 14 Abs. 2
GG Art. 5 Abs. 1, Art. 19 Abs. 1 S. 2, Art. 31, Art. 70 ff.
BV Art. 3 Abs. 1 S. 1, Art. 75 Abs. 3, Art. 110 Abs. 1 S. 1, Art. 111a, Art. 117, Art. 126 Abs. 1 S. 1, Art. 130 Abs. 1, Art. 166 Abs. 3
VfGHG Art. 49

Amtliche Leitsätze:

1. Ein Änderungsgesetz wird mit dem Wirksam werden der darin enthaltenen Änderungsbefehle gegenstandslos, sodass die dadurch vollzogenen Rechtsänderungen von einer späteren Aufhebung des Änderungsgesetzes unberührt bleiben. (Rn. 91 – 93)
2. Die Integration von Ausländern ist eine staatliche Querschnittsaufgabe, die von Bund und Ländern nach Maßgabe der grundgesetzlichen Kompetenzverteilung gemeinsam zu erfüllen ist.

(Rn. 101)
a) Die integrationsbezogenen Regelungen im Aufenthaltsgesetz des Bundes stehen dem Erlass des auf eine „Integrationspflicht" von Ausländern verweisenden Bayerischen Integrationsgesetzes nicht entgegen. (Rn. 102)
b) Das Gebot der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung verpflichtet die Länder nicht, bei ihrer Gesetzgebungstätigkeit nur solche konzeptionellen Ansätze zu verfolgen, die denen des Bundesgesetzgebers entsprechen. (Rn. 104)
c) Da das Strafgesetzbuch den Schutz der verfassungsmäßigen Ordnung ab-schließend regelt, darf der Landesgesetzgeber in diesem Bereich keine er-gänzenden Bußgeldvorschriften erlassen, wie sie in Art. 14 Abs. 2 BayIntG enthalten sind. (Rn. 111 und 114)
3. Die in der Präambel zum Bayerischen Integrationsgesetz enthaltene Definition des Begriffs „Leitkultur" ist mangels eigenständigen Regelungsgehalts nicht für sich genommen an den Vorgaben der Bayerischen Verfassung zu messen. (Rn. 135 – 139)
4. Die staatliche Förderung von an der „Leitkultur" ausgerichteten Bildungsangeboten (Art. 3 Abs. 4 Satz 2 BayIntG) verstößt weder gegen das Bestimmtheitsgebot noch gegen die Gemeinwohl- und Neutralitätsverpflichtung des Staates. (Rn. 149 – 151)
5. Es ist mit der Bayerischen Verfassung vereinbar, die in Verwaltungsverfahren anfallenden Dolmetscher- und Übersetzerkosten Personen aufzuerlegen, die sich bereits mehrere Jahre in Deutschland aufgehalten haben, und in Fällen fehlerhafter Übersetzung die Staatshaftung auszuschließen (Art. 4 Abs. 4 BayIntG). (Rn. 156 – 163)
6. Die gesetzliche Festlegung von Bildungsinhalten für Kindertageseinrichtungen (Art. 6 BayIntG) greift in das Erziehungsrecht der Eltern nach Art. 126 Abs. 1 Satz 1 BV ein, lässt sich aber durch den auch den vorschulischen Bereich erfas-senden staatlichen Bildungsauftrag aus Art. 130 Abs. 1 BV rechtfertigen. (Rn. 175)
7. Die den öffentlichen Rundfunkanstalten und den privaten Rundfunkanbietern auferlegte Verpflichtung, eine bestimmte „Leitkultur" zu vermitteln (Art. 11 Satz 2 BayIntG), verstößt gegen die in Art. 111 a Abs. 1 Satz 1 BV geschützte Programmfreiheit. (Rn. 190 – 192)
8. Die auf einen Gesinnungswandel abzielende Pflicht zur Teilnahme an einem Grundkurs über die Werte der freiheitlichen demokratischen Grundordnung (Art. 13 BayIntG) greift in unverhältnismäßiger Weise in die Freiheit der Meinungsbildung und Meinungsäußerung nach Art. 110 Abs. 1 Satz 1 BV ein. (Rn. 196 – 200 und 215 – 228)

Rechtsgebiete:

Sonstiges besonderes Verwaltungsrecht, Verwaltungsverfahren und -prozess, Staats- und Verfassungsrecht, Ausländer- und Asylrecht

Schlagworte:

Integration, Integrationspflicht, Migration, "Leitkultur", Gesetzgebungskompetenz, Änderungsgesetz als Streitgegenstand,

Neutralitätspflicht des Staates, Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung, Bestimmtheitsgebot, Übersetzerkosten, Elternrecht

Fundstellen:

BayVBl 2020, 226
DÖV 2020, 286 (Ls.)
InfAuslR 2020, 64
LSK 2019, 33112
NVwZ 2020, 381 (Ls.)
NVwZ-RR 2020, 273
ZAR 2020, 36 (m. Anm. Benedikt Leven, Sören Strahl)

ECLI:

ECLI:DE:BAYVERF:2019:1203.VF.6VIII.17VF.7VI.0A

Rechtskraft:

rechtskräftig

Text1

IM NAMEN DES FREISTAATES BAYERN
DER BAYERISCHE VERFASSUNGSGERICHTSHOF
erlässt in den Verfahren
über die Meinungsverschiedenheiten
I.Vf. 6-VIII-17
zwischen der Antragstellerin
xxx Landtagsfraktion,
vertreten durch den Fraktionsvorsitzenden xxx
xxx
Bevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. M. B. in M.,
und
den Antragsgegnerinnen
1. xxx-Fraktion im Bayerischen Landtag,
vertreten durch den Fraktionsvorsitzenden xxx
xxx
Bevollmächtigter: xxx
xxx-Fraktion im Bayerischen Landtag,
xxx
2.Bayerische Staatsregierung,
vertreten durch den Bayerischen Ministerpräsidenten xxx
xxx
Bevollmächtigter: Prof. Dr. M. B. in M.,
über die Frage, ob Art. 1 Satz 2 Halbsatz 2, Art. 4 Abs. 4, Art. 6 Satz 1, Art. 11 Satz 2, Art. 13 Abs. 1 und 2 und Art. 14 Abs. 1 des Bayerischen Integrationsgesetzes (BayIntG) vom 13. Dezember 2016 (GVBl S. 335, BayRS 26-6-A) die Bayerische Verfassung verletzen,
II. Vf. 7-VIII-17
zwischen der Antragstellerin
Fraktion Bündnis xx/xxx im Bayerischen Landtag,
vertreten durch die Vorsitzenden xxxx
Bevollmächtigter: Prof. Dr. A. F. in E.,

und den Antragsgegnerinnen
1. xxx-Fraktion im Bayerischen Landtag, vertreten durch den Fraktionsvorsitzenden xxx, xxx, 81627 München,
Bevollmächtigter: xxx,
xxx-Fraktion im Bayerischen Landtag, xxx,
2. xxx, vertreten durch den Bayerischen Ministerpräsidenten xxx, xxx, xxx,
Bevollmächtigter: Prof. Dr. M. B. in M.,
über die Frage, ob die Präambel, Art. 1 bis 11, 13, 14, 17 a Abs. 1 Nr. 5 und Abs. 5 bis 12 des Bayerischen Integrationsgesetzes (BayIntG) vom 13. Dezember 2016 (GVBl S. 335, BayRS 26-6-A) die Bayerische Verfassung verletzen,
durch die Richterinnen und Richter K1., R., Dr. K2., Dr. Z1., Dr. W., P., Dr. N., Dr. Z2., L.
aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 29. Oktober 2019 in der öffentlichen Sitzung vom 3. Dezember 2019
folgende Entscheidung:

Tenor:

1. Art. 11 des Bayerischen Integrationsgesetzes (BayIntG) vom 13. Dezember 2016 (GVBl S. 335, BayRS 26-6-A) verstößt gegen Art. 111 a BV (Freiheit des Rundfunks) sowie gegen Art. 110 BV (Recht der freien Meinungsäußerung) und ist nichtig. Davon ausgenommen ist die in Art. 11 Satz 2 BayIntG normierte Verpflichtung, in den Angeboten des Rundfunks einen Beitrag zur Vermittlung der deutschen Sprache zu leisten.
2. Art. 13 BayIntG verstößt gegen Art. 110 BV (Recht der freien Meinungsäußerung) und ist nichtig.
3. Art. 14 Abs. 2 BayIntG verstößt gegen Art. 3 Abs. 1 Satz 1 BV (Rechtsstaatsprinzip) und ist nichtig.
4. Die Nichtigkeit der Art. 13 und 14 Abs. 2 BayIntG erfasst auch Art. 12 Abs. 3 BayIntG
5. Im Übrigen werden die Anträge abgewiesen.
6. Der Antragstellerin im Verfahren Vf. 6-VIII-17 ist die Hälfte, der Antragstellerin im Verfahren Vf. 7-VIII-17 ein Viertel der ihnen durch das jeweilige Verfahren entstandenen notwendigen Auslagen aus der Staatskasse zu erstatten.

Gründe:

I.

1 Die zur gemeinsamen Entscheidung verbundenen Meinungsverschiedenheiten betreffen die Frage, ob das Bayerische Integrationsgesetz (BayIntG) vom 13. Dezember 2016 (GVBl S. 335, BayRS 26-6-A) mit seiner Präambel und mit bestimmten Vorschriften gegen die Bayerische Verfassung verstößt.

2 1. Das Gesetz beruht auf einem Entwurf der Bayerischen Staatsregierung, der am 10. Mai 2016 im Bayerischen Landtag eingebracht wurde (LT-Drs. 17/11362). Die erste Lesung dieses Entwurfs und eines von der Antragstellerin zu II eingebrachten Entwurfs fand am 1. Juni 2016 statt. Nach einer umfassenden Beratung dieser Gesetzentwürfe sowie eines weiteren Entwurfs der Fraktion Freie Wähler in den Ausschüssen und einer Expertenanhörung wurde der Entwurf der Staatsregierung mit einigen Änderungen (vgl. LT-Drs. 17/13604, 17/14511) in zweiter und dritter Lesung am 8./9. Dezember 2016 in namentlicher Abstimmung mit den Stimmen der CSU-Fraktion im Bayerischen Landtag gegen die Stimmen der übrigen

Landtagsfraktionen angenommen (Plenarprotokoll 17/89 S. 7641 ff.). Abgeordnete der Antragstellerinnen trugen bei den Beratungen im Landtagsplenum und in den Ausschüssen vor, dass eine Reihe von Bestimmungen des Gesetzes mit der Bayerischen Verfassung unvereinbar sei. Das Gesetz wurde am 13. Dezember 2016 vom Bayerischen Ministerpräsidenten ausgefertigt und am 19. Dezember 2016 im Bayerischen Gesetz- und Verordnungsblatt Nr.19/2016 auf den Seiten 335 bis 344 bekannt gemacht.

3 2. Das Bayerische Integrationsgesetz hat in seiner ursprünglichen Fassung auszugsweise folgenden Wortlaut:

Präambel

Bayern ist Teil der deutschen Nation mit gemeinsamer Sprache und Kultur. 2Es ist tief eingewurzelt in Werte und Traditionen des gemeinsamen christlichen Abendlandes und weiß zugleich um den jüdischen Beitrag zu seiner Identität. 3Die Würde des Menschen, die Freiheit der Person, die Gleichheit und Gleichberechtigung aller Menschen, das Recht jedes Einzelnen auf ein selbstbestimmtes, aber auch selbstverantwortliches Leben und die Unterscheidung von Staat und Religion sind als Frucht der Aufklärung tragende Grundlage unserer Rechts- und Gesellschaftsordnung. 4Die nationalsozialistische Willkürherrschaft, die Verbrechen des Dritten Reichs und die Schrecken des Zweiten Weltkrieges haben gelehrt, dass allein eine grundrechtlich ausgerichtete Herrschaft des Rechts vor Terror, Diktatur und Spaltung bewahrt und Voraussetzung für Frieden und Freiheit ist. 5Jeder Einzelne ist daher zur Wahrung des Rechts und zur Loyalität gegenüber Volk und Verfassung, Staat und Gesetzen verpflichtet. 6Die demokratische Verfasstheit des Gemeinwesens bindet umgekehrt alle Staatsgewalt an die Stimme des Volkes. 7Die Solidarität mit den Schwächeren und Hilfsbedürftigen ist Gebot der Gemeinschaft wie jedes Einzelnen, setzt aber zugleich voraus, dass in erster Linie jeder zunächst selbst verpflichtet ist, Verantwortung für sich und die Seinen zu übernehmen und sein Möglichstes dazu beizutragen. 8Die Gemeinschaft kann nur leisten, was gemeinsam von allen erwirtschaftet wird, und darf daher von jedem seinen Beitrag erwarten. 9Ganz Bayern ist geformt von gewachsenem Brauchtum, von Sitten und Traditionen. 10Die freiheitliche Lebensweise in einer offenen und pluralen Gesellschaft erfordert gleichermaßen gegenseitige Toleranz und Achtung der kulturellen Prägung unseres Landes. 11In den zurückliegenden Jahrzehnten ist es so zur neuen Heimat für Viele geworden, die sich hier eingebracht und eingelebt haben. 12Das lange geschichtliche Ringen unserer Nation und unseres ganzen Kontinents um Einheit, Recht, Frieden und Freiheit verpflichtet auf das errungene ge-samteuropäische Erbe und das Ziel eines gemeinsamen europäischen Weges. 13Dieser identitätsbildende Grundkonsens wird täglich in unserem Land gelebt und bildet die kulturelle Grundordnung der Gesellschaft (Leitkultur). 14Diese zu wahren, den gesellschaftlichen Zusammenhalt zu sichern und Migrantinnen und Migranten zu einem Leben in unserer Gesellschaft zu befähigen, ist Zweck dieses Gesetzes.

Art. 1

Integrationsziele

1Bayern bekennt sich zu seiner Verantwortung gegenüber allen, die aus anderen Staaten kommen und hier nach Maßgabe der Gesetze Aufnahme gefunden haben oder Schutz vor Krieg und Verfolgung suchen. 2Es ist Ziel dieses Gesetzes, diesen Menschen für die Zeit ihres Aufenthalts Hilfe und Unterstützung anzubieten, um

ihnen das Leben in dem ihnen zunächst fremden und unbekannten Land zu erleichtern (Integrationsförderung), sie aber zugleich auf die im Rahmen ihres Gast- und Aufenthaltsstatus unabdingbare Achtung der Leitkultur zu verpflichten und dazu eigene Integrationsanstrengungen abzuverlangen (Integrationspflicht). 3Das soll zugleich einer Überforderung der gesellschaftlich-integrativen und der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Landes und seiner kommunalen Ebenen entgegenwirken.

Art. 2

Begriffsbestimmungen

(1) 1Migrantinnen und Migranten im Sinne dieses Gesetzes sind alle Ausländerinnen und Ausländer, die sich dauerhaft berechtigt in Bayern aufhalten. 2Gleichgestellt sind Ausländerinnen und Ausländer, die eine Aufenthaltsgestattung besitzen und bei denen ein rechtmäßiger und dauerhafter Aufenthalt zu erwarten ist. 3Nicht erfasst sind Personen, die nach Regelungen im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 5 des Aufenthaltsgesetzes (AufenthG) oder nach § 1 Abs. 2 Nr. 2 und 3 AufenthG vom Erfordernis eines Aufenthaltstitels befreit sind.

(2) Ausländerinnen und Ausländer

1. nach § 1 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG und nach § 28 der Aufenthaltsverordnung (AufenthV),
2. die einen Aufenthaltstitel nach § 18 AufenthG besitzen, wenn der Ausübung der Beschäftigung nach § 2 Abs. 3, § 4 oder § 10 der Beschäftigungsverordnung (BeschV) zugestimmt wurde oder sie nach § 2 Abs. 1 Nr. 3, § 3 oder § 5 BeschV ohne Zustimmung zulässig ist,
3. die einen Aufenthaltstitel nach den §§ 18b bis 21 AufenthG besitzen,
4. für die § 41 AufenthV gilt oder
5. die als Angehörige der in den Nrn. 1 bis 4 genannten Personen einen Aufenthaltstitel zum Familiennachzug besitzen oder
6. die Ehegatten oder Lebenspartner eines Deutschen sind,

sind Migrantinnen und Migranten nur in Bezug auf die Regelungen dieses Gesetzes über die Integrationsförderung.

(3) 1Die Regelungen dieses Gesetzes über die Integrationsförderung gelten entsprechend für Deutsche, die in besonderer Weise integrationsbedürftig sind und

1. außerhalb der heutigen Grenzen der Bundesrepublik Deutschland geboren und nach 1955 in das heutige Gebiet der Bundesrepublik Deutschland zugewandert sind oder
2. zumindest einen Eltern- oder Großelternteil haben, der die Bedingungen der Nr. 1 erfüllt.

2In besonderer Weise integrationsbedürftig ist insbesondere, wer die deutsche Sprache nicht mindestens auf dem Niveau A2 des Gemeinsamen Europäischen Referenzrahmens für Sprachen beherrscht.

Art. 3

Allgemeine Integrationsförderung

(1) 1Bildung ist ein zentraler Schlüssel zur Integration. 2Der Staat unterstützt sowohl minderjährige als auch erwachsene Migrantinnen und Migranten darin, spezifische Bildungslücken auszugleichen, die ihren Grund nicht in ihren persönlichen Anlagen und Bildungsanstrengungen haben, sondern auf strukturellen Bildungsdefiziten ihres Herkunftsstaats beruhen oder migrationsbedingt sind. 3Die Zugangsvoraussetzungen zu den einzelnen schulischen Bildungswegen und -

einrichtungen einschließlich begründeter Ausnahmen für Schülerinnen und Schüler nichtdeutscher Muttersprache regeln die Schulordnungen auf Basis der einschlägigen gesetzlichen Ermächtigungen.
(2) Der Staat unterstützt Migrantinnen und Migranten durch geeignete Angebote in dem ihnen abverlangten Bemühen, sich mit den in der heimischen Bevölkerung vorherrschenden Umgangsformen, Sitten und Gebräuchen vertraut zu machen, soweit sich diese von denjenigen in den Herkunftsstaaten unterscheiden.
(3) 1Eltern leisten durch Erziehung und Wertevermittlung einen wesentlichen Beitrag zu einer gelingenden Integration. 2Der Staat unterstützt Migrantinnen und Migranten durch geeignete Angebote darin, die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern in Deutschland anzunehmen, einzuüben und auch selbstbewusst zu vertreten.
(4) 1Gelingende Integration bedarf der gegenseitigen Rücksichtnahme und Toleranz sowie des Respekts vor der Einzigartigkeit, der Lebensgeschichte und den Prägungen des jeweils anderen. 2Der Staat fördert an der Leitkultur ausgerichtete Angebote, die Migrantinnen und Migranten in politischer Bildung, deutscher Geschichte einschließlich der Lehren aus den Verbrechen des Dritten Reiches und in der Rechtskunde unterweisen und ihnen die heimische Kultur, Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung näherbringen. 3Er fördert zugleich die interkulturelle Sensibilität von Bevölkerung und Verwaltung und unterstützt integrativ wirkende Projekte.
(5) Der Staat unterstützt Angebote der Migrationsberatung, um den Migrantinnen und Migranten im Bedarfsfall einzelfallgerechte Hilfe und Unterstützung in den eigenen Integrationsbemühungen zu gewähren.
(6) 1Das an den Integrationszielen dieses Gesetzes ausgerichtete bürgerschaftliche Engagement von und für Migrantinnen und Migranten soll in allen Bereichen der Gesellschaft gestärkt werden. 2Migrantinnen und Migranten werden ermutigt, durch bürgerschaftliches Engagement einen Beitrag zum Gemeinwohl zu leisten und sich auf diese Weise zu unserem Land und seinen Werten zu bekennen. 3Der Staat erkennt den wichtigen Beitrag an, den Verbände und Vereine leisten, wenn sie über Angebote informieren, für Teilnahme werben und sich aktiv in den politischen Prozess einbringen. 4Er unterstützt die ehrenamtliche Arbeit vor Ort durch geeignete Angebote, insbesondere zur Information und Koordinierung.
(7) Der Staat unterstützt Angebote der Rückkehrberatung, um ausreisepflichtigen oder rückkehrwilligen Ausländerinnen und Ausländern bedarfsgerechte Hilfe und Unterstützung für die Rückkehr in ihre Herkunftsstaaten zu gewähren.
(8) 1Migrationsbedingte Erwägungen können im Rahmen von Ermessensentscheidungen berücksichtigt werden, soweit dies den in Art. 1 genannten Integrationszielen in geeigneter Weise dienen kann. 2Alle staatlichen Behörden verwirklichen im Rahmen ihrer Zuständigkeiten und der geltenden Gesetze die Integrationsziele dieses Gesetzes.
(9) 1Förderungen nach diesem Artikel erfolgen nach Maßgabe gesonderter Förderrichtlinien. 2Diese sind jeweils gemäß den haushaltsrechtlichen Bestimmungen zu befristen und mit einem Haushaltsvorbehalt zu versehen.

Art. 4

Deutsche Sprache

(1) 1Nur wer deutsch spricht, kann sich vollumfänglich in das öffentliche Leben und Arbeiten einfügen. 2Eigenes Engagement beim Spracherwerb liegt daher im

wohlverstandenen Eigeninteresse der Migrantinnen und Migranten.
(2) Wer volljährig ist und sich in den vorangegangenen sechs Jahren mindestens drei Jahre in Deutschland ständig aufgehalten hat, soll sich mit jedermann in deutscher Sprache angemessen verständigen können.
(3) 1Der Staat unterstützt Migrantinnen und Migranten in den ersten sechs Jahren nach ihrer Einreise nach Deutschland in ihren Bemühungen, die deutsche Sprache in Wort und Schrift zu erlernen. 2Art. 3 Abs. 9 gilt entsprechend. 3Wer aus selbst zu vertretenden Gründen das im Rahmen einer gewährten Förderung mindestens erwartbare Sprachniveau nicht erreicht, kann vorbehaltlich anderweitiger Bestimmungen nach Maßgabe einschlägiger Förderrichtlinien zur angemessenen Erstattung von Förderkosten verpflichtet werden.
(4) 1Die notwendigen Kosten für die Heranziehung eines Dolmetschers oder Übersetzers durch Behörden können Personen im Sinne des Abs. 2 auch dann auferlegt werden, wenn eine Kostenauferlegung nicht nach anderen Vorschriften vorgesehen ist. 2Haftungsansprüche wegen fehlerhafter Übersetzung gegen die Körperschaft, deren Behörde den Dolmetscher oder Übersetzer herangezogen hat, sind ausgeschlossen.
Art. 5
Vorschulische Sprachförderung
(1) 1Die Träger von Kindertageseinrichtungen fördern die sprachliche Entwicklung der Kinder von Anfang an und tragen hierbei den besonderen Anforderungen von Kindern aus Migrantenfamilien und Kindern mit sonstigem Sprachförderbedarf Rechnung. 2Kinder sollen lernen, sich entwicklungsangemessen in der deutschen Sprache sowie durch die allgemein übliche Mimik und Körpersprache auszudrücken, längeren Darstellungen oder Erzählungen zu folgen und selbst Geschichten zusammenhängend zu erzählen. 3Sie sollen Wortschatz, Begriffs- und Lautbildung, Satzbau und sprachliche Abstraktion in der deutschen Sprache entsprechend ihrem Entwicklungsstand erweitern und verfeinern. 4Die Verwendung der lokalen Dialekte wird unterstützt und gepflegt. 5Das pädagogische Personal muss über die erforderlichen deutschen Sprachkenntnisse verfügen und soll die notwendigen interkulturellen Kompetenzen im erforderlichen Umfang fortentwickeln.
(2) 1Ab der ersten Hälfte des vorletzten Kindergartenjahres (Art. 26 Abs. 1 Satz 5 des Bayerischen Kinderbildungs- und -betreuungsgesetzes – BayKiBiG) vor Eintritt der Vollzeitschulpflicht wird bei allen Kindern zur frühzeitigen Feststellung und Förderung einer entsprechenden Entwicklung für die spätere Leistungsfähigkeit in der Schule der Sprachstand erhoben. 2Zuständig ist die Kindertageseinrichtung, die das Kind besucht. 3Besucht das Kind keine Kindertageseinrichtung, führt die Sprachstandserhebung die Grundschule durch, in der die Schulpflicht voraussichtlich zu erfüllen ist. 4In den Fällen des Satzes 3 müssen die Erziehungsberechtigten dafür sorgen, dass ihr Kind an der Sprachstandserhebung teilnimmt.
(3) 1Ein Kind, bei dem das Ergebnis der Sprachstandserhebung nach Abs. 2 erwarten lässt, dass seine Deutschkenntnisse für eine erfolgreiche Teilnahme am Unterricht der Grundschule nicht ausreichen werden, soll in der Zeit bis zur Einschulung einen Vorkurs zur Förderung der deutschen Sprachkenntnisse besuchen. 2Die Erziehungsberechtigten des Kindes können durch die nach Abs. 2 Satz 2 oder 3 zuständige Stelle über mögliche weitere Fördermaßnahmen, eine gegebenenfalls bestehende finanzielle Unterstützung und die Vorzüge eines

regelmäßigen Kindergartenbesuchs informiert werden. 3Wird ein solches Gespräch in den Fällen des Abs. 2 Satz 3 angeboten, sind sie zur Teilnahme verpflichtet.
(4) Erfüllt ein Träger einer Kindertageseinrichtung die sich aus Abs. 1 und 2 oder Art. 6 ergebenden Verpflichtungen nicht, richten sich Widerruf und Rücknahme der Erlaubnis für den Betrieb der Einrichtung nach § 45 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 7 des Achten Buches Sozialgesetzbuch.
(5) Das Nähere zu den Abs. 1 bis 4 kann das Staatsministerium für Arbeit und Soziales, Familie und Integration im Einvernehmen mit dem Staatsministerium für Bildung und Kultus, Wissenschaft und Kunst durch Rechtsverordnung regeln.
(6) Mit Geldbuße kann von der Kreisverwaltungsbehörde belegt werden, wer den Pflichten nach Abs. 2 Satz 4 oder Abs. 3 Satz 3 zuwiderhandelt.

Art. 6

Frühkindliche Bildung

1Alle Kinder in Kindertageseinrichtungen sollen zentrale Elemente der christlich-abendländischen Kultur erfahren. 2Der Träger einer Kindertageseinrichtung hat dafür Sorge zu tragen, dass sie lernen, sinn- und werteorientiert und in Achtung vor religiösen Überzeugungen zu leben sowie eine eigene von Nächstenliebe getragene religiöse oder weltanschauliche Identität zu entwickeln. 3Zur Bildung der gesamten Persönlichkeit der Kinder unterstützt und stärkt das pädagogische Personal die Entwicklung von freiheitlich-demokratischen, religiösen, sittlichen und sozialen Werthal-tungen. 4Die Kindertageseinrichtungen sollen dazu beitragen, die Integrationsbereitschaft der Familien von Migrantinnen und Migranten zu fördern.

Art. 7

Schulen

(1) 1Die Schulen fördern im Rahmen ihres Bildungs- und Erziehungsauftrags nach Art. 131 der Verfassung die in Art. 1 genannten Integrationsziele. 2Hierzu unterstützen sie die Integrationsbemühungen von Migrantinnen und Migranten und die interkulturelle Kompetenz aller Schülerinnen und Schüler und vermitteln in diesem Zusammenhang auch die grundlegende Rechts- und Werteordnung der Verfassung. 3Sie sollen darauf hinwirken, dass die Schülerinnen und Schüler Menschen in ihrer Unterschiedlichkeit offen und unbefangen annehmen.
(2) Auf die interkulturelle und integrative Kompetenz soll im erforderlichen Umfang in der Aus- und Fortbildung der Lehrkräfte besonderer Wert gelegt werden.
(3) 1Für Schülerinnen und Schüler nichtdeutscher Muttersprache können insbesondere in Pflichtschulen gesonderte Klassen und sonstige Fördermaßnahmen zur Sprachförderung und schulischen Integration eingerichtet werden. 2Ziel ist eine frühestmögliche Aufnahme in den Unterricht der Regelklassen.
(4) 1Die Teilnahme am Unterricht ist Grundvoraussetzung schulischer Integration. 2Befreiungen vom Unterricht aus religiösen Gründen, die sich nicht lediglich auf einzelne Tage beschränken, sind auf die verfassungsrechtlich zwingenden Fälle zu beschränken. 3Vorrangig sind organisatorische oder prozedurale Maßnahmen auszuschöpfen.

Art. 8

Hochschulen

1Hochschulen können für studieninteressierte, nicht immatrikulierte Migrantinnen und Migranten besondere Förderangebote einrichten, insbesondere um ihnen den Erwerb der deutschen Sprache zu erleichtern, sie über Bildungs- und Ausbildungswege zu informieren und einzelne spezifische Bildungslücken

auszugleichen, die ihren Grund nicht in ihren persönlichen Anlagen und Bildungsanstrengungen haben, sondern auf strukturellen Bildungsdefiziten ihres Herkunftsstaats beruhen oder migrationsbedingt sind. 2Die Hochschulen sind nicht befugt, Prüfungen abzunehmen, die zu einem allgemeinen Bildungsabschluss führen. 3Entsprechende Angebote können jeweils längstens zwei Jahre an einer Hochschule in Anspruch genommen werden. 4Die Hochschulen regeln die Einzelheiten durch Satzung, insbe-sondere zum Status der Migrantinnen und Migranten, den Zugangs- und Zulassungsvoraussetzungen zu den Angeboten, möglichen Prüfungen und zur Datenerhebung und Datennutzung. 5Die Bestimmungen über den Hochschulzugang und die Hochschulzulassung bleiben unberührt.

Art. 9

Kommunen

1Die örtliche Gemeinschaft leistet einen unverzichtbaren Beitrag, die Integration von Migrantinnen und Migranten zu fördern, sie bei der Erfüllung ihrer Integrationspflichten zu unterstützen und das wechselseitige kulturelle Verständnis zu erleichtern. 2Die Gemeinden, Landkreise und Bezirke tragen dabei im Rahmen der kommunalen Selbstverwaltung, ihrer jeweiligen finanziellen Leistungsfähigkeit und nach Maßgabe der Gesetze besondere Mitverantwortung für die in Art. 1 genannten Integrationsziele.

Art. 10

Verantwortung der Wirtschaft

(1) 1Die bayerische Wirtschaft trägt im Rahmen des Art. 151 der Verfassung Mitverantwortung für die in Art. 1 genannten Integrationsziele. 2Die staatlichen Förderprogramme insbesondere nach dem Mittelstandsförderungsgesetz können die Bemühungen einzelner Unternehmen positiv berücksichtigen, Migrantinnen und Migranten, die zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt sind, auf Unternehmenskosten die deutsche Sprache und die Leitkultur zu vermitteln und die in Art. 1 genannten Integrationsziele zu fördern.

(2) 1Qualifizierte Migrantinnen und Migranten sollen im Rahmen der geltenden Gesetze den heimischen Arbeitsmarkt bereichern. 2Das Potenzial der dualen Berufsausbildung und der schulisch strukturierten Aus- und Weiterbildung soll für die Qualifizierung der Migrantinnen und Migranten nutzbar gemacht werden.

Art. 11

Rundfunk und Medien

1Der Bayerische Rundfunk und die nach dem Bayerischen Mediengesetz an der Veranstaltung von Rundfunk Beteiligten unterstützen im Rahmen ihres Programmauftrags die Integration. 2Die Angebote in Rundfunk und Telemedien sollen einen Beitrag zur Vermittlung der deutschen Sprache und der Leitkultur leisten.

Art. 12

Landesleistungen

...

(3) 1Landesrechtliche Leistungen und Angebote können in den Fällen des Art. 13 Abs. 3 oder Art. 14 Abs. 2 in angemessenem Umfang gekürzt bzw. ganz oder teilweise versagt werden. 2Abs. 2 Satz 3 und 4 gilt entsprechend.

Art. 13

Achtung der Rechts- und Werteordnung

(1) 1Wer durch demonstrative Regelverstöße, Verunglimpfen oder sonst durch nach außen gerichtetes Verhalten beharrlich zum Ausdruck bringt, dass er die freiheitliche demokratische Grundordnung, insbesondere die Achtung vor den im Grundgesetz konkretisierten Menschenrechten, vor allem das Recht der Persönlichkeit auf Leben und freie Entfaltung und die Gleichberechtigung von Mann und Frau ablehnt, kann durch die Sicherheitsbehörden verpflichtet werden, sich einem Grundkurs über die Werte der freiheitlichen demokratischen Grundordnung zu unterziehen. 2Satz 1 gilt entsprechend bei Ablehnung des staatlichen Gewaltmonopols, des Verhältnisses von Religion und Staat, der gewaltlosen Erziehung von Kindern und des Schutzes von Minderjährigen oder der Beachtung des deutschen Straf-, Ehe- und Familienrechts. 3Die strafrechtliche Verantwortlichkeit bleibt unberührt.
(2) Abs. 1 gilt entsprechend für denjenigen, der durch wiederholte schwerwiegende Regelverstöße oder sonst durch ein offenkundig rechtswidriges Verhalten erkennen lässt, dass ihm die Rechts- und Werteordnung in ihren Grundsätzen unbekannt oder gleichgültig ist.
(3) Mit Geldbuße kann belegt werden, wer entgegen einer vollziehbaren Anordnung nach Abs. 1 Satz 1 oder Abs. 2 nicht an dem Grundkurs Rechts- und Werteordnung teilnimmt oder dessen Durchführung behindert.
Art. 14
Unterlaufen der verfassungsmäßigen Ordnung
(1) Es ist verboten
1. öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten von Schriften dazu aufzufordern, die geltende verfassungsmäßige Ordnung zu miss-achten und stattdessen einer mit ihren Grundsätzen nicht zu vereinbarenden anderen Rechtsordnung zu folgen,
2. es zu unternehmen, andere Personen einer solchen Ordnung zu unterwerfen oder
3. es zu unternehmen, eine solche Ordnung oder aus ihr abgeleitete Einzelakte zu vollziehen oder zu vollstrecken.
(2) 1Wer gegen das Verbot nach Abs. 1 verstößt, kann mit Geldbuße bis zu fünfzigtausend Euro belegt werden. 2Die Verfolgung verjährt in fünf Jahren, und zwar auch dann, wenn die Tat durch Verbreitung von Druckwerken begangen wird.
Art. 15
Bayerischer Integrationsbeauftragter, Bayerischer Integrationsrat
...
Art. 16
Integrationsbericht
...
Art. 17
Ausschluss der Klagbarkeit
...
Art. 17 a
Änderung weiterer Rechtsvorschriften
(1) Das Polizeiaufgabengesetz (PAG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 14. September 1990 (GVBl. S. 397, BayRS 2012-1-1-I), das zuletzt durch § 2 des Gesetzes vom 23. November 2015 (GVBl. S. 410) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

...
5. Art. 23 Abs. 3 wird wie folgt geändert:
a) In Nr. 2 wird der Schlusspunkt durch das Wort „oder" ersetzt.
b) Es wird folgende Nr. 3 angefügt:
„3. sie als Unterkunft oder dem sonstigen, auch vorübergehenden Aufenthalt von Asylbewerbern und unerlaubt Aufhältigen dient."
...
(5) Das Bayerische Gesetz über das Erziehungs- und Unterrichtswesen (BayEUG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 31. Mai 2000 (GVBl. S. 414, 632, BayRS 2230-1-1-K), das zuletzt durch § 1 des Gesetzes vom 23. Juni 2016 (GVBl. S. 102, 241) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:
1. In der Inhaltsübersicht wird die Angabe zu Art. 37 a wie folgt gefasst:
„Art. 37 a (aufgehoben)".
2. In Art. 2 Abs. 1 werden nach den Wörtern „im Geist der Völkerverständigung zu erziehen" die Wörter „und die Integrationsbemühungen von Migrantinnen und Migranten sowie die interkulturelle Kompetenz aller Schülerinnen und Schüler zu unterstützen" eingefügt.
3. Art. 35 Abs. 1 wird wie folgt geändert:
a) Satz 2 Halbsatz 1 wird wie folgt geändert:
aa) In Nr. 1 wird das Wort „Asylverfahrensgesetz" durch die Angabe „Asylgesetz (AsylG)" ersetzt.
bb) In Nr. 2 wird nach dem Wort „Aufenthaltsgesetzes" die Angabe „(AufenthG)" eingefügt.
cc) In Nr. 3 werden die Wörter „des Aufenthaltsgesetzes besitzt," durch die Wörter „AufenthG besitzt oder" ersetzt.
dd) Im folgenden Satzteil werden die Wörter „diese Voraussetzungen" durch die Wörter „die Voraussetzungen der Nrn. 1 bis 4" ersetzt.
b) In Satz 2 Halbsatz 2 werden die Wörter „Nummern 1 und 2" durch die Angabe „Nrn. 1 und 2" ersetzt.
4. Art. 36 Abs. 3 wird wie folgt geändert:
a) Nach Satz 5 wird folgender Satz 6 eingefügt:
"6Schulpflichtige, die nach dem Asylgesetz verpflichtet sind, in einer besonderen Aufnahmeeinrichtung im Sinn des § 30 a AsylG zu wohnen, werden zur Erfüllung der Schulpflicht besonderen dort eingerichteten Klassen und Unterrichtsgruppen zugewiesen."
b) Der bisherige Satz 6 wird Satz 7.
5. Dem Art. 37 wird folgender Abs. 4 angefügt:
„(4) Die zuständige Grundschule kann ein Kind, das weder eine Kindertageseinrichtung noch einen Vorkurs nach Art. 5 Abs. 3 des Bayerischen Integrationsgesetzes besucht hat und bei dem im Rahmen der Schulanmeldung festgestellt wird, dass es nicht über die notwendigen Deutschkenntnisse verfügt, von der Aufnahme zurückstellen und das Kind verpflichten, im nächsten Schuljahr eine Kindertageseinrichtung mit integriertem Vorkurs zu besuchen."
6. Art. 37 a wird aufgehoben.
7. In Art. 76 Satz 3 werden die Angabe „Art. 37 a" durch die Angabe „Art. 37 Abs. 4" ersetzt und die Wörter „an der Sprachstandserhebung teilnimmt und" gestrichen.
8. In Art. 85 Abs. 2 Satz 3 werden die Wörter „Werden Schulpflichtige, die nicht

Bürgerinnen oder Bürger der Europäischen Union bzw. anderer Vertragsstaaten des Europäischen Wirtschaftsraums sind, erstmals an einer Grundschule angemeldet und stellt die Schule" durch die Wörter „Stellt die Schule bei ausländischen Schulpflichtigen" ersetzt.
9. In Art. 119 Abs. 1 Nr. 2 Halbsatz 1 wird die Angabe „Art. 37 a Abs. 3" durch die Angabe „Art. 37 Abs. 4" ersetzt.
(6) Das Bayerische Kinderbildungs- und -betreuungsgesetz (BayKiBiG) vom 8. Juli 2005 (GVBl. S. 236, BayRS 2231-1-A), das zuletzt durch Art. 8 a des Gesetzes vom 14. Juni 2016 (GVBl. S. 94) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:
1. Art. 12 Abs. 2 wird wie folgt gefasst:
„(2) 1Die Träger von Kindertageseinrichtungen fördern die sprachliche Entwicklung der Kinder von Anfang an und tragen hierbei den besonderen Anforderungen von Kindern aus Migrantenfamilien (Art. 5 des Bayerischen Integrationsgesetzes – BayIntG) und Kindern mit sonstigem Sprachförderbedarf Rechnung. 2Die Kindertageseinrichtungen sollen im Rahmen des Art. 6 BayIntG dazu beitragen, die Integrationsbereitschaft der Familien von Migrantinnen und Migranten zu fördern."
2. In Art. 19 Nr. 10 werden nach dem Wort „Rechtsvorschriften" die Wörter „sowie die Art. 5 und 6 BayIntG" eingefügt.
(7) Das Bayerische Wohnungsbindungsgesetz (BayWoBindG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Juli 2007 (GVBl. S. 562, 781, 2011 S. 115, BayRS 2330-3-I), das zuletzt durch Art. 9 a Abs. 11 des Gesetzes vom 22. Dezember 2015 (GVBl. S. 458) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:
1. Die Inhaltsübersicht wird wie folgt geändert:
a) Nach der Angabe zu Art. 5 wird folgende Angabe eingefügt:
„Art. 5 a Ausgeglichene Bewohnerstruktur".
b) Die bisherige Angabe zu Art. 36 wird die Angabe zu Art. 35.
2. Art. 5 wird wie folgt geändert:
a) In Satz 3 wird die Angabe „Satzes 5" durch die Angabe „Satzes 7" ersetzt.
b) Nach Satz 4 werden folgende Sätze 5 und 6 eingefügt:
„5Die zuständige Stelle hat zugleich dafür Sorge zu tragen, dass möglichst nur Wohnungssuchende benannt werden, deren Zuzug einseitige Bewohnerstrukturen weder schafft noch verfestigt (Strukturkomponente). 6Bei der Benennung sind jeweils die Dringlichkeit und die Strukturkomponente zu berücksichtigen."
c) Der bisherige Satz 5 wird Satz 7.
3. Nach Art. 5 wird folgender Art. 5 a eingefügt:
„Art. 5 a
Ausgeglichene Bewohnerstruktur
1Wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass sich im Umkreis einer freien oder bezugsfertig werdenden Wohnung außerhalb der durch Rechtsverordnung nach Art. 5 bestimmten Gebiete eine einseitige Bewohnerstruktur zu bilden droht oder eine solche bereits eingetreten ist, hat die zuständige Stelle den Verfügungsberechtigten unverzüglich zu verpflichten, die Wohnung nur an solche Wohnungssuchende zum Gebrauch zu überlassen, deren Zuzug sie zuvor zugestimmt hat. 2Eine Anfechtungsklage gegen einen Bescheid nach Satz 1 hat keine aufschiebende Wirkung. 3Im Falle einer Verpflichtung nach Satz 1 darf der Verfügungsberechtigte die Wohnung erst nach der schriftlichen Zustimmung durch die zuständige Stelle an einen bestimmten Wohnungssuchenden zum Gebrauch überlassen.4Die Zustimmung nach Satz 1 gilt als erteilt, wenn die

zuständige Stelle sie nicht binnen einer Woche nach Anzeige und vollständiger Auskunft verweigert. 5Die Zustimmung darf nur verweigert werden, wenn die Überlassung einseitige Bewohnerstrukturen schafft oder verfestigt."
4. Der bisherige Art. 36 wird Art. 35.
(8) § 3 der Durchführungsverordnung Wohnungsrecht (DVWoR) vom 8. Mai 2007 (GVBl. S. 326, BayRS 2330-4-I), die zuletzt durch Verordnung vom 10. November 2015 (GVBl. S. 414) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:
1. Abs. 3 wird wie folgt geändert:
a) Satz 1 wird durch folgende Sätze 1 und 2 ersetzt:
„1Die zuständige Stelle hat Wohnungssuchende unter Berücksichtigung von Dringlichkeit und Strukturkomponente in einer Art. 5 Satz 6 BayWoBindG entsprechenden Rangfolge zu benennen. 2Bei Gleichrangigkeit entscheidet die Dauer der Bewerbung."
b) Der bisherige Satz 2 wird Satz 3 und seine Nr. 2 wie folgt gefasst:
„2. ergänzend danach, wie lange sich der antragstellende Wohnungssuchende schon in der kreisfreien Gemeinde oder dem Landkreis gewöhnlich aufhält, wo er sich um eine Wohnung bewirbt."
c) Es werden folgende Sätze 4 und 5 angefügt:
„Wer als dringlich benannt wurde, eine ihm angebotene Wohnung aber ohne triftigen Grund ausschlägt, verliert für die auf die Ausschlagung folgenden neun Monate den Status der Dringlichkeit. 5Dem Wohnungssuchenden sind die Gründe für die Entscheidung nach Satz 4 schriftlich mitzuteilen."
2. Abs. 4 wird wie folgt gefasst:
„(4) Bei der Benennung kann von der Rangfolge des Abs. 3 abgewichen werden, um die Voraussetzungen zur Linderung sozialer Hilfebedürftigkeit in dringenden Fällen zu schaffen."
3. Abs. 5 wird wie folgt geändert:
a) In Satz 1 werden die Wörter „der Dringlichkeit" durch die Wörter „des Abs. 3 Satz 1 bis 3" ersetzt.
b) In Satz 3 werden die Wörter „Satz 2 Nr. 2 danach bestimmen kann, wie lang der Wohnungssuchende schon in der Gemeinde wohnt (Hauptwohnung)" durch die Wörter „Satz 3 Nr. 2 danach bestimmen kann, wie lange sich der antragstellende Wohnungssuchende schon in der Gemeinde gewöhnlich aufhält" ersetzt.
(9) Art. 59 des Bayerischen Sicherungsverwahrungsvollzugsgesetzes (BaySvVollzG) vom 22. Mai 2013 (GVBl. S. 275, BayRS 312-0-J), das zuletzt durch Art. 53 a Abs. 5 des Gesetzes vom 17. Juli 2015 (GVBl. S. 222) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:
1. Der Wortlaut wird Abs. 1.
2. Es wird folgender Abs. 2 angefügt:
„(2) Sicherungsverwahrte mit Deutsch- oder Integrationsdefiziten sollen dazu angehalten werden, auf freiwilliger Basis an dem in Art. 40 Abs. 2 und 3 BayStVollzG genannten Unterricht teilzunehmen, wenn dies dem Zweck der Sicherungsverwahrung nicht widerspricht und mit vertretbarem Aufwand ermöglicht werden kann."
(10) Das Bayerische Untersuchungshaftvollzugsgesetz (BayUVollzG) vom 20. Dezember 2011 (GVBl. S. 678, BayRS 312-1-J), das durch Art. 99 Abs. 2 des Gesetzes vom 22. Mai 2013 (GVBl. S. 275) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. Dem Art. 26 wird folgender Abs. 5 angefügt:
„(5) Untersuchungsgefangene mit Deutsch- oder Integrationsdefiziten sollen dazu angehalten werden, freiwillig an dem in Art. 40 Abs. 2 und 3 BayStVollzG genannten Unterricht teilzunehmen."
2. Art. 33 Abs. 2 wird wie folgt geändert:
a) Der Wortlaut wird Satz 1.
b) Es wird folgender Satz 2 angefügt:
„2Art. 40 Abs. 2 und 3 BayStVollzG gilt entsprechend."
(11) Das Bayerische Strafvollzugsgesetz (BayStVollzG) vom 10. Dezember 2007 (GVBl. S. 866, BayRS 312-2-1-J), das zuletzt durch § 1 Nr. 325 der Verordnung vom 22. Juli 2014 (GVBl. S. 286) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:
1. Art. 40 wird wie folgt geändert:
a) Nach Abs. 1 werden folgende Abs. 2 und 3 eingefügt:
„(2) Gefangene haben an einem von der Anstalt angebotenen Deutschunterricht teilzunehmen, wenn sie der deutschen Sprache nicht ausreichend mächtig sind, um sich nach ihrer Entlassung im Alltag fließend in deutscher Sprache verständigen zu können, und körperlich sowie geistig dazu in der Lage sind.
(3) 1Gefangene haben an einem von der Anstalt angebotenen Integrationsunterricht teilzunehmen, wenn sie Integrationsdefizite aufweisen und körperlich sowie geistig dazu in der Lage sind. 2Der Integrationsunterricht dient den in Art. 1 des Bayerischen Integrationsgesetzes genannten Integrationszielen."
b) Der bisherige Abs. 2 wird Abs. 4.
2. In Art. 145 Abs. 5 wird die Angabe „Abs. 2" durch die Angabe „Abs. 4" ersetzt.
(12) Das Bayerische Maßregelvollzugsgesetz (BayMRVG) vom 17. Juli 2015 (GVBl. S. 222, BayRS 312-3-A) wird wie folgt geändert:
1. In der Inhaltsübersicht wird die Angabe zu Art. 53 a gestrichen.
2. Dem Art. 10 wird folgender Abs. 4 angefügt:
„(4) Die Maßregelvollzugseinrichtung soll die untergebrachte Person dazu anhalten, freiwillig an Deutsch- bzw. Integrationsunterricht entsprechend Art. 40 Abs. 2 und 3 BayStVollzG teilzunehmen, wenn dies den Zwecken des Maßregelvollzugs nicht widerspricht und ihr mit vertretbarem Aufwand ermöglicht werden kann."
3. In Art. 41 Nr. 1 wird die Angabe „10 Abs. 2" durch die Angabe „10 Abs. 2 und 4" ersetzt.
4. Art. 53 a wird aufgehoben.
...
Art. 18
Einschränkung von Grundrechten
Auf Grund dieses Gesetzes können die Grundrechte auf Freiheit der Person, Versammlungsfreiheit, Unverletzlichkeit der Wohnung und Eigentum (Art. 2 Abs. 2 Satz 2, Art. 8 Abs. 1, Art. 13 und 14 des Grundgesetzes, Art. 101, 102 Abs. 1, Art. 103, 106 Abs. 3 und Art. 113 der Verfassung) eingeschränkt werden.
Art. 19
Inkrafttreten, Außerkrafttreten
(1) 1Dieses Gesetz tritt am 1. Januar 2017 in Kraft. 2Abweichend von Satz 1 treten in Kraft:
1. Art. 8 mit Wirkung vom 15. März 2016,
2. Art. 5 Abs. 2, 3, 6 und Art. 17 a Abs. 5 am 1. August 2017.
(2) 1Art. 8 tritt mit Ablauf des 30. September 2021 außer Kraft. 2Entspre-chende

Angebote der Hochschulen laufen zu dem in Satz 1 genannten Datum aus.

4 3. Mit Wirkung vom 1. April 2019 wurde u. a. Art. 17 a BayIntG aufgehoben; die bisherigen Art. 18 und 19 BayIntG wurden Art. 17 und 18 BayIntG (Art. 3 a Nrn. 4 und 5, Art. 4 des Gesetzes vom 25. März 2019, GVBl S. 58, BayRS 1102-12-S).

II.

1. Vf. 6-VIII-17

5 Die SPD-Fraktion im Bayerischen Landtag (Antragstellerin zu I) macht mit ihrem am 2. Mai 2017 eingegangenen Antrag gegenüber der CSU-Landtagsfraktion und der Bayerischen Staatsregierung geltend, Art. 1 Satz 2 Halbsatz 2, Art. 4 Abs. 4, Art. 6 Satz 1, Art. 11 Satz 2, Art. 13 Abs. 1 und 2 und Art. 14 Abs. 1 BayIntG verstießen aus den von ihren Mitgliedern bereits in den Ausschussberatungen wie auch in der zweiten und dritten Lesung im Plenum vorgebrachten Gründen gegen die Bayerische Verfassung.

6 a) Als Leitlinie und Hilfe bei der Auslegung der als verfassungswidrig gerügten Normen sei die Präambel zu berücksichtigen, die neben Zustandsbeschreibungen (Sätze 1, 2, 9, 11) und Programmsätzen (Sätze 3, 4, 6, 13) auch Forderungen enthalte, die sich an alle Bewohner Bayerns richteten (Sätze 5, 7, 8, 10, 12). Aus dem Gehalt der Sätze 1 bis 12 solle sich der „identitätsbildende Grundkonsens" bzw. die „kulturelle Grundordnung der Gesellschaft" ergeben, die als „Leitkultur" bezeichnet werde (Satz 13) und deren Wahrung den Zweck des Gesetzes bilde. Die Gesetzesbegründung zur Präambel sei insofern widersprüchlich, als danach einerseits nicht gewollt sei, die persönliche Haltung „jedes Einwohners von Bayern" zu dieser „faktisch zu konstatierenden Prägung" zu determinieren, andererseits aber von den Migrantinnen und Migranten verlangt werde, dass sie sich „der in Bayern herrschenden Kulturprägung nicht verweigern, sondern auf sie mit Respekt und Akzeptanz auch in ihrem eigenen Verhalten zugehen". Die in der Präambel enthaltenen Gebote und Verpflichtungen seien daher trotz ihrer neutralen Formulierung so zu verstehen, dass sie sich ausschließlich an die Migrantinnen und Migranten richteten.

7 Die Gesetzesziele des Bayerischen Integrationsgesetzes und dessen Regelungen zum Spracherwerb, zur Vorschulförderung und frühkindlichen Bildung, zu Schulen und Hochschulen, zum Programmauftrag für Rundfunk und Medien, zu Landesleistungen, zur Durchsetzung der Rechts- und Werteordnung, zur Sanktionierung des Unterlaufens der verfassungsmäßigen Ordnung im vorstrafrechtlichen Bereich sowie das Gebot der Achtung der Leitkultur beträfen nach Art. 1 Satz 1 BayIntG die Integration derjenigen, „die aus anderen Staaten kommen und hier nach Maßgabe der Gesetze Aufnahme gefunden haben oder Schutz vor Krieg und Verfolgung suchen", mithin von Flüchtlingen. Deren Angelegenheiten einschließlich aller Fragen der Eingliederung und Förderung könne nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 6 GG der Bund umfassend regeln. Er habe von diesem Kompetenztitel mit den Regelungen zur Integration in den §§ 43 bis 45 a AufenthG Gebrauch gemacht.

8 b) Das in Art. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BayIntG formulierte Gesetzesziel, die aus anderen Staaten gekommenen Menschen auf die unabdingbare Achtung der Leitkultur zu verpflichten und ihnen eigene Integrationsanstrengungen abzuverlangen, gehe nach dem objektivierten Willen des Normgebers über das Präsentieren eines Werte- und Verhaltenskanons hinaus und greife in Form einer Verhaltenspflicht in den privaten Lebensbereich ein. Diese Verpflichtung, die über

die Gesetzestreue- und Beachtenspflicht nach Art. 2 der Genfer Flüchtlingskonvention hinausgehe, sei nicht nur als seelisch-geistige Haltung zu verstehen, sondern umfasse das Merkmal des aktiven Einfügens. Sie sei daher am Abwehrrecht des Art. 101 i. V. m. Art. 100 BV zu messen, das auch gegenüber dem Gesetzgeber gelte und ihn zur Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes verpflichte. Dessen Rahmen werde dadurch überschritten, dass nicht etwa die verfassungsmäßige Ordnung oder die Gesetze, sondern die Leitkultur zu achten sei, und dies nicht nur durch innerliche Akzeptanz, sondern durch ein nach außen wirksames und sichtbares Verhalten. Da die Leitkultur als vorgegeben und unveränderbar gedacht sei und ihre Geltung daher nicht vom Verhalten der Migrantinnen und Migranten abhänge, sei es nicht erforderlich, dass diese sich ihr nach außen hin sichtbar unterwürfen. Eine ausnahmslose Achtung durch jedermann sei praktisch ohnehin nicht durchsetzbar. Abgesehen von den Ausnahmen für EU-Ausländer verhindere schon der Tourismus ein eventuell angestrebtes einheitliches Erscheinungsbild. Die Regelung verstoße auch insofern gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip, als der Staat damit seine Neutralitätspflicht verletze und ein ideologisch überformtes „Bekenntnis zu Bayern" verlange. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts seien die Bürger frei, grundlegende Wertungen der Verfassung infrage zu stellen, solange sie dadurch Rechtsgüter anderer nicht gefährdeten.

9 c) aa) Art. 4 Abs. 4 Satz 1 BayIntG erweitere für den in Abs. 2 genannten Personenkreis die nach allgemeinen Vorschriften bestehende Pflicht zur Tragung von Dolmetscher- und Übersetzungskosten auf alle Verwaltungsverfahren. Dies verstoße gegen das in Art. 3 BV verankerte Grundrecht auf ein faires Verfahren, das in § 185 GVG, Art. 6 Abs. 3 Buchst. e EMRK, Art. 41 Abs. 4 GrCh und § 17 Abs. 1 AsylG spezialgesetzlich konkretisiert sei und auch im Verwaltungsverfahren gelte. Entgegen der Gesetzesbegründung lasse sich die Regelung des Art. 23 BayVwVfG nicht dahingehend verallgemeinern, dass der Verwender von Fremd-sprachen die verfahrensrechtliche Last der Verständigung zu tragen habe. Ein allgemeines Verursacherprinzip sei dieser Spezialvorschrift nicht zu entnehmen. Unter dem Aspekt der Waffengleichheit müsse vielmehr der Grundsatz gelten, dass die Kostenlast grundsätzlich bei der Verwaltung liege und nur in gesetzlich geregelten Fällen auf den Betroffenen abgewälzt werden könne; anders könne eine effektive Wahrnehmung subjektiver Rechte im Verwaltungsverfahren nicht stattfinden. Da ein großer Teil der von Art. 4 Abs. 2 BayIntG erfassten Migrantinnen und Migranten in den ersten Jahren nach der Flucht ohne große finanzielle Mittel lebe und in dieser Zeit häufig an Verwaltungsverfahren beteiligt und auf die Dienste von Dolmetschern und Übersetzern angewiesen sei, greife Art. 4 Abs. 4 BayIntG in ihr Recht auf ein faires Verfahren ein. Die Vorstellung, jedermann könne nach dreijährigem Aufenthalt in Deutschland ein ausreichend hohes Sprachniveau erreichen, sei angesichts der unterschiedlichen persönlichen Voraussetzungen lebensfremd. Die Sanktion für unzureichenden Spracherwerb sei nicht nur unverhältnismäßig, sondern auch gleichheitswidrig, weil ein Zusammenhang zwischen Spracherwerb und Aufenthaltsdauer statuiert werde. Der sprachunkundige Ausländer könne es weder bestimmen noch beeinflussen, in welchen Fällen und in welcher Intensität die Behörden die Heranziehung eines Dolmetschers oder Übersetzers veranlassten. Wegen fehlender Maßstäbe für die Ausübung des Ermessens könne auch eine verfassungskonforme Interpretation im

Rahmen des Ermessens den Verfassungsverstoß nicht ausschließen, es werde vielmehr einer willkürlichen Handhabung der Bestimmung Tür und Tor geöffnet.

10 bb) Der in Art. 4 Abs. 4 Satz 2 BayIntG geregelte Ausschluss von Haftungsansprüchen bei Übersetzungsfehlern eines von der Behörde beauftragten Dolmetschers oder Übersetzers verstoße gegen die Bindung an Recht und Gesetz (Art. 3 Abs. 1 BV). Die Dolmetscher und Übersetzer würden von der Verwaltung beauftragt, um deren Arbeit zu ermöglichen und um die Rechte des Betroffenen z. B. bei der Anhörung nach Art. 28 BayVwVfG zu wahren. Sie würden daher auf der Seite des Staates tätig und seien auch nur gegenüber der Behörde vertraglich gebunden. Entgegen der Vorstellung des Gesetzgebers handle es sich um Verwaltungshelfer oder Beliehene und damit um Beamte im haftungsrechtlichen Sinn, für die der Staat nicht nur bundesrechtlich nach Art. 34 GG i. V. m. § 839 BGB, sondern auch gemäß Art. 97 BV nach Amtshaftungsgrundsätzen hafte. Wegen dieser landesverfassungsrechtlichen Regelung komme es nicht darauf an, ob ein Verstoß gegen Bundesrecht offenkundig zutage trete und schwerwiegend sei. Selbst wenn man eine gesetzliche Einschränkung der Staatshaftung auf Landesebene für zulässig halte, müsse sie sachlich gerechtfertigt sein. Auf die Bedeutung einer aktivierenden Integrationspolitik könne insoweit nicht verwiesen werden, da das Bayerische Integrationsgesetz nichts mit der Staatshaftung zu tun habe. Die Zweck-Mittel-Relation werde verfehlt, wenn auf der einen Seite tragende Verfassungsgrundsätze (Rechtsstaat, rechtliches Gehör, Gleichheitssatz) stünden, während es auf der anderen Seite dem Gesetzgeber vordergründig um die Abwehr von Sekundäransprüchen gehe. Ein solches Beispiel demonstrativer Gesetzgebung könne auch nicht im Hinblick auf eine angeblich unklare Haftungslage bei Dolmetschern und Übersetzern gerechtfertigt werden.

11 d) Die Regelung des Art. 6 Satz 1 BayIntG, wonach alle Kinder in Kindertageseinrichtungen zentrale Elemente der christlich-abendländischen Kultur erfahren sollten, sei nach ihrem Wortlaut dahingehend auszulegen, dass die Vermittlung christlich-religiöser Elemente vom Gesetzgeber intendiert sei. Dies werde bei einer systematischen Auslegung mit Blick auf Satz 2 der Präambel bestätigt. Der in Art. 6 Satz 1 BayIntG verwendete Begriff des „Erfahrens" gehe über eine Wissensvermittlung hinaus und meine ein „an sich selbst Erleben". Mit den „zentralen Elementen" der christlich-abendländischen Kultur meine der Gesetzgeber die typischen Merkmale, Komponenten und Wesenszüge der christlichen Religion. Damit berühre die Vorschrift den Schutzbereich des elterlichen Erziehungsrechts nach Art. 126 Abs. 1 BV und der Glaubens-, Gewissens- und Bekenntnisfreiheit nach Art. 107 Abs. 1 BV. Diese Grundrechte seien auch beim freiwilligen Besuch privater Kindertageseinrichtungen zu beachten; die für die Schule in Art. 131 Abs. 2 BV formulierten Bildungsziele könnten für den vorschulischen Bereich keine Geltung beanspruchen. Die Religionsfreiheit umfasse ebenso wie die Erziehungsfreiheit der Eltern das Recht, die Kinder von Glaubensüberzeugungen fernzuhalten. Der Staat sei bei der Ausübung seines Bildungs- und Erziehungsauftrags zur Neutra-lität verpflichtet und dürfe nicht bestimmte Bekenntnisse, Religionen oder Weltanschauungen privilegieren oder das säkularisierte Gemeinwesen in spezifischer Weise religiös oder weltanschaulich zu prägen versuchen. Mit Art. 6 Satz 1 BayIntG werde gegen diese Neutralitätspflicht verstoßen und aktiv in die religiöse Erziehung von Kindern eingegriffen.

12 Der Eingriff könne nicht gerechtfertigt werden, da das Erfahren der Werte und

Traditionen des christlichen Abendlands nicht notwendig sei, um das Kindeswohl zu wahren; es seien im Gegenteil Konflikte innerhalb der Familien und zwischen den Familien und den Kindertagesstätten zu befürchten. Die Regelung sei auch nicht verhältnismäßig, da die Erfahrung christlich-abendländischer religiöser Werte nicht geeignet sei, die Integration von Kindern in Kindertagesstätten zu fördern. Eltern mit nicht- oder andersgläubigem Hintergrund werde das Christentum als von der Gesellschaft vorausgesetztes Identifizierungsmerkmal vorgesetzt; sie würden damit unter Druck gesetzt, sich einer vermeintlich religiösen Identität zu beugen, die für die Zugehörigkeit faktisch nicht Voraussetzung sei. Ob damit der Integrationswille gestärkt werde, sei höchst zweifelhaft. Die freie Gesellschaft mache sich durch das Überstülpen christlich-abendländischer Werte unglaubwürdig. Selbst im hypothetischen Fall ihrer Eignung sei die Norm jedenfalls nicht erforderlich. Ein milderes Mittel der Integrationsförderung bestehe bereits in Art. 10 f. BayKiBiG, wonach die Befähigung zur Integration eines der ausdrücklichen Ziele der Bildungs- und Erfahrungsmöglichkeiten der Kindertagesstätten sei. Wegen der Bevormundung der Eltern in der religiösen Erziehung ihrer Kinder sei Art. 6 Satz 1 BayIntG auch unverhältnismäßig im engeren Sinn; er stehe in keinem angemessenen Verhältnis zum Eingriff in die Erziehungs- und negative Religionsfreiheit. Dass die Norm weitgehend denselben Wortlaut habe wie § 4 AVBayKiBiG, führe zu keinem anderen Ergebnis, da gegen diese seit 2005 geltende Bestimmung dieselben verfassungsrechtlichen Bedenken bestünden.

13 e) Die Bestimmung des Art. 11 Satz 2 BayIntG, wonach die Rundfunkangebote einen Beitrag zur Vermittlung der Leitkultur leisten sollten, umschreibe trotz ihrer sprachlich weiten Fassung einen ausschließlich gegenüber Migrantinnen und Migranten zu erfüllenden Auftrag, da die bayerische Leitkultur nach den in der Präambel formulierten Vorstellungen des Gesetzgebers von der bayerischen Bevölkerung bereits gelebt werde und ihr ebenso wie die deutsche Sprache nicht mehr vermittelt werden müsse. Entgegen der Gesetzesbegründung, wonach Art. 11 BayIntG nur die Programmverantwortlichen zur verstärkten Berücksichtigung der genannten Aspekte „ermuntern" solle, handle es sich um einen klaren Programmauftrag zur Vermittlung der Leitkultur. Prüfungsmaßstab sei daher die zur Rundfunkfreiheit nach Art. 111 a BV gehörende Programmfreiheit, die sich auf die Auswahl, den Inhalt und die Ausgestaltung der Programme beziehe. Selbst wenn in dem Auftrag, zur Vermittlung der Leitkultur beizutragen, kein Programmauftrag gesehen würde, sei jedenfalls der Schutzbereich der Rundfunkfreiheit im Hinblick auf die Programmverantwortlichen und auf jeden Rezipienten eröffnet. Art. 11 Satz 2 BayIntG sei kein zur Einschränkung der Rundfunkfreiheit geeignetes allgemeines Gesetz, da die Vorschrift nicht zu der positiven Rundfunkordnung gehöre, die den rechtlichen Rahmen zur Ermöglichung von Rundfunk vorgebe. Vielmehr handle es sich um eine Einschränkung des durch Art. 4, 5 BayMG und §§ 26 bis 34 RStV vorgegebenen Ausgewogenheitsgebots und um einen Eingriff in die Programmgrundsätze. Die Vermittlung der Leitkultur an Migrantinnen und Migranten durch Angebote in Rundfunk und Telemedien konfligiere unmittelbar mit Art. 4 Satz 2 BayMG, da die Ausgewogenheit des Programms sich nicht damit vertrage, dass von der Leitkultur ein für die Migrantinnen und Migranten als verbindlich gedachter Achtungsanspruch ausgehen solle. Wenn die Leitkultur absolut gesetzt werde, trete an die Stelle der durch die Programmfreiheit geschützten Meinungspluralität im Bereich dessen, was die „kulturelle

Grundordnung der Gesellschaft" ausmache, die von Art. 11 Satz 2 BayIntG geforderte Weltanschauung. Dies widerspreche dem in Art. 111 a Abs. 1 Satz 4 BV formulierten Gebot, die sittlichen, religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen anderer zu achten. Eine Rechtfertigung für den Eingriff sei nicht ersichtlich. Jede Vorschrift, die in die inhaltliche Programmfreiheit eingreife und nicht durch die Schranken des Grundrechts gerechtfertigt sei, verstoße gegen den Grundsatz der Staatsfreiheit des Rundfunks und damit gegen Art. 111 a BV.

14 f) aa) Die in Art. 13 BayIntG normierte Befugnis der Sicherheitsbehörden, Personen unter bestimmten Voraussetzungen zu verpflichten, sich einem Grundkurs über die Werte der freiheitlichen demokratischen Grundordnung zu unterziehen, beziehe sich nicht auf den Begriff der Leitkultur oder die Bayerische Verfassung, sondern verweise auf das Grundgesetz und auf einfachgesetzliche Materien des Bundesrechts wie das deutsche Straf-, Ehe- und Familienrecht. Die Vorschriften des Art. 13 Abs. 1 und 2 BayIntG seien mangels Anknüpfung an eine Gefahr nicht dem Sicherheitsrecht, sondern dem Ordnungswidrigkeitenrecht zuzurechnen. Art. 13 BayIntG sei eine Sanktionsnorm, da sie bei Verstößen ein Übel androhe; damit solle laut Gesetzesbegründung „konkreter Akzeptanzdruck" geschaffen werden. Prüfungsmaßstab sei daher das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot des Art. 104 Abs. 1 BV. Die tatbestandliche Unbestimmtheit mache die Norm verfassungswidrig und verhindere auch ihre Anwendung, wie sich aus parlamentarischen Auskünften ergebe, wonach seit dem Inkrafttreten des Art. 13 BayIntG kein einziger Grundkurs abgehalten worden sei.

15 Die Vorschrift sage nicht, was ein Regelverstoß sei, wann er als demonstrativ oder schwerwiegend anzusehen sei und durch welche konkrete Handlung er begangen werde. Die Gesetzesbegründung erwähne nur ein grob ungebührliches Verhalten gegenüber Einsatzkräften, ohne dass der Tatbestand darauf beschränkt sei. Mit der pauschalen Verweisung auf die Rechts- und Werteordnung in der Paragrafenüberschrift würden auch nicht normierte Werte zum tauglichen Objekt eines Regelverstoßes gemacht. Im Zusammenhang mit der in der Präambel als bestehend vorausgesetzten Leitkultur werde deutlich, dass jeder Verstoß gegen die „kulturelle Prägung unseres Landes" den Tatbestand erfülle. Dies zeige sich besonders im Ehe- und Familienrecht. So sei zu fragen, ob der Tatbestand des Art. 13 Abs. 1 BayIntG schon erfüllt sei, wenn sich ein Ehemann entgegen § 1356 BGB beharrlich der Mithilfe im Haushalt verweigere, wenn eine muslimische Migrantin in der Fußgängerzone drei Schritte hinter ihrem Ehemann gehe oder wenn zwei Ehefrauen im Ausland nach der dortigen Rechtsordnung legal denselben Mann geheiratet hätten. Bei der vom Gesetz verlangten Achtung handle es sich um einen innerpsychischen Vorgang. Sanktioniert würden die grundsätzliche Ablehnung des staatlichen Regelungsanspruchs und die hieraus resultierenden, die Rechts- und Werteordnung als Ganzes infrage stellenden Verstöße. Damit werde die Grenze zum Gesinnungsstrafrecht überschritten. Das Bestimmtheitsgebot sei jedenfalls dadurch verletzt, dass die Sanktion in das Ermessen der Sicherheitsbehörde gestellt und die Verwirklichung des Sanktionsanspruchs daher nicht vorhersehbar sei.

16 bb) Mit Art. 13 Abs. 1 und 2 BayIntG werde aus den genannten Gründen auch gegen das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot (Art. 3 Abs. 1 Satz 1 BV) verstoßen. Dies gelte besonders für Absatz 2, nach dessen Formulierung auch Verstöße gegen Sitte und Moral, gegen Gebote der Höflichkeit und der

Umgangsformen sowie gegen die Leitkultur sanktioniert würden. Die Norm habe damit keinen bestimmbaren Anwendungsbereich mehr. Zu unbestimmt sei auch die Rechtsfolgenseite, da der Grundkurs über die Werte der freiheitlichen demokratischen Grundordnung nicht konkretisiert werde und die inhaltliche Ausgestaltung damit im Belieben der Person stehe, die den Kurs abhalte. Ein Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip liege auch in der Nichteinhaltung der grundgesetzlichen Kompetenzordnung. Da der Bund von seiner Kompetenz im Strafrecht nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1, Art. 72 Abs. 1 GG umfassend Gebrauch gemacht und insbesondere durch § 98 AufenthG das ausländerrechtliche Ordnungsrecht umfassend und bußgeldbewehrt geregelt habe, sei für weitergehende landesrechtliche Sanktionsvorschriften wie Art. 13 Abs. 1 und 2 BayIntG kein Raum mehr. Die im Integrationsgesetz (BGBl 2016 I S. 1939) aufgestellten Forderungen seien nicht sanktionsbewehrt; darin liege ein absichtsvoller Regelungsverzicht des Bundesgesetzgebers.

17 g) Das Verbot des Unterlaufens der verfassungsmäßigen Ordnung (Art. 14 BayIntG) habe ebenfalls Sanktionscharakter und sei am strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot des Art. 104 Abs. 1 BV zu messen. Die in Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 BayIntG der geltenden verfassungsmäßigen Ordnung als Tatbestandsmerkmal gegenübergestellte andere Rechtsordnung sei inhaltlich in keiner Weise konturiert und daher weder bestimmt noch bestimmbar. Nach der Gesetzesbegründung sei an Aufrufe gedacht gewesen, vorrangig der Scharia statt dem staatlichen Recht zu folgen. Da dies im Gesetz nicht zum Ausdruck gekommen sei, erfülle der Aufruf zu jeder Abweichung vom Kanon der geltenden verfassungsmäßigen Ordnung den Tatbestand, also z. B. auch Bestrebungen zur Wiedereinführung der Monarchie in Bayern oder zu sonstigen Änderungen der bisher geltenden verfassungsmäßigen Ordnung. Unter Bestimmtheitsgesichtspunkten problematisch seien auch die Begriffe des Unterwerfens (Art. 14 Abs. 1 Nr. 2 BayIntG) und des Vollziehens oder Vollstreckens (Art. 14 Abs. 1 Nr. 3 BayIntG). Da in Deutschland nur deutsches Recht und Unionsrecht gelte, gebe es hier keine rechtlich bindenden Unterwerfungs-, Vollzugs- und Vollstreckungsakte einer anderen Rechtsordnung, die vom Tatbestand erfasst werden könnten. Soweit an in Deutschland nicht geltende Normen anderer Rechtsordnungen gedacht sei, seien diese hier nicht vollziehbar oder vollstreckbar; jeder Versuch dazu verstoße gegen deutsches Strafrecht. Es blieben damit nur noch kulturelle Verhaltensgebote, die sich aus einer fremden Leitkultur und aus der kulturellen Identität jedes Einzelnen ergeben könnten, die aber wegen ihrer Vielgestaltigkeit keine Rechtsordnung im Sinn des Art. 14 BayIntG sein könnten. Fehle es an dem mit dem Recht unlösbar verbundenen Geltungsanspruch, so handle es sich um Brauchtum, Sitte oder gesellschaftliche Konventionen, deren Befolgung in Bayern erlaubt sei, wenn kein ausdrückliches Verbot bestehe. Die laut Gesetzesbegründung der präventiven Gefahrenabwehr und insbesondere dem Schutz des staatlichen Gewalt- und Rechtsetzungsmonopols dienende Vorschrift des Art. 14 BayIntG verstoße gegen die bundesrechtliche Kompetenzordnung, da die Aufrechterhaltung der verfassungsmäßigen Ordnung und der Schutz des staatlichen Gewaltmonopols im Strafgesetzbuch bereits umfassend und abschließend geregelt seien; eine ordnungsrechtliche Erweiterung des Strafrechts sei unzulässig.

2. Vf. 7-VIII-17

18 Die Fraktion Bündnis 90/Die Grünen im Bayerischen Landtag (Antragstellerin zu II)

macht mit ihrem am 9. Mai 2017 eingegangenen Antrag gegenüber der CSU-Landtagsfraktion und der Bayerischen Staatsregierung geltend, die Präambel sowie Art. 1 bis 11, 13, 14, 17 a Abs. 1 Nr. 5 und Abs. 5 bis 12 BayIntG verstießen aus den von ihren Abgeordneten im Gesetzgebungsverfahren mehrfach vorgebrachten Gründen gegen die Bayerische Verfassung.

19 a) aa) Das in Art. 1 Satz 2 BayIntG genannte Ziel einer Integrationspflicht sei als ausfüllungsbedürftiger Gestaltungsrahmen nach Art. 3 Abs. 8 BayIntG an alle Behörden der unmittelbaren und mittelbaren Landesverwaltung adressiert und könne insbesondere bei Ermessensentscheidungen rechtlich relevant werden. Der Landesgesetzgeber verfüge insoweit über keine Gesetzgebungskompetenz, sodass das Rechtsstaatsprinzip des Art. 3 Abs. 1 Satz 1 BV verletzt werde. Die Länder seien nach Art. 72 Abs. 2 GG an der Einführung einer Integrationspflicht gehindert, da das Aufenthaltsgesetz des Bundes bewusst auf eine solche Regelung verzichtet habe. Die Regelungskompetenz für Fragen der Integration von Ausländern folge aus Art. 74 Abs. 1 Nrn. 4 und 6 GG. Integration könne als eine Facette des Aufenthalts und der Niederlassung angesehen und damit diesen kompetenzrechtlichen Begriffen zugeordnet werden, soweit ihr Schwerpunkt nicht in anderen Sachmaterien liege, etwa im Sozial- oder Familienrecht. Die einschlägigen bundesrechtlichen Regelungen fänden sich in den §§ 43 bis 45 AufenthG, in denen es um Integrationskurse und -programme gehe. Auch wenn daneben den Ländern Platz für substanzielle eigene Gesetzesregelungen verbleibe, sei jedenfalls ein Nachbessern durch den Landesgesetzgeber ausgeschlossen, soweit von der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz abschließend Gebrauch gemacht worden sei.

20 Die Frage einer Integrationspflicht habe das Aufenthaltsgesetz geregelt, indem es auf deren Einführung verzichte. Der ursprüngliche Gedanke, dass die Integration „gefördert" werde, sei 2007 um die Formulierung „und gefordert" (§ 43 Abs. 1 AufenthG) ergänzt worden. Laut der Gesetzesbegründung werde von den Ausländern verlangt, eigene Anstrengungen zu ihrer Integration zu unternehmen; dazu gehöre, ausreichende Kenntnisse der deutschen Sprache zu erwerben, das Gewaltmonopol des Staates zu achten, die Werteordnung des Grundgesetzes verbindlich anzuerkennen, sich zur Glaubens-, Religions-, Meinungs- und Pressefreiheit sowie zur Gleichberechtigung von Mann und Frau zu bekennen. Nach wie vor stehe aber die Förderung im Mittelpunkt; eine Pflicht zur Anerkennung der Rechtsordnung (oder der „Kultur" Deutschlands) werde nicht formuliert. Eine Pflicht, sich zu integrieren, enthalte das Aufenthaltsgesetz nicht; sie werde auch nicht als Ziel formuliert. Der Aspekt des Forderns werde im Aufenthaltsgesetz bewusst nicht mit Inhalt gefüllt; er sei damit nicht mehr als ein symbolischer Akt. Dies werde dadurch bestätigt, dass der Bundesgesetzgeber beim Integrationsgesetz vom 31. Juli 2016 (BGBl I S. 1939) ebenfalls auf konkrete Maßnahmen des Forderns verzichtet habe. Auch § 45 AufenthG spreche nur von Integrationsangeboten der Länder und damit von landesrechtlichen Regelungen der Integrationsförderung. Im Verzicht des Bundesgesetzgebers auf eine Integrationspflicht werde die – auch grundrechtlich motivierte – migrationspolitische Grundsatzentscheidung sichtbar, derzufolge das politische Ziel des Forderns und Förderns der Integration sich nur mit einem eingeschränkten rechtlichen Instrumentarium erreichen lasse und Rechtspflichten zur Integration allenfalls freiwillig durch eine Integrationsvereinbarung begründet werden könnten.

Das Integrationsgesetz des Bundes setze Integrationsanreize, verpflichte aber nicht zur Integration.

21 Der Verstoß des Bayerischen Integrationsgesetzes gegen die Sperrwirkung aus Art. 72 Abs. 2 GG sei offensichtlich. Es handle sich auch um einen schwerwiegenden Eingriff in die Rechtsordnung. Die Verwaltungstätigkeit bekomme durch die Ausrichtung am Ziel der Integrationspflicht ein anderes Gepräge; aus den Bestimmungen des Gesetzes ergäben sich für die Adressaten konkrete Eingriffe. Die anderen Bundesländer hätten dagegen in ihren Integrationsgesetzen auf eine Integrationspflicht verzichtet; auch die Bayerische Verfassung beschränke sich beim Schutz der kulturellen Überlieferung (Art. 3 Abs. 2 Satz 1 BV) auf das Unterstützen kulturellen Lebens (Art. 124 bis 150 BV). Die aus dem Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip folgende Nichtigkeit umfasse nicht nur Art. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BayIntG, sondern auch alle mit dem Ziel der Integrationspflicht verknüpften Vorschriften. Da diese sich jedoch aufgrund fehlender Bestimmtheit nicht von den Vorschriften abgrenzen ließen, die der Integrationsförderung dienten, müssten sämtliche auf die Integrationsziele bezogenen Regelungen als verfassungswidrig qualifiziert werden. Von der Nichtigkeit ausgenommen seien somit nur die Art. 12 bis 17 sowie Art. 17 a Abs. 1 bis 4 und 7 bis 8 BayIntG.

22 bb) Das Bayerische Integrationsgesetz verletze das Rechtsstaatsprinzip des Art. 3 Abs. 1 Satz 1 BV auch dadurch, dass es im Widerspruch zum Integrationskonzept des Bundes stehe. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dürften die Länder durch ihre Regelungen keine Widersprüchlichkeit der Rechtsordnung herbeiführen. Das Integrationskonzept des Bayerischen Integrationsgesetzes bestehe im Kern in der Idee der Assimilation von Ausländern, während das Bundesrecht auf gegenseitige Akzeptanz und Durchdringung der Lebensweisen und Kulturen von Aufnahmegesellschaft und Zuwanderern angelegt sei; es könne mit dem Begriff der Akkulturation umschrieben werden. Indem das bayerische Recht die Anerkennung der Leitkultur als eine an Ausländer gestellte Anforderung formuliere, bekomme deren soziale, ökonomische und kulturelle Eingliederung eine andere Ausrichtung; sie müssten sich einseitig anpassen. Vom Bundesgesetzgeber werde Integration dagegen so verstanden, dass Ausländer in der Teilhabe am sozialen, kulturellen und wirtschaftlichen Leben ihre eigene kulturelle Prägung behalten könnten. Das Aufenthaltsgesetz schließe mithin die Vorgabe einer Leitkultur aus. Dahinter stehe die migrationspolitische Grundentscheidung des Bundesgesetzgebers, die Gesinnung von Zuwandernden erst bei der Einbürgerung in den Blick zu nehmen, die ein Bekenntnis zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung voraussetze (§ 10 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StAG). Dass die kulturelle Identität der Zuwandernden im Aufenthalts- und Staatsangehörigkeitsrecht keine Rolle spiele, sei Ausdruck einer sanften Integrationspolitik, die den Pluralismus ethischer und moralischer Vorstellungen und die Vielfalt kultureller Eigenheiten akzeptiere. Die Vorgabe einer Leitkultur stehe im Gegensatz zu einem solchen Modell; sie verknüpfe den Integrationsprozess und die Teilhabe mit einer einseitigen kulturellen Anpassung von Ausländern an eine hiesige Kultur. In verschiedenen Vorschriften würden Maßnahmen der Integrationsförderung mit einem Leitkulturvorbehalt angereichert. Die im Widerspruch zum Bundesrecht stehende Orientierung an einer Leitkultur sei ein offensichtlicher Verstoß gegen rechts- und bundesstaatliche Grundsätze. Es handle sich um einen schwerwiegenden Eingriff in die Rechtsordnung, da auch

beim Vollzug des Bundesrechts (Aufenthaltsgesetz, Asylgesetz etc.) zusätzlich über Art. 3 Abs. 8 BayIntG die landesrechtlichen Regelungen mit dem Vorbehalt der Leitkultur anzuwenden seien, sodass die bayerischen Verwaltungsbehörden vor gegenläufigen Richtungsvorgaben stünden. Für den Umfang der Nichtigkeit gelte hier das Gleiche wie im Zusammenhang mit der Gesetzgebungskompetenz.

23 cc) Das Rechtsstaatsgebot der Bayerischen Verfassung sei zudem deshalb verletzt, weil die Platzierung der Zitierklausel in Art. 18 BayIntG (a. F.) nicht den Anforderungen aus Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG genüge. In den grundrechtsbeschränkenden Vorschriften der Art. 14 Abs. 1, Art. 17 a Abs. 1 Nr. 5, Abs. 7 und 9 bis 12 BayIntG würden die betroffenen Grundrechte (Art. 8, 13, 11 und 2 Abs. 2 Satz 2 GG) nicht genannt. Der auf das Stammgesetz (Art. 1 bis 17 BayIntG) und das Mantelgesetz (Art. 17 a BayIntG) folgende und beide Teile umfassende Art. 18 BayIntG (a. F.) mache nicht hinreichend deutlich, welche Gesetzesbestimmungen welche Grundrechte einschränkten. Die Vorschrift überführe das Zitat nicht in die nach Art. 17 a BayIntG geänderten Gesetze, die zum Teil selbst bereits Zitate im Sinn des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG enthielten. Da sich diese nur auf den jeweiligen Bestand des Gesetzes bezögen, habe der Mantelteil des Bayerischen Integrationsgesetzes nicht von der Zitierklausel ausgenommen werden dürfen. Der Gesetzesanwender sehe sich daher einer Fülle von selbstständigen (Stammgesetz) und ändernden (Mantelgesetz) Vorschriften gegenüber und könne allenfalls durch gründliche Lektüre und Überlegung herausfinden, durch welche Vorschrift welches der in Art. 18 BayIntG (a. F.) genannten Grundrechte eingeschränkt werde. Die Warn- und Besinnungsfunktion des Zitiergebots werde damit verfehlt. Dass der Sinn der Zitierklausel wegen deren – von der bisherigen Praxis abweichenden – Platzierung auch von den Mitgliedern des Bayerischen Landtags offensichtlich nicht erfasst worden sei, zeige sich an Redebeiträgen von Oppositionsvertretern, die eine Streichung der Klausel gefordert hätten in der Annahme, durch diese würden die genannten Grundrechtseingriffe überhaupt erst ermöglicht. Der Verstoß gegen Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG führe zur Verfassungswidrigkeit der grundrechtsbeschränkenden Vorschriften des Gesetzes.

24 dd) In der Verweisung des Bayerischen Integrationsgesetzes auf die Leitkultur liege ein Verstoß gegen das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot. Der in Satz 13 der Präambel angesprochene Grundkonsens werde zur „Grundordnung" erklärt und damit normativ transformiert. Die Präambel präge die Auslegung des Bayerischen Integrationsgesetzes; viele Normen des Gesetzes nähmen als Tatbestandsmerkmal Bezug auf die Leitkultur. In der Präambel werde der Begriff ansatzweise näher umschrieben, ohne dass darin eine wirkliche Begriffsbestimmung enthalten sei. Der in Satz 13 der Präambel durch den Verweis auf die vorhergehenden Sätze genannte identitätsbildende Grundkonsens sei außerordentlich weit gefasst und auch Veränderungen in der Zeit unterworfen; für die Bestimmung des Begriffs der Leitkultur sei die Präambel letztlich unergiebig. Auch die üblichen Auslegungsmethoden erlaubten keine Präzisierung. Der Begriff der Kultur sei kein etablierter Rechtsbegriff und nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs nur schwer zu umreißen; in der Verfassungsrechtswissenschaft diene er der heuristischen Bündelung ganz unterschiedlicher Phänomene. Auch aus den Landtagsdebatten zur Leitkultur lasse sich kein subsumtionsfähiger Inhalt generieren. Während in der Gesetzesbegründung davon ausgegangen werde, dass die Präambel die bayerische Identität umschreibe, habe Staatsministerin Müller in

einer Rede ausgeführt, dass es die typische bayerische Leitkultur nicht gebe und dass das Gesetz auf eine deutsche Leitkultur ziele. In den Äußerungen der Antragsgegner habe der Fokus immer wieder geschwankt zwischen einem Bezug auf Bayern und einer Erweiterung des Leitkulturkonzepts auf die kulturellen Gegebenheiten Deutschlands. Im Unterschied zu spezifischen, kontextualisierten Regelungswerken (Bayerisches Gesetz über das Erziehungs- und Unterrichtswesen, Polizeiaufgabengesetz, Gemeindeordnung etc.) könne bei der kulturbezogenen Begrifflichkeit des Bayerischen Integrationsgesetzes nicht auf Erfahrungen mit ähnlichen Regelungen in der Vergangenheit oder aus anderen Bundesländern zurückgegriffen werden. Anders als in den Fällen einer experimentellen Gesetzgebung, bei denen unter dem Blickwinkel des Bestimmtheitsgrundsatzes eine besonders große Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers bestehe, seien die Regelungen des Bayerischen Integrationsgesetzes mit Ausnahme des Art. 8 BayIntG auch nicht befristet. Wegen des unvertretbar großen Spielraums der Behörden bei der Definition der Leitkultur wüssten die Migrantinnen und Migranten nicht, welches Verhalten von ihnen im Rahmen ihrer Integrationspflicht (Art. 1 Sätze 1 und 2 BayIntG) im Alltag erwartet werde. Entsprechendes gelte für die an der Leitkultur ausgerichteten staatlichen Angebote der Integrationsförderung und die anderen mit den Integrationszielen des Art. 1 BayIntG verknüpften staatlichen Tätigkeiten. Der einzige mit dem Begriff zu verbindende Sinn liege darin, in politischen Debatten eine Politik zu kennzeichnen, die das Gegenmodell zum Multikulturalismus darstellen solle. Da das Erfordernis, die Leitkultur zu achten, das ganze Gesetz durchziehe, seien der gesamte materielle Teil des Stammgesetzes (Präambel bis Art. 11 BayIntG) und Art. 17 a Abs. 5, 6, 9 bis 13 BayIntG verfassungswidrig.

25 ee) Ein weiterer Verstoß gegen das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot resultiere daraus, dass nicht genau gesagt werde, was als Erfüllung der Integrationspflicht gelte. In einer Reihe von Bestimmungen werde deutlich, dass das Gesetz Integration nicht lediglich erwarte, sondern rechtlich einfordere, nämlich in Art. 3 Abs. 2, Art. 4 Abs. 2 und 3, Art. 7 Abs. 1 und Art. 9 BayIntG. Es bleibe offen, ob die Nichterfüllung der Integrationspflicht auch Konsequenzen bei der Anwendung anderer Gesetze habe, z. B. den Tatbestand der Generalklausel des Art. 11 Abs. 1 PAG erfülle. Weder der Inhalt der Integrationspflicht sei klar noch deren Reichweite.

26 Zu unbestimmt sei das Gesetz ferner, weil zwischen integrationsfördernden Bestimmungen und solchen, die dem Ziel der Integrationspflicht dienten, nicht unterschieden werde, sodass bei einigen Vorschriften der persönliche Anwendungsbereich ungeregelt bleibe. Trotz der Definition unterschiedlicher Adressatengruppen in Art. 2 BayIntG sei es nicht durchgehend möglich anzugeben, welche Regelungen für die der Integrationspflicht unterliegenden Ausländer zusätzlich zu den für alle Gruppen geltenden integrationsfördernden Vorschriften anwendbar seien. Denn mit Ausnahme der Art. 13 und 14 BayIntG, die sich an jedermann richteten, finde sich in nahezu jeder Vorschrift ein Bezug zur Förderung der Integration. Der als Beispiel für eine integrationsfördernde Regelung genannte Art. 3 BayIntG enthalte in Abs. 8 eine Bestimmung, die auch auf die Integrationspflicht Bezug nehme. Art. 4 BayIntG lege in Abs. 2 das rechtlich unklare Ziel des Erlernens der deutschen Sprache fest, fordere mit der Verpflichtung zur Kostenerstattung in Abs. 3 Satz 3 eine Integrationsanstrengung,

die der Integrationspflicht zuzuordnen sei, und treffe mit der Auferlegung von Dolmetscherkosten nach Abs. 4 eine Regelung, bei der mit den üblichen Auslegungsmethoden nicht entschieden werden könne, ob sie zur Integrationsförderung oder zur Integrationspflicht gehöre. Letzteres gelte ebenso für die bußgeldbewehrten Verpflichtungen zur Teilnahme an der Sprachstandserhebung nach Art. 5 Abs. 2 Satz 4 BayIntG und zum Besuch eines Vorschul-Sprachkurses sowie zur Teilnahme an einem entsprechenden Elterngespräch nach Art. 5 Abs. 3 BayIntG; hier sei schon offen, ob sich die Norm nur an Ausländerinnen und Ausländer richte. Die Regelungen in Art. 17 a Abs. 9 bis 12 BayIntG über den Deutsch- und Integrationsunterricht für bestimmte in staatlichen Einrichtungen untergebrachte Personen unterschieden nicht ausdrücklich danach, ob die Betroffenen Inländer oder Ausländer seien. Da der Unterricht den Integrationszielen des Art. 1 BayIntG dienen solle, sei aber davon auszugehen, dass Ausländer die Adressaten seien; dies werde auch in der Gesetzesbegründung angenommen. Ob der persönliche Anwendungsbereich auf die der Integrationspflicht unterliegenden Ausländer beschränkt sei oder wegen des Bezugs zur Integrationsförderung weiter zu verstehen sei, lasse sich aufgrund der vom Gesetzgeber gewählten Regelungstechnik nicht entscheiden. Die unzureichende Unterscheidung von integrationsfördernden und der Integrationspflicht dienenden Regelungen führe zu einer elementaren Unbestimmtheit des Gesetzes und durchziehe die auf Art. 3 BayIntG folgenden Vorschriften bis hin zu Art. 11 BayIntG, die daher nichtig seien. Hilfsweise werde geltend gemacht, dass sich die Unbestimmtheit jedenfalls bei den genannten Bestimmungen der Art. 4 Abs. 3 Satz 3 und Abs. 4, Art. 5 Abs. 2 Satz 4 und Art. 17 a Abs. 9 bis 12 BayIntG auswirke.

27 ff) Art. 1 Satz 2 BayIntG richte sich nicht nur an den Staat, sondern begründe für die Adressaten des Gesetzes eine Integrationspflicht, wie sich aus dem Wortlaut sowie aus der Bezugnahme auf diese Vorschrift z. B. in Art. 7 Abs. 1 und Art. 9 BayIntG ergebe. Immer wenn das Gesetz von den Integrationszielen spreche oder auf die Integrationspflichten verweise, werde damit die Verpflichtung zur unabdingbaren Achtung der Leitkultur in Art. 1 Satz 2 BayIntG aufgegriffen. Diese Zielsetzung als unmittelbarer Bestandteil der Integrationspflicht und prägende Vorgabe für die Integrationsförderung sei verfassungswidrig, weil sie der Gemeinwohlbindung des Freistaates Bayern nach Art. 3 Abs. 1 Satz 2 BV widerspreche. Durch die Vorgabe bestimmter kultureller Gehalte als Mindeststandard für alle werde die Orientierung am Gemeinwohl aufgegeben. Zwar gehöre es zum Inhalt demokratischer Entscheidungen, bestimmte Vorstellungen der Abstimmungsmehrheit für alle verbindlich zu machen. Der freiheitliche Verfassungsstaat greife aber nicht darauf zu, welche Werte die Einzelnen für sich selbst anerkennen oder in und mit welcher Kultur sie ihr Leben führen wollten. Bevorzuge der Staat bestimmte kulturelle, ethische oder religiöse Auffassungen, verfolge er keinen legitimen öffentlichen Zweck.

28 Durch das Bayerische Integrationsgesetz solle laut Gesetzesbegründung „im Interesse jedenfalls der demokratischen Mehrheit ... die gewachsene und charakteristisch-kollektivistische Prägung unseres Landes erhalten bleiben". Die Vorstellungen davon, wie die demokratische Mehrheit leben wolle, würden gleichsam für allgemeinverbindlich erklärt. Der dem Gesetzgeber zustehende Gestaltungsspielraum bei der Bestimmung des Gemeinwohls greife hier ins Leere,

da das Bayerische Integrationsgesetz gar nicht beanspruche, im Interesse des Gemeinwohls erlassen zu sein, sondern nur die Lebensweise einer bestimmten Mehrheit schützen solle. Dies sei etwas anderes als lediglich ethisch, kulturell oder religiös imprägnierte Regelungen zu erlassen, etwa durch die Festlegung von Feiertagen oder die Aufstellung von Bildungszielen. Den in Satz 13 der Präambel genannten Grundkonsens, der das notwendige Maß an Neutralität wahren könnte, gebe es in Bayern nicht. Die fehlende Orientierung am Gemeinwohl zeige sich auch an der in Satz 5 der Präambel geforderten Loyalität gegenüber Volk und Verfassung, Staat und Gesetzen. Das Gesetz richte sich damit an die innere Einstellung der Menschen. Wenn der Staat deren Haltung reglementiere, überschreite er die durch den Neutralitätsgrundsatz gezogenen Grenzen. Die gleichlautende Formulierung in Art. 117 BV werde demgemäß nur als Verfassungserwartung verstanden.

29 Das Bundesverfassungsgericht habe im Zusammenhang mit der weltanschaulich-religiösen Neutralität den Begriff der Loyalität verworfen, weil er auf die Gesinnung abziele, so die Rechtssicherheit gefährde und auf eine Annäherung zwischen Grundrechtsträgern und Staat hinauslaufe. Die Bürger seien nach dieser Rechtsprechung frei, grundlegende Wertungen der Verfassung infrage zu stellen, solange sie dadurch Rechtsgüter anderer nicht gefährdeten. Die Integration von Ausländerinnen und Ausländern werde hiernach in erster Linie über die Rechtstreue gewährleistet, mit der bereits ein erheblicher, aber unvermeidbarer Assimilierungsdruck verbunden sei. Eine bestimmte innere Einstellung etwa zu einem Feiertag dürfe der Staat nicht vorschreiben.

30 Mit dem Bayerischen Integrationsgesetz verlasse der Gesetzgeber die gebotene Neutralität und identifiziere sich mit partikularen Vorstellungen. So werde etwa in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 BayIntG von Migrantinnen und Migranten die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung der Geschlechter erwartet; dies diene keinem öffentlichen Zweck. Es sei den Einzelnen freigestellt, ihr Eheleben auf den Grundsatz der Gleichberechtigung zu stützen oder für Konflikte einer Person den Vorrang zuzuweisen. Auch wenn man den Staat als verpflichtet ansehe, eine kulturelle Identität zu wahren, bleibe es den Grundrechtsträgern möglich, sich nicht „kulturadäquat" zu verhalten. Das Bayerische Integrationsgesetz privilegiere aber bestimmte soziale Normen, die allein das Verhältnis der Einzelnen zueinander (Sitte, Brauchtum) oder gar die höchstpersönlichen Vorstellungen eines guten Lebens beträfen. In religiöser Hinsicht würden die christlichen Religionen und die jüdische Religion bevorzugt (Satz 2 der Präambel, Art. 6 Satz 1 BayIntG). Da die Ausrichtung an der Achtung der Leitkultur sämtliche Bereiche der Integrationsförderung wie auch der Integrationspflicht präge, seien alle integrationsspezifischen Regelungen verfassungswidrig, also neben der Präambel die Art. 1 bis 11 und 17 a Abs. 5, 6 und 9 bis 13 BayIntG.

31 b) Verfassungswidrig seien darüber hinaus einzelne Vorschriften des Gesetzes aus Gründen, die nur die jeweilige Regelung beträfen.

32 aa) So greife der in Art. 11 Satz 2 BayIntG geforderte Beitrag des Rundfunks und der Telemedien zur Vermittlung der Leitkultur in ungerechtfertigter Weise in das Grundrecht der Rundfunkfreiheit nach Art. 111 a Abs. 1 BV ein. Wegen des Begriffs „sollen" sei von einem Eingriff auszugehen; daran könne die Aussage in der Gesetzesbegründung, die Medien würden lediglich zur verstärkten Berücksichtigung der genannten Aspekte „ermuntert", nichts ändern. Als eine Verpflichtung für den

privaten Rundfunk werde die Vorschrift auch von der zuständigen Staatsministerin verstanden, wie aus einem Schreiben der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien hervorgehe, in dem die Anbieter und Zulieferer gebeten würden, die aus Art. 11 BayIntG folgende „Anforderung" bei ihrer Programmplanung „zu berücksichtigen". Insbesondere kleinere Sender müssten hiernach bei ungenügendem Verhalten Sanktionen befürchten, z. B. Nachteile bei der Frequenzvergabe. Art. 111 a BV schütze auch vor Einflussnahmen, die mittelbar die Programmfreiheit beeinträchtigen könnten. Mit der Leitkultur als identitätsbildendem Grundkonsens bevorzuge der Gesetzgeber eine bestimmte Interpretation der Geschichte, der Art des kollektiven Zusammenhalts und der Stellung des Einzelnen zu anderen und zur staatlichen Gemeinschaft. Der Auftrag zur Vermittlung einer Leitkultur stehe in diametralem Gegensatz zu dem Auftrag, Pluralismus und Meinungsvielfalt möglichst breit abzusichern.

33 bb) Art. 13 BayIntG verletze das Grundrecht der Meinungsfreiheit aus Art. 110 BV sowie den Bestimmtheitsgrundsatz nach Art. 3 Abs. 1 Satz 1 BV. Da die Einstellung zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung eine Meinung sei, liege in der Anknüpfung einer Sanktion an deren Ablehnung ein Eingriff in den Schutzbereich des Grundrechts. Dieser sei nicht durch ein allgemeines Gesetz gerechtfertigt, da sich Art. 13 BayIntG gegen die genannte Meinung richte. Eingriffe könnten allerdings auch kraft kollidierenden Verfassungsrechts gerechtfertigt sein, wozu das Schutzgut der freiheitlichen demokratischen Grundordnung zähle. Der Norm fehle aber sowohl mit Blick auf ihren Tatbestand als auch hinsichtlich ihrer Rechtsfolge die notwendige Bestimmtheit. Wegen des Bußgeldtatbestands in Art. 13 Abs. 3 BayIntG seien die erhöhten Anforderungen des nulla poena-Grundsatzes des Art. 104 Abs. 1 BV anzuwenden, der auch Ordnungswidrigkeiten erfasse.

34 Was das zentrale Tatbestandsmerkmal einer Ablehnung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung bedeute, sei nicht klar. Zwar habe der Begriff in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und in der Bundes- und Landesgesetzgebung eine gewisse Konturierung erfahren. Diese schlage sich aber nicht in der tatbestandlichen Fassung des Art. 13 BayIntG nieder. Mit dem einschränkenden Begriffsverständnis in der jüngst ergangenen Entscheidung zum NPD-Verbot, wonach nur noch die Menschenwürde, das Demokratieprinzip und die Rechtsstaatlichkeit dazu gehörten, lasse sich Art. 13 Abs. 1 BayIntG nicht in Übereinstimmung bringen. Die Vorschrift erweitere den in der älteren Rechtsprechung entwickelten Katalog sogar noch um die Einbeziehung des Rechts auf Leben und freie Entfaltung sowie die Gleichberechtigung von Mann und Frau, wobei auch diese Rechte nur beispielhaft genannt seien. In Satz 2 des ersten Absatzes erfolge dann eine totale Entgrenzung, indem an die Beachtung des deutschen Straf-, Ehe- und Familienrechts angeknüpft werde. Durch die Erfassung sämtlicher Grundrechte, des gesamten Strafrechts und des Personenrechts des Bürgerlichen Gesetzbuchs würden den Sicherheitsbehörden nahezu unbegrenzte Handlungsspielräume eröffnet; fast jeder Rechtsverstoß könne relevant werden. Sehr vage sei das Tatbestandsmerkmal einer Ablehnung des „Verhältnisses von Religion und Staat"; hiernach könnten z. B. Politiker oder Wissenschaftler, die für eine stärker laizistische oder für eine stärker christliche Prägung des Religionsverfassungsrechts einträten, zu einem Grundkurs geschickt werden. Dass an die Ablehnung der Gleichberechtigung von Mann und Frau angeknüpft werde, sei ein Eingriff in das Recht auf Ehe und Familie nach Art. 124 BV, der schon

mangels eines legitimen öffentlichen Zwecks verfassungswidrig sei. Unabhängig davon sei unklar, wo angesichts der verschiedenen Modelle einer familiären Arbeitsteilung die Grenze zu einer Ablehnung der Gleichberechtigung verlaufen solle. Die einschränkende Voraussetzung, wonach die Ablehnung beharrlich zum Ausdruck gebracht werden müsse, führe nicht zu einer greifbaren Eingrenzung des Tatbestands; auch der Hinweis im Gesetzgebungsverfahren auf den Begriff „beharrlich" in § 238 StGB ändere nichts an dessen Mehrdeutigkeit. Problematisch sei, dass Art. 13 Abs. 1 BayIntG keine Normverstöße voraussetze, sondern nur irgendein Verhalten, in dem die Ablehnung zum Ausdruck komme; damit würden den Sicherheitsbehörden kaum greifbare materielle Maßstäbe vorgegeben.

35 Auch auf der Rechtsfolgenseite genüge die Vorschrift nicht dem Bestimmtheitsgebot, da hier – anders als in § 43 AufenthG und der zugehörigen Integrationskursverordnung – Inhalt und Umfang des zu besuchenden Grundkurses nicht im Einzelnen geregelt seien. Anders als bei einer Verpflichtung zur Teilnahme am Verkehrsunterricht nach § 48 StVO seien die von Art. 13 BayIntG erfassten Vorschriften umfangreich und stark interpretationsbedürftig. Hilfsweise werde geltend gemacht, dass die Vorschrift ungeeignet und damit unverhältnismäßig sei, da eine gegen ihren Willen zur Teilnahme an einem Integrationskurs verpflichtete Person sich dadurch kaum zu einer Achtung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung bekehren lassen werde.

36 cc) Die Verbotstatbestände des Art. 14 Abs. 1 BayIntG enthielten in Nr. 1 einen Eingriff in die Meinungsfreiheit (Art. 110 BV) und beträfen in Nrn. 2 und 3 den Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 101 BV). Auch diese Vorschriften, für die wegen der Bußgeldbewehrung in Absatz 2 wiederum die erhöhten Anforderungen aus Art. 104 Abs. 1 BV gälten, entsprächen nicht den verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsanforderungen. Es sei nicht klar, welches Schutzgut in Art. 14 Abs. 1 BayIntG normiert werde. Der Begriff der verfassungsmäßigen Ordnung werde im Gesetz nicht definiert; das Grundgesetz verwende ihn in unterschiedlichen Kontexten. Das Bundesverfassungsgericht habe erst jüngst die Unterschiede zum Begriff der freiheitlichen demokratischen Grundordnung betont. In Betracht komme auch eine Gleichsetzung mit der allgemeinen Rechtsordnung im Sinn des Art. 2 Abs. 1 GG. Unklar sei zudem, was unter der mit der verfassungsmäßigen Ordnung unvereinbaren anderen Rechtsordnung zu verstehen sei. Der in den Gesetzesmaterialien enthaltene Konkretisierungsversuch reihe nur verschiedene abstrakte Verfassungsgrundsätze aneinander und führe damit unfreiwillig die Offenheit der Befugnisnorm vor. Dass die Gesetzesbegründung als Alternative zur staatlichen Rechtsordnung vor allem die Scharia im Blick habe, helfe nicht entscheidend weiter, da diese nach ihrem Selbstverständnis und in ihrer religionswissenschaftlichen Beschreibung nicht im gleichen Sinn eine Rechtsordnung sei wie eine staatliche Ordnung. Sie unterscheide nicht streng zwischen politischem und persönlichem Handeln und sei kein Gesetzbuch, sondern ein komplexes System von Regeln darüber, wie Normen gefunden und interpretiert werden könnten. Auch der sozialen Komplexität des in der Gesetzesbegründung angesprochenen Phänomens der Paralleljustiz werde die Tatbestandsformulierung des Art. 14 BayIntG nicht gerecht. Die Vorschrift beziehe sich wohl weniger auf eine inhaltliche Divergenz als auf den Geltungsanspruch des deutschen staatlichen Rechts; sie solle vor einer Gefährdung staatlicher Autorität schützen. Laut einer Stellungnahme des bayerischen Innenministeriums ermögliche

Art. 14 BayIntG daher auch ein Vorgehen gegen die sogenannten Reichsbürger. Deren Ideenwelt sei in sich breit aufgefächert; ihre Ablehnung des Staates in seiner heutigen Gestalt sei etwas anderes als das Eintreten für eine mit dem Grundgesetz nicht vereinbare Rechtsordnung. Der Konstruktionsfehler des Art. 14 BayIntG liege darin, dass die Norm auf die formale Ablehnung der Geltung des deutschen Rechts abziele, aber nur den Fall regle, dass dies wegen inhaltlicher Kollisionen geschehe.

37 dd) Die mit Art. 17 a Abs. 1 Nr. 5 BayIntG in das Polizeiaufgabengesetz eingefügte Befugnis zum Betreten von Asylbewerberunterkünften (Art. 23 Abs. 3 Nr. 3 PAG n. F.) verstoße gegen das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 106 Abs. 3 BV). Die den Asylbewerbern zum Aufenthalt zugewiesenen und für die Öffentlichkeit nicht zugänglichen Räume seien Wohnungen im Sinn des genannten Grundrechts. Nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs müsse das grundrechtsbeschränkende Gesetz des Art. 23 Abs. 3 Nr. 3 PAG n. F. daher die Anforderungen aus Art. 13 Abs. 7 GG wahren, wobei hier nur dessen zweite Alternative in Betracht komme („Verhütung dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung"). Das Tatbestandsmerkmal der Verhütung beziehe sich auf das Vorfeld einer konkreten Gefahr. Problematisch sei hiernach bereits die Struktur des Art. 23 Abs. 3 PAG, der gesetzgebungstechnisch als misslungen gelte und allgemeinen verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt sei. Zwar deute der Gesetzeswortlaut („Abwehr dringender Gefahren") darauf hin, dass die Norm den mit Art. 13 Abs. 7 GG eröffneten Rahmen nicht ausschöpfe. Da die Befugnis nach Art. 23 Abs. 3 PAG dann aber wegen der nach Abs. 1 und 2 bestehenden Befugnisse überflüssig wäre, werde die Vorschrift im Sinn der Gefahrenverhütung interpretiert, sodass eine konkrete Gefahr nicht vorliegen müsse. Ein pauschales Betretungsrecht für Wohnungen, die irgendwie gefährlich seien, könne es nach Art. 13 Abs. 7 GG nicht geben; es müsse vielmehr ein Zusammenhang zwischen der dringenden Gefahr und den in Art. 23 Abs. 3 PAG im Einzelnen beschriebenen Handlungen bestehen.

38 Im Rahmen des Art. 23 Abs. 3 Nrn. 1 und 2 PAG könne dieses Erfordernis gewahrt werden, indem bei der Anwendung der Befugnisnorm nach dem Vorliegen von tatsächlichen Anhaltspunkten für die Begehung von Straftaten oder für Zwangsprostitution zu fragen sei. Bei Nr. 3 werde dagegen darauf verzichtet, eine bestimmte Gefährlichkeit abstrakt zu beschreiben. Das Wohnen in einer Unterkunft sei weder als solches abstrakt gefährlich noch begründe es abstrakt eine solche Gefahr. Bei der Anwendung der Norm komme es auf eine dringende Gefahr gar nicht mehr an; damit verfehle die Norm die Voraussetzungen des Art. 106 Abs. 3 BV i. V. m. Art. 13 Abs. 7 GG. Nach der Gesetzesbegründung solle die Norm zwar eine effektive Durchsetzung der in Art. 17 a Abs. 1 Nr. 1 BayIntG neu geschaffenen Befugnis zur Identitätsfeststellung in Asylbewerberunterkünften ermöglichen (Art. 13 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c PAG n. F.), sodass im Wege einer verfassungskonformen Auslegung hier ähnlich wie bei der bauordnungsrechtlichen Betretungsbefugnis (Art. 54 Abs. 2 Satz 4 BayBO) das Vorliegen einer dringenden Gefahr gefordert werden könnte. Im Unterschied zum Baurecht, bei dem Wohnräume naturgemäß baulichen Gefahren ausgesetzt seien und daher Gefahrerforschungsmaßnahmen von den Bewohnern hinzunehmen seien, sei Art. 23 Abs. 3 Nr. 3 PAG n. F. aber nicht so auszulegen, dass damit in ähnlicher Weise wie in Art. 54 BayBO konkrete Gefahren in den Blick genommen würden. Die Vorschrift beschreibe nicht, was die Gefährlichkeit einer Asylbewerberunterkunft ausmachen solle. Der Gesetzgeber

normiere den Wohnungstyp als solchen so, dass er gefährlich sei; er definiere damit praktisch Asylbewerberunterkünfte aus dem Schutz-bereich des Wohnungsgrundrechts heraus. Was den Raum zur Wohnung mache – der Aufenthalt von Asylbewerbern –, sei zugleich der Anknüpfungspunkt für die Betretungsbefugnis. Während sich bei der Anwendung von Art. 23 Abs. 3 Nrn. 1 und 2 PAG für die Polizeibehörden die Frage stelle, ob eine konkrete Wohnung dem Verabreden von Straftaten oder der Zwangsprostitution diene, sei bei Nr. 3 nicht mehr zu fragen, ob in der konkreten Asylbewerberunterkunft Anhaltspunkte für Identitätstäuschungen bestünden. Die Vorschrift diene nach der Gesetzesbegründung der Bekämpfung bestimmter Straftaten; die Identitätsfeststellung nach Art. 13 Abs. 1 PAG habe dabei keine eigenständige Funktion, sondern solle die präventive Tätigkeit der Polizei erleichtern. Beim Bestehen tatsächlicher Anhaltspunkte dafür, dass sich in einer bestimmten Unterkunft Personen aufhielten, welche die genannten Straftaten begingen oder begangen hätten, könne die Polizei auf der Grundlage von Art. 23 Abs. 3 Nr. 1 PAG aber ohnehin einschreiten. Die neue Nr. 3 ziele daher darauf ab, losgelöst von solchen Anhaltspunkten Asylbewerberunterkünfte durchsuchen zu können. Dementsprechend werde die Vorschrift auch in der Praxis angewendet. Die Polizei führe in Asylbewerberunterkünften systematische Kontrollen durch, ohne zu prüfen, ob Anhaltspunkte für Gefahren bestünden.

39 ee) Die Vorschriften des Art. 17 a Abs. 7 und 8 BayIntG genügten ebenfalls nicht den rechtsstaatlichen Bestimmtheitsanforderungen. Verhindert werden solle danach jeweils eine einseitige Bewohnerstruktur. In verschiedenen Bundes- und Landesgesetzen sei zwar der Rechtsbegriff der sozial stabilen Bevölkerungsstruktur etabliert, der eine gewisse Kontur habe. Keine dieser Regelungen betreffe aber Einzelfallmaßnahmen oder eine Befugnisnorm wie in Art. 17 a Abs. 7 BayIntG. Nach der Gesetzesbegründung gehe es nicht nur um Migration, sondern um unterschiedliche Bildungs- und Einkommensschichten oder Milieus; verwiesen werde dabei auf Ghettos und Parallelgesellschaften. Es sei unklar, ob sich die Norm nur auf Migrantinnen und Migranten im Sinn des Gesetzes beziehe und welche Gruppen von Ausländern gegebenenfalls gemeint seien. So sei zu fragen, ob schon die Anwesenheit vieler Unionsbürger in einem Stadtviertel eine einseitige Bewohnerstruktur begründe. Falls es nur um Migrantinnen und Migranten gehe, müsse die Behörde, um die Bewohnerstruktur im Umkreis zu ermitteln, auch die Staatsangehörigkeit und den aufenthaltsrechtlichen Status kennen, wofür schon die statistik- und datenschutzrechtlichen Grundlagen fehlten. Da völlig unklar sei, ab wann Einseitigkeit vorliege, könne die Behörde selbst festlegen, wie sie den Zuzug gestalte. Sie könne irgendeinen Aspekt eines Migrationshintergrunds auswählen oder zwischen Migranten verschiedener Nationalität eine Auswahl treffen. Interpretiere man Art. 17 a Abs. 7 und 8 BayIntG als Jedermann-Bestimmungen, so verliere das Merkmal der einseitigen Bewohnerstruktur jegliche Kontur.

40 ff) Die in Art. 17 a Abs. 11 BayIntG normierte Verpflichtung von Strafgefangenen, bei Integrationsdefiziten an einem Integrationsunterricht nach Art. 40 Abs. 3 BayStVollzG n. F. teilzunehmen, gelte wegen der Verweisung in Art. 40 Abs. 3 Satz 2 BayStVollzG n. F. auf die in Art. 1 BayIntG genannten Ziele nur für Migrantinnen und Migranten. Sie verstoße gegen das Grundrecht auf Freiheit der Person (Art. 102 Abs. 1 BV) und gegen den aus Art. 3 Abs. 1 Satz 1 BV abzuleitenden Bestimmtheitsgrundsatz. Der Eingriff genüge nicht den allgemeinen

verfassungsrechtlichen Rechtfertigungsvoraussetzungen, da weder der persönliche Anwendungsbereich noch der Begriff des Integrationsdefizits hinreichend konkretisiert sei. Auch aus den Zielen des Bayerischen Integrationsgesetzes ergäben sich insoweit keine Konturen; den Justizvollzugsanstalten eröffneten sich damit weite Handlungsspielräume. Inhalt und Umfang des Unterrichts würden nicht näher bestimmt. Es gelte damit das Gleiche wie für den Grundkurs nach Art. 13 BayIntG. Hilfsweise werde geltend gemacht, dass die Regelung unverhältnismäßig sei, da sie kein Ermessen einräume, sodass es nicht möglich sei, besondere Härten zu berücksichtigen. Wegen der Unfreiwilligkeit der Teilnahme fehle es auch hier an der Eignung der Maßnahme.

41 gg) Wegen der Unbestimmtheit der Begriffe Integrationsdefizit und Integrationsunterricht verstießen Art. 17 a Abs. 9, 10 und 12 BayIntG ebenfalls gegen Art. 102 Abs. 1 i. V. m. Art. 3 Abs. 1 Satz 1 BV. Die Regelungen über die „freiwillige" Teilnahme an einem Integrationskurs enthielten mittelbare Eingriffe zumindest in das Grundrecht des Art. 101 BV, da die Betroffenen laut Gesetzesbegründung „nachhaltig zum Besuch der Kurse aufgefordert" werden sollten; dies wirke faktisch wie eine normative Verpflichtung. Dass Untersuchungshäftlinge nach Art. 17 a Abs. 10 BayIntG zur Teilnahme an einem Deutsch- oder Integrationsunterricht angehalten werden sollten, verfolge keinen legitimen Zweck und sei daher unverhältnismäßig. Die Untersuchungshaft solle nur die Durchführung des Strafverfahrens absichern. Ein Untersuchungshäftling dürfe demnach nur Beschränkungen unterworfen werden, die diese Funktion unvermeidlich erfordere.

III.

42 1. Der Bayerische Landtag hält die Anträge für unbegründet.

43 Das Gesetz ziele entgegen der Deutung der Antragsteller nicht auf eine Assimilation der Migranten. Der politikwissenschaftliche Begriff der Leitkultur umfasse insbesondere die Menschenwürde sowie die gegenseitige Achtung und Toleranz. Die Leitkultur sei von allen Bürgern, also von den bisherigen und den neuen Mitgliedern der Gesellschaft, einzuhalten. Die Bereitstellung eines Orientierungsrahmens und die Forderung eines Grundkonsenses seien nicht verfassungswidrig. Den Neuankömmlingen werde dadurch das Zurechtfinden in einer großenteils fremden Gesellschaft erleichtert. Eine Pflicht zur Integration bestehe entgegen der Darstellung der Antragsteller nicht. Integration sei aber nur möglich, wenn der Neubürger die deutsche Sprache sprechen könne und die Geschichte und Denkweise der Gesellschaft kenne und akzeptiere. Art. 3 BayIntG enthalte Bildungsangebote; eine Weigerung habe keine strafrechtlichen Konsequenzen. Auch der Hinweis auf die notwendigen Sprachkenntnisse in Art. 4 BayIntG stelle nur einen Appell dar und keine Zwangsmaßnahme. Die Kompetenzvorschriften der Art. 70 ff. GG seien eingehalten. Gegen die Gemeinwohlklausel des Art. 3 Abs. 1 Satz 2 BV verstoße der Begriff der Leitkultur nicht; zur grundrechtlichen Schutzpflicht gehöre auch die Vermeidung von Parallelgesellschaften. Der Ausschluss von Staatshaftungsansprüchen sei nach der gängigen Rechtsprechung statthaft.

44 2. Die CSU-Fraktion im Bayerischen Landtag (Antragsgegnerin zu 1 in beiden Verfahren) hält die Anträge für unbegründet.

45 a) Art. 13 und Art. 14 BayIntG seien mit Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG vereinbar, da der Bundesgesetzgeber von seiner Zuständigkeit für das Strafrecht nicht umfassend Gebrauch gemacht habe. Die Bestimmungen dienten der Gefahrenabwehr und

beträfen thematische Bereiche, die im Strafgesetzbuch und im Aufenthaltsrecht des Bundes nicht geregelt seien; sie seien auch nicht auf Migrantinnen und Migranten begrenzt. § 81 Abs. 1 Nr. 2 StGB betreffe einen anderen (Lebens-)Sachverhalt als Art. 14 BayIntG und entfalte schon deshalb keine Sperrwirkung. Die bundesrechtlichen Vorschriften über die Integration seien abstrakt formuliert und ließen ein selbstständiges Tätigwerden der Länder zu. Auch von der konkurrierenden Zuständigkeit nach Art. 74 Abs. 1 Nrn. 4 und 6 GG habe der Bundesgesetzgeber nicht umfassend Gebrauch gemacht, sodass keine Sperrwirkung bezüglich integrationsbezogener Vorschriften bestehe. Für die in Art. 5, 6, 7, 8 und 12 BayIntG geregelten Bereiche bestehe schon gar keine Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes. Damit scheide auch ein Verstoß gegen den behaupteten Grundsatz der Widerspruchsfreiheit aus.

46 b) Mit Art. 18 BayIntG (a. F.) habe der Landesgesetzgeber das bundesverfassungsrechtliche Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG beachtet. Ausweislich der Gesetzesbegründung sei man sich der danach geforderten Warn- und Besinnungsfunktion bewusst gewesen. Dass die Klausel „geballt" am Ende des Gesetzes stehe, sei nicht zu beanstanden; als Formvorschrift bedürfe das Zitiergebot ohnehin einer engen Auslegung. Selbst wenn man einen Verstoß annehme, liege jedenfalls kein offen zutage tretender, schwerwiegender Widerspruch zum Bundesrecht vor.

47 c) Das Bayerische Integrationsgesetz skizziere mit den in Satz 14 der Präambel benannten Zielen einen ausgewogenen Rahmen und trage damit dem Gemeinwohlgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 Satz 2 BV Rechnung. Die in Satz 13 der Präambel legaldefinierte Leitkultur sei weder zu unbestimmt noch komme ihr eine irgendwie geartete Regelungswirkung zu. Sie sei von der Leitkultur im Sinn der (partei-) politischen Debatten der Vergangenheit zu unterscheiden und habe nichts mit dem zu tun, was man landläufig unter dem Begriff verstehe. Die Definition einer positiven Leitkultur eröffne vielmehr die Möglichkeit der Abgrenzung gegen die missbräuchliche Verwendung durch radikale politische Kräfte. Was die Leitkultur sei, werde ausführlich in den Sätzen 1 bis 12 der Präambel dargelegt. Deren wesentliche Grundgedanken seien längst verbindlich; sie fänden Entsprechung im Grundgesetz und in der Bayerischen Verfassung und zögen sich durch unzählige Gesetze. Von einer gesetzlich geforderten (Zwangs-)Assimilation könne nicht die Rede sein; dies ergebe sich aus verschiedenen Gesetzespassagen wie etwa Art. 3 Abs. 4 Satz 1 BayIntG und auch aus der Gesetzesbegründung.

48 d) Bei dem Integrationsziel des Art. 1 Satz 2 BayIntG handle es nicht um einen Förder- bzw. Pflichtentatbestand; der Gesetzgeber beschreibe darin letztlich, was er sich generell vorstelle und wie er sein Ziel zu erreichen gedenke. Der Vorwurf, dass damit das angeblich verfassungswidrige Ziel der Integrationspflicht verfolgt werde, gehe trotz Verwendung dieses Wortes fehl; letztlich komme darin wie schon in § 43 Abs. 1 AufenthG nur der Grundsatz des „Förderns und Forderns" zum Ausdruck. Das Bayerische Integrationsgesetz knüpfe an das Nichtverfolgen des Integrationsziels bzw. das Nichtbefolgen der Integrationspflicht keine Sanktion. Inhalt und Reichweite der Integrationszielbestimmung ergäben sich aus dem Gesamtkontext nach den anerkannten Auslegungsregelungen, sodass Art. 1 Satz 2 BayIntG nicht gegen den Bestimmtheitsgrundsatz verstoße. Da die Vorschrift keine irgendwie geartete Regelungswirkung habe und keine Pflichten normiere, liege darin auch kein Grundrechtseingriff.

49 e) Die in Art. 4 Abs. 4 Satz 1 BayIntG geregelte Kostenübernahme verstoße nicht gegen das Rechtsstaatsprinzip, da es keinen Anspruch auf einen kostenlosen Dolmetscher oder Übersetzer gebe. Ein etwaiger Eingriff sei jedenfalls sachlich gerechtfertigt, da im Rahmen des Ermessens unverhältnismäßigen Härtefällen Rechnung getragen werden könne. Auch Art. 4 Abs. 4 Satz 2 BayIntG sei nicht rechtsstaatswidrig; die in Art. 34 Satz 1 GG verankerte Staatshaftung könne nach herrschender Auffassung durch einfaches Gesetz ausgeschlossen oder beschränkt werden.

50 f) Art. 6 Satz 1 BayIntG, der lediglich eine seit 2005 bestehende, bislang nicht beanstandete Norm der Kinderbildungsverordnung wiederhole, greife nicht in das Grundrecht nach Art. 126 Abs. 1 i. V. m. Art. 107 Abs. 1 BV ein, da der Besuch einer Kindertageseinrichtung auf rein freiwilliger Basis geschehe; es bestehe keine Kindergartenpflicht. Ein etwaiger Eingriff wäre zudem gerechtfertigt und verhältnismäßig. Das im Gesetz vorgesehene „Erfahren" der zentralen Elemente der christlich-abendländischen Kultur heiße nicht zwangsweises Übernehmen bzw. Ausüben. Nach Art. 131 Abs. 2 BV gehöre die Ehrfurcht vor Gott zu den obersten Bildungszielen; die Geschichte Bayerns sei auch nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs nachhaltig geprägt durch die tiefe Verwurzelung des Landes in der christlich-abendländischen Tradition.

51 g) Art. 11 Satz 2 BayIntG greife nicht in die Programmfreiheit des Art. 111 a BV ein. Es werde keine Pflicht der Medien zur Vermittlung der deutschen Sprache und der Leitkultur statuiert, sondern laut Gesetzesbegründung lediglich dazu „ermuntert". Die Vorschrift lasse sich verfassungskonform auslegen. Eine Sanktion sei mit dem Nichtbefolgen einer gewissen Programmgestaltung nicht verbunden.

52 h) Die überwiegend an ein Verhalten anknüpfende Norm des Art. 13 BayIntG verletze nicht das Grundrecht der Meinungsfreiheit nach Art. 110 BV. Selbst wenn man einen Eingriff annähme, wäre die Sanktion „Teilnahme an einem Grundkurs" von geringer Intensität und damit verhältnismäßig. Die Vorschrift diene ebenso wie Art. 14 BayIntG dem legitimen Ziel der Abwehr von Gefahren für die freiheitliche demokratische Grundordnung und andere Verfassungsgüter. Die Wissensvermittlung in einem Grundkurs sei geeignet, eine bislang ablehnende oder gleichgültige Haltung ebenso wie Wissenslücken zu überwinden. Ein vergleichbares Regelungsinstrument bestehe bereits mit der bußgeldbewehrten Verpflichtung zur Teilnahme am Verkehrsunterricht nach § 48 StVO, die das Bundesverfassungsgericht für verfassungskonform erachte. Auch § 44 a Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG sehe die Möglichkeit der verpflichtenden Anordnung zur Teilnahme an einem Integrationskurs vor. Weniger belastende Regelungsalternativen seien nicht ersichtlich; insbesondere könne auf die Sanktionierung mit einer Geldbuße nicht verzichtet werden. Während dem Schutz der verfassungsmäßigen Ordnung und der zentralen Grundsätze der geltenden Rechtsordnung ein hohes Gewicht zukomme, sei die Intensität der mit Art. 13 BayIntG verbundenen Eingriffe eher gering. Die Beachtung der Verfassungs- und Rechtsordnung sei nach Art. 117 Satz 2 BV Pflicht jedes Bürgers. Dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz könne im Einzelfall bei der Ermessensausübung Rechnung getragen werden.

53 Art. 13 BayIntG verstoße weder gegen das allgemeine Bestimmtheitsgebot nach Art. 3 Abs. 1 Satz 1 BV noch gegen den nur für Abs. 3 geltenden Art. 104 Abs. 1 BV. Der Begriff der freiheitlichen demokratischen Grundordnung sei durch die

Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts konkretisiert und finde sich an mehreren Stellen im Grundgesetz und im Strafgesetzbuch. Auch das tatbestandliche Verhalten sei hinreichend bestimmt; ein demonstrativer Regelverstoß sei eine bezüglich der Ablehnung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung bewusste und nach außen gerichtete, auf Sichtbarkeit zielende Verletzung rechtlicher Regelungen, die stets die Rechtswidrigkeit des Verhaltens indiziere. Nach Wortlaut, Systematik und Normzweck müsse der Regelverstoß Ausdruck der ablehnenden Haltung gegenüber der freiheitlichen demokratischen Grundordnung sein; für die Anwendung des Art. 13 Abs. 1 BayIntG genüge somit nicht jeder beliebige Rechtsverstoß. Zum Begriff des Verunglimpfens könne auf die Rechtsprechung und Literatur zu den §§ 90, 90 a, 90 b und 189 StGB zurückgegriffen werden. Die Variante des „sonst nach außen gerichteten Verhaltens" stelle einen an den beiden vorangegangenen Begriffen orientierten Auffangbegriff dar, sodass das Verhalten ebenfalls rechtswidrig und von vergleichbarem Gewicht hinsichtlich der zum Ausdruck gebrachten ablehnenden Haltung sein müsse. Das Merkmal „beharrlich" finde in verschiedenen Strafrechtsvorschriften Anwendung; gegen seine Verwendung bestünden daher keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Der Begriff des staatlichen Gewaltmonopols gehöre zur Allgemeinsprache.

54 i) Auch Art. 14 BayIntG verstoße nicht gegen die Bestimmtheitsanforderungen aus Art. 104 Abs. 1 BV. Das Merkmal „öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten von Schriften" sei dem Strafgesetzbuch entnommen, ebenso der Begriff der verfassungsmäßigen Ordnung, der sich zudem im Grundgesetz finde. Was unter „missachten" der verfassungsmäßigen Ordnung zu verstehen sei, werde bereits in der Gesetzesbegründung ausführlich erläutert. Neben dem dort genannten Beispiel der selbsternannten Scharia-Polizei unterfielen auch sog. Reichsbürger dem Tatbestand, wenn sie öffentlich dazu aufforderten, die Existenz der Bundesrepublik Deutschland sowie die Geltung des Grundgesetzes und damit die verfassungsmäßige Ordnung zu missachten, und sich stattdessen auf eine eigene „Reichsordnung" beriefen. Die Formulierung „es zu unternehmen" sei wiederum der Terminologie des Strafgesetzbuchs entnommen; das „Unternehmen einer Tat" werde in § 11 Abs. 1 Nr. 6 StGB legaldefiniert. Art. 14 BayIntG verfolge mit der Abwehr von Gefahren für die freiheitliche demokratische Grundordnung und andere Verfassungsgüter ein legitimes Ziel; bei der Geeignetheit und Erforderlichkeit komme dem Gesetzgeber eine weite Einschätzungsprärogative zu. Im Übrigen hätten die Sicherheitsbehörden bei der Ahndung von Verstößen gegen die Verbote des Art. 14 Abs. 1 BayIntG ein weites Ermessen. Mit Art. 14 BayIntG werde nicht in die Grundrechte der Meinungsfreiheit (Art. 110 BV) bzw. der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 101 BV) eingegriffen; jedenfalls wäre ein solcher Eingriff gerechtfertigt.

55 j) Die Vorschriften des Art. 17 a Abs. 9 bis 12 BayIntG seien nicht zu unbestimmt. Der Integrationsunterricht für Strafgefangene (Art. 17 a Abs. 11 Nr. 1 BayIntG) verstoße nicht gegen die in Art. 102 Abs. 1 BV geschützte Fortbewegungsfreiheit. Der Freiheitsentzug in einer Justizvollzugsanstalt oder dergleichen erfolge aufgrund einer anderen Rechtsgrundlage. Der in Art. 40 Abs. 3 Satz 1 BayStVollzG vorgesehene Integrationsunterricht stelle auf eine Teilnahme im Sinn einer Lernerfahrung ab und nicht auf das zwangsweise Verweilen an einem bestimmten Ort; damit sei bereits der Schutzbereich des Grundrechts nicht eröffnet. Überdies

treffe die entsprechende Verpflichtung nicht alle Inhaftierten; auch bleibe ein etwaiger Verstoß durch Nichtteilnahme am Integrationsunterricht folgenlos.

56 k) Auch hinsichtlich weiterer Artikel fehle es nicht an der notwendigen Bestimmtheit. So ergebe sich z. B. bei Art. 4 Abs. 3 Satz 3 BayIntG der Normadressat bereits aus Art. 2 BayIntG. Mangels Eingrenzung betreffe Art. 5 Abs. 2 Satz 4 BayIntG alle Kinder und Art. 17 a Abs. 7 und 8 BayIntG alle Wohnungssuchenden. Darüber hinaus sei neben dem Wortlaut die sehr ausführliche Gesetzesbegründung als Auslegungsgrundlage heranzuziehen.

57 3. Die Bayerische Staatsregierung (Antragsgegnerin zu 2 in beiden Verfahren) trägt vor, die von den Antragstellerinnen angegriffenen Bestimmungen verstießen weder gegen Bundesrecht noch gegen die Bayerische Verfassung. Aus dem Anstieg der Migration seit Mitte 2015 ergäben sich erhebliche Herausforderungen bei der Querschnittsaufgabe Integration. Adressaten der dazu entwickelten staatlichen Aktivitäten seien neben den Migrantinnen und Migranten auch die Mitglieder der sog. Aufnahmegesellschaft.

58 a) aa) Die drei mit dem Bayerischen Integrationsgesetz verfolgten Zwecke, die sich aus Satz 14 der Präambel ergäben, dürften nicht mit den in Art. 1 BayIntG als Maßstäbe für das staatliche Handeln normierten Integrationszielen verwechselt werden. Mit dem Erlass des aus einem Stammgesetz (Art. 1 bis 17) und mehreren Änderungsgesetzen (in Art. 17 a) bestehenden Artikel- bzw. Mantelgesetzes werde ein kodifikatorischer Ansatz verfolgt, um eine umfassende Normierung des betroffenen Lebensbereichs durch einen höheren inhaltlichen Anspruch der Systematisierung zu erreichen. Bei der nachträglichen Aufhebung des Art. 17 a BayIntG handle es sich um eine redaktionelle Rechtsbereinigung ohne materiellen Regelungsgehalt. In den ersten zwölf Sätzen der Präambel würden die nach Einschätzung des Gesetzgebers in Bayern tatsächlich bestehenden Umstände in sprachlicher, kultureller, geschichtlicher und ethischer Hinsicht beschrieben. Die Summe all dessen werde im ersten Halbsatz von Satz 13 als identitätsbildender Grundkonsens bezeichnet, dem nach dem zweiten Halbsatz die Funktion einer „kulturelle(n) Grundordnung der Gesellschaft (Leitkultur)“ zugeschrieben werde. Die Sätze 1 bis 12 der Präambel bildeten eine Legaldefinition dessen, was der Gesetzgeber unter Leitkultur verstehe; damit werde allen Menschen in Bayern und allen staatlichen Stellen ein Orientierungsrahmen für die Integration bereitgestellt, wodurch aber noch keine Rechte oder Pflichten begründet würden. Neben den realen Auswirkungen erzeuge die Präambel eine Symbolwirkung; auch (teilweise) symbolische Gesetze seien allgemein anerkannte Steuerungsinstrumente. Nur wenige der maßnahmenbezogenen Regelungen des Bayerischen Integrationsgesetzes knüpften an die Leitkultur an und integrierten diese in ihren jeweiligen Tatbestand; es handle sich also keineswegs um das zentrale Tatbestandsmerkmal des Gesetzes.

59 bb) Die Integrationsziele des Art. 1 Satz 2 BayIntG enthielten weder einen Förder- noch einen Pflichtentatbestand, sondern würden erst in den nachfolgenden Bestimmungen konkretisiert. Die Vorschrift solle das Verständnis des Gesetzgebers hinsichtlich einer gelingenden Integration veranschaulichen. Die Verknüpfung der Integrationsförderung mit der Integrationspflicht bringe zum Ausdruck, dass die Migranten als Akteure der Integrationsprozesse anzusehen seien und dass damit nach Maßgabe konkreter Vorschriften auch explizite Pflichten („eigene Integrationsanstrengungen“) verbunden sein könnten. Der Gesetzgeber bringe

damit ein Integrationsverständnis zum Ausdruck, das als aktivierend angesehen werden könne. Der bei weitem größere Teil der maßnahmenbezogenen Regelungen des Gesetzes betreffe Rechtsfolgen, die der Integrationsförderung zuzuordnen seien, nämlich Art. 3 Abs. 1 bis 8, Art. 4 Abs. 1, Art. 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 und 17 a Abs. 7 und 8 BayIntG. Auch bei den maßnahmenbezogenen Regelungen, deren Rechtsfolge in der Auferlegung explizit beschriebener Pflichten bestehe, werde nicht an die „Leitkultur" im Sinn von Satz 13 der Präambel angeknüpft. Bei Art. 13, 14 und 17 a Abs. 1 Nr. 5 BayIntG handle es sich um sog. Jedermann-Vorschriften, die sich an „Störer" des Integrationsprozesses richteten. In Art. 4 Abs. 2 i. V. m. Abs. 3 Satz 3 und Abs. 4, Art. 12 und 17 Abs. 9 bis 12 BayIntG werde die Nichterfüllung bestimmter Pflichten durch Migrantinnen und Migranten mit bestimmten negativen Folgen verbunden, wie dies dem in § 43 Abs. 1 AufenthG verankerten Grundsatz „Fördern und Fordern" entspreche. Entgegen dem Vorwurf der Antragstellerinnen ziele das Bayerische Integrationsgesetz nicht auf eine Assimilation von Ausländern; es knüpfe auch in keiner Vorschrift tatbestandlich an die innere Einstellung der Menschen oder an die Haltung von Migrantinnen und Migranten an.

60 b) Das Bayerische Integrationsgesetz verstoße nicht gegen die bundesrechtliche Kompetenzordnung, für die nur die Art. 70 ff. GG maßgeblich seien und nicht auch der – vom Bundesverfassungsgericht bisher nur für landesrechtliche Abgaben herangezogene – sog. Grundsatz der Widerspruchsfreiheit. Auf die Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nrn. 4 und 6 GG könne der Bund integrationsbezogene Regelungen nur in dem Umfang stützen, in dem sie eine spezifische Verknüpfung mit Aufenthalt und Niederlassung hätten. Das Migrationsrecht des Bundes betreffe somit den migrationsrechtlichen Status, die von Bundesrechts wegen gewährten Sozialleistungen und die Integration auf dem Arbeitsmarkt. Für die migrationsbezogenen Aspekte des Bildungswesens, der Kultur, der Wohnraumversorgung, der Gewährung von Landesleistungen, des Polizei- und Ordnungsrechts sowie des Strafvollzugs fehle es mithin schon an einem bundesrechtlichen Kompetenztitel; dies gelte auch für darauf bezogene Zielbestimmungen. Da weder durch Art. 1 Satz 2 BayIntG eine Integrationspflicht auferlegt noch in den Vorschriften über die Integrationsförderung ein Vorbehalt der Achtung der Leitkultur statuiert werde, könne sich daraus auch kein Verstoß gegen die integrationsbezogenen Regelungen des Aufenthaltsgesetzes ergeben. Aus den Vorschriften zur Einbürgerung im Staatsangehörigkeitsgesetz folge nicht die migrationspolitische Grundentscheidung, dass im Integrationsrecht kulturelle Prägungen keine Rolle spielen dürften; das Vorfeld der Einbürgerung werde von den bundesrechtlichen Regelungen nicht erfasst. Dem Aufenthaltsgesetz lasse sich vielmehr ein Regelungsverzicht für den Bereich der Integrationsförderung entnehmen, da das Gesetz explizit integrationsfördernde Regelungen auf Landesebene zulasse. Das von der Antragstellerin zu II mit „Akkulturation" bezeichnete Integrationsverständnis, das kein klar umschriebenes, allgemein anerkanntes Konzept bilde, werde vom Bundesgesetzgeber auch in den Gesetzesmaterialien an keiner Stelle beschrieben. Dem Bundesgesetz sei jedenfalls nicht zu entnehmen, dass integrationsfördernde Maßnahmen nicht an die Vermittlung bestimmter kultureller Aspekte anschließen dürften. Der Aspekt des Forderns sei auch im Aufenthaltsgesetz mehr als nur ein symbolischer Akt, er finde sich in verschiedenen Bestimmungen. Dass für diese bundesrechtlich geregelten

Sachbereiche nicht die Berücksichtigungspflicht aus Art. 3 Abs. 8 BayIntG gelte, ergebe sich aus der systematischen Verortung der genannten Vorschrift. Die in §§ 43, 44 AufenthG genannten Integrationskurse seien nach der Formulierung in § 43 Abs. 2 AufenthG nur ein Grundangebot, durch das weitere Angebote fordernden Charakters nicht ausgeschlossen würden. Auch aus dem Bußgeldtatbestand des § 98 AufenthG oder aus Bestimmungen des Strafgesetzbuchs ergebe sich keine Sperrwirkung gegenüber den in Art. 13 Abs. 1 und 2 sowie Art. 14 Abs. 1 BayIntG enthaltenen gefahrenabwehrrechtlichen Regelungen. Das Gleiche gelte für die Bußgeldtatbestände des Art. 13 Abs. 3 und des Art. 14 Abs. 2 BayIntG, die sich auf im Aufenthaltsgesetz nicht geregelte Sachbereiche bezögen. Dass das Gewaltmonopol des Staates durch Strafbestimmungen wie § 81 Abs. 1 Nr. 2 StGB geschützt werde, schließe Ordnungswidrigkeitentatbestände zur Sanktionierung präventiv geregelter Sachverhalte nicht aus. Beim Bayerischen Integrationsgesetz liege ein vom Verfassungsgerichtshof festzustellender Kompetenzverstoß schon deshalb nicht vor, weil zahlreiche Stellungnahmen im Schrifttum zum gegenteiligen Ergebnis gelangten und es daher an der Offensichtlichkeit fehle; zudem handle es sich nicht um einen schwerwiegenden, krassen Eingriff in die Rechtsordnung.

61 c) Das bundesverfassungsrechtliche Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG, das hier allenfalls über das Rechtsstaatsprinzip des Art. 3 Abs. 1 Satz 1 BV einen (eingeschränkten) Prüfungsmaßstab bilden könne, werde durch Art. 18 BayIntG (a. F.) nicht verletzt. Dass die dem Zitiergebot zugeschriebene Warn- und Besinnungsfunktion angesichts der intensiven parlamentarischen Diskussion über die Einschränkung grundrechtlicher Freiheiten erfüllt worden sei, könne kaum bestritten werden. Dem stehe auch nicht entgegen, dass einzelne Abgeordnete insbesondere der Landtagsopposition offensichtlich den Sinn des Art. 18 BayIntG (a. F.) gar nicht erfasst hätten. Die von der Antragstellerin zu II erhobene Forderung nach einer zweifachen Platzierung der Zitierklausel werde in der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht erhoben. In der Gesetzgebungspraxis fänden sich vielfältige Formen zur Erfüllung dieser Pflicht, die im Zweifel eng auszulegen sei, um den Gesetzgeber nicht unnötig zu behindern. In jedem Fall liege auch insoweit weder ein offensichtlich zutage tretender noch ein schwerwiegender, besonders krasser Grundgesetzverstoß vor.

62 d) Die Integrationszielbestimmung des Art. 1 Satz 2 BayIntG verstoße nicht gegen die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 101 BV oder gegen das daraus in Verbindung mit Art. 100 BV möglicherweise abzuleitende allgemeine Persönlichkeitsrecht, da es bereits an einem Eingriff fehle. Die Formulierung eines Integrationsziels in Art. 1 BayIntG stelle zwar eine maßnahmenbezogene Regelung dar, begründe aber noch keine Förder- oder Pflichtentatbestände. Auch die Erstreckung des zunächst nur pauschal an den Staat adressierten Integrationsziels auf die Schulen in Art. 7 Abs. 1 Satz 1 BayIntG bedeute nicht, dass die Schülerinnen und Schüler auf die Achtung der Leitkultur verpflichtet seien. Bei den in Art. 9 Satz 1 BayIntG genannten, von Migrantinnen und Migranten zu erfüllenden „Integrationspflichten" handle es sich um andernorts begründete Pflichten, die sich zum Teil aus dem Aufenthaltsgesetz, zum Teil aus Art. 13 und 14 BayIntG sowie aus maßnahmenbezogenen Regelungen über das Fördern und Fordern ergäben (u. a. Art. 4 Abs. 2 i. V. m. Abs. 3 Satz 3 und Abs. 4 BayIntG). Von den verpflichtenden Maßnahmen des Gesetzes knüpfe nur Art. 17 a Abs. 9 bis 12 BayIntG an Art. 1 BayIntG insoweit an, als der anzubietende

Integrationsunterricht den dort genannten Integrationszielen diene. Wo sich der Gesetzgeber auf die Leitkultur beziehe, werde diese zum Bestandteil der Rechtsordnung, sodass der Vorwurf, von den Einzelnen dürfe nur die Beachtung gesetzlicher Normen verlangt werde, ins Leere gehe.

63 Da weder durch die Präambel noch durch Art. 1 Satz 2 BayIntG Grundrechtseingriffe bewirkt würden, seien an deren Bestimmtheit keine erhöhten Anforderungen zu stellen. Die Präambel sei ausschließlich ein Orientierungsrahmen mit allenfalls realen Auswirkungen. Die Reichweite des Art. 1 Satz 2 BayIntG ergebe sich klar aus dem gewählten Konzept der Anknüpfung an die Zielbestimmung in einzelnen maßnahmenbezogenen Regelungen, wodurch das Ziel jeweils kontextspezifisch konkretisiert werde. Die in Art. 1 Satz 2 BayIntG und in der Präambel zum Teil verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe seien gerechtfertigt, weil sich mithilfe der üblichen Auslegungsmethoden eine zuverlässige Grundlage für ihre Auslegung und Anwendung gewinnen lasse. Der Gesetzgeber dürfe von der zur einzelfallbezogenen Konkretisierung legitimierten Verwaltung eine sachangemessene und rechtskonforme Anwendung erwarten.

64 Durch die Integrationszielbestimmung des Art. 1 Satz 2 BayIntG und durch die Präambel werde der Gemeinwohlgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 Satz 2 BV schon deshalb nicht verletzt, weil diese Staatsfundamentalnorm nur innerhalb der Verhältnismäßigkeitsprüfung bei Grundrechtseingriffen heranzuziehen sei; es handle sich entgegen einer in der Literatur vertretenen Auffassung nicht um einen unmittelbar geltenden Verfassungsgrundsatz. Die Konkretisierung des Gemeinwohls obliege im demokratischen Verfassungsstaat in erster Linie dem Gesetzgeber, dem dabei auch im Ausländer- und Aufenthaltsrecht ein weiter politischer Entscheidungsspielraum zustehe. Durch die Präambel, die nur die tatsächlichen Umstände beschreibe und keinen normativen Charakter besitze, und durch Art. 1 Satz 2 BayIntG werde weder die Lebensweise einer Mehrheit geschützt noch auf die Haltung des Einzelnen eingewirkt. Die an die Integrationsziele anknüpfenden, nicht an die Migrantinnen und Migranten adressierten Bestimmungen über die Integrationsförderung (Art. 3 Abs. 4 Satz 2, Abs. 6 und 8, Art. 7 Abs. 1 Satz 1, Art. 9 Satz 2, Art. 10 Abs. 1 BayIntG) bezögen ihre verfassungsrechtliche Legitimation aus dem Sozialstaatsprinzip, aus den grundrechtlichen Schutzpflichten und aus dem im neueren Schrifttum als Grundlage der staatlichen Integrationsverantwortung diskutierten „Staatsziel Integration". Der Regelungsinhalt der genannten Förderbestimmungen lasse sich mit hinreichender Klarheit erkennen. Die von der Integrationsförderung unmittelbar profitierenden Institutionen seien durch die Maßnahmen nicht in ihren Freiheitsgrundrechten betroffen; auch im Hinblick auf den Gleichheitsgrundsatz etwa bei der Abgrenzung des Kreises der Begünstigten bestünden hier keine verfassungsrechtlichen Bedenken.

65 e) Ebenfalls als Maßnahme fördernden Charakters stelle sich im Hinblick auf die Migrantinnen und Migranten Art. 11 Satz 2 BayIntG dar. Eine Eingriffswirkung komme der Vorschrift allenfalls gegenüber den Rundfunk- und Telemedienanbietern zu. Bereits in sprachlicher Hinsicht sei der Gesetzgeber bemüht gewesen, den Eindruck einer Gebots- oder Verbotsregelung gar nicht erst entstehen zu lassen. In der Gesetzesbegründung werde explizit festgestellt, dass die Medien „ermuntert" werden sollten, die genannten Aspekte „nach Möglichkeit verstärkt zu berücksichtigen". Die Regelung, wonach die Leitkultur sowohl gegenüber den

Migrantinnen und Migranten als auch gegenüber allen Mitgliedern der Aufnahmegesellschaft vermittelt werden solle, berühre zwar thematisch die Programmfreiheit, stelle aber keinen Eingriff in dieses Grundrecht, sondern nur einen verfassungsrechtlich zulässigen gesetzgeberischen Appell dar. Seitens des Staates werde dadurch auf die Programmgestaltung nicht unmittelbar Einfluss genommen. Die Verwendung des Wortes „sollen" ändere hieran nichts, da weder Art. 11 Satz 2 BayIntG noch Art. 4 und 5 BayMG konditional programmierte Vorschriften seien, bei denen zwischen Kann- und Soll-Ermessen zu differenzieren wäre. Auch die zuständige Staatsministerin habe in ihrem Schreiben an die Bayerische Landeszentrale für neue Medien betont, dass die Vorschrift keine Erweiterung des Programmauftrags der Medien darstelle; auf mögliche Fehlinterpretationen der gesetzlichen Regelung komme es für deren Beurteilung nicht an. Art. 11 Satz 2 BayIntG stelle auch keine mittelbare Einflussnahme auf die Programmgestaltung dar, da er weder finanzielle noch faktische oder gar rechtliche Sanktionen bereithalte.

66 f) In der Verpflichtung von jungen Untersuchungsgefangenen und Strafgefangenen zur Teilnahme an einem Integrationskurs (Art. 17 a Abs. 10 Nr. 2, Abs. 11 Nr. 1 BayIntG) liege wegen der bereits haftbedingten Einschränkung der körperlichen Bewegungsfreiheit kein Eingriff in das Grundrecht aus Art. 102 BV, sondern nur in die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 101 BV. Die Teilnahmepflicht sei verhältnismäßig, da dem Eingriff von vergleichsweise geringem Gewicht ein teilweise auf ein verfassungsrechtlich verankertes Staatsziel zurückführbares, gewichtiges öffentliches Interesse an der Integration gegenüberstehe. Der Beitrag zur Integrationsförderung könne den Betroffenen nach ihrer Entlassung das Zurechtfinden erleichtern. Die an jedermann gerichteten Vorschriften des Art. 17 a Abs. 9 bis 12 BayIntG seien auch hinsichtlich des Merkmals „Integrationsdefizite" nicht zu unbestimmt. Der Strafvollzug sei auf das Ziel auszurichten, dem Inhaftierten ein künftig straffreies Leben in Freiheit zu ermöglichen. Die Betroffenen müss-ten daher auch auf die aus der Migration folgenden äußerst vielfältigen und komplexen Konfliktsituationen vorbereitet werden, wenn sie durch Äußerungen und Verhalten Erkenntnisprobleme im Hinblick auf die in der Präambel beschriebenen tatsächlichen Umstände offenbart hätten und mithin die Erreichung des Integrationsziels „Achtung der Leitkultur" noch der zusätzlichen Anstrengung in Gestalt der Teilnahme an einem Integrationskurs bedürfe.

67 g) Der persönliche Anwendungsbereich der Vorschriften über die Erstattung von Sprachförderkosten (Art. 4 Abs. 3 Satz 3 BayIntG) und Übersetzungskosten (Art. 4 Abs. 4 BayIntG) sei nicht zu unbestimmt. Bei Art. 4 Abs. 4 BayIntG handle es sich wegen der expliziten Anknüpfung an Abs. 2 um eine Jedermann-Vorschrift. Die Übernahme der Kosten für Dolmetscher und Übersetzer verstoße weder gegen das Rechtsstaatsprinzip des Art. 3 Abs. 1 Satz 1 BV oder gegen materielle Grundrechte noch gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs nach Art. 91 BV, der in Verwaltungsverfahren nicht entsprechend gelte. Wie die nicht als Spezialvorschrift zu verstehende Regelung des § 23 Abs. 2 VwVfG bzw. Art. 23 Abs. 2 BayVwVfG zeige, gebe es weder einen verfassungsrechtlichen noch einen einfachgesetzlichen Grundsatz, wonach der Staat in Verwaltungsverfahren die notwendigen Dolmetscher- und Übersetzerkosten tragen müsse. In Art. 4 Abs. 4 Satz 1 BayIntG bestehe durch den unbestimmten Rechtsbegriff auf der Tatbestandsseite und durch die Ausgestaltung als Ermessensvorschrift hinreichend Raum, um Sonderfälle,

etwaige spezial- oder bundesgesetzliche Vorgaben, finanzielle Notlagen sowie grundrechtliche Anforderungen berücksichtigen zu können.

68 Der Haftungsausschluss nach Art. 4 Abs. 4 Satz 2 BayIntG stehe nicht im Widerspruch zu § 839 BGB i. V. m. Art. 34 Satz 1 GG, da die Staatshaftung durch einfaches Gesetz ausgeschlossen werden könne, wobei dies anerkanntermaßen auch durch ein Landesgesetz geschehen könne. Eine generelle Grenze bestehe nur darin, dass die Haftung nicht generell für amtspflichtwidriges Verhalten von Organwaltern und auch nicht für wesentliche Bereiche staatlicher Tätigkeit abgeschafft werden dürfe. Selbst wenn man den Haftungsausschluss nur aus sachlichen Gründen in eng abgesteckten Ausnahmefällen für zulässig halte, sei diese Voraussetzung hier in Anbetracht des öffentlichen Interesses an einer aktivierenden Integrationspolitik erfüllt, zumal die Zurechnung eines etwaigen Fehlverhaltens von Dolmetschern und Übersetzern zulasten des Staates bis heute nicht eindeutig geklärt sei.

69 h) Die in Art. 5 Abs. 2 Satz 4 BayIntG normierte Verpflichtung zur Teilnahme an einer Sprachstandserhebung sei hinreichend bestimmt; sie beziehe sich wegen des Zusammenhangs mit Abs. 2 Satz 1 auf alle Kinder und sei damit eine Jedermann-Vorschrift. Die Regelung, wonach „alle Kinder in Kindertageseinrichtungen ... zentrale Elemente der christlich-abendländischen Kultur erfahren" sollten (Art. 6 Satz 1 BayIntG), die wortlautidentisch mit der seit 2005 geltenden, bisher nicht beanstandeten Regelung des § 4 Abs. 1 AVBayKiBiG sei, stelle keinen rechtfertigungsbedürftigen Eingriff in das elterliche Erziehungsrecht nach Art. 126 Abs. 1 BV i. V. m. der Glaubens- und Gewissensfreiheit nach Art. 107 Abs. 1 BV dar. Der Besuch von Kindertagesstätten sei freiwillig; es gebe daher die Möglichkeit, tageweise von Aktivitäten fernzubleiben, die von den Eltern aus religiösen Gründen für nicht wünschenswert gehalten würden. Davon abgesehen besitze die als Auftrag an die Kindertageseinrichtungen formulierte Regelung auch inhaltlich keine Eingriffswirkung, da weder ein Gebot oder Verbot statuiert werde noch eine Indoktrination im Sinn einer gezielten Beeinflussung erfolge. Den Trägern der Einrichtungen werde damit und mit Art. 6 Sätze 2 bis 4 BayIntG eine Gestaltungsaufgabe übertragen, die ein gewisses Maß an Gestaltungsfreiheit impliziere. Selbst wenn man eine Eingriffswirkung annehmen wollte, wäre diese dadurch gerechtfertigt, dass Staat und Gemeinden gemäß Art. 126 Abs. 1 Satz 2 BV die Eltern bei der Wahrnehmung ihres Erziehungsrechts unterstützten. Den Kindertageseinrichtungen komme im Vorfeld der Schulen die legitime Aufgabe zu, die Integrationsfähigkeit der betreuten Kinder im Hinblick auf ihr späteres Leben zu fördern. Wie das Bundesverfassungsgericht in seiner Karfreitags-Entscheidung festgehalten habe, handle es sich bei solchen Bestimmungen nicht um verfassungswidrige Privilegierungen einer Mehrheitsreligion, sondern um einen „Ausdruck der Prägekraft der Geschichte". Art. 131 Abs. 2 Satz 1 BV normiere sogar mit Blick auf die Schul-pflicht als eines der obersten Bildungsziele die Ehrfurcht vor Gott und fordere in Abs. 3, die Schüler in Liebe zur bayerischen Heimat zu erziehen.

70 i) Bei Art. 13 BayIntG handle es sich in den ersten beiden Absätzen um präventiv wirkende ordnungsrechtliche Maßnahmen, sodass das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot des Art. 104 Abs. 1 BV nur für den Bußgeldtatbestand des Abs. 3 gelte. Dieser knüpfe an Verstöße gegen ein vollziehbares Gebot der Kursteilnahme an und sei damit ausreichend bestimmt.

71 aa) Art. 13 BayIntG greife nicht in den Schutzbereich des Art. 110 BV ein, da die Norm nicht auf die Einstellung zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung abziele, sondern ausschließlich auf das nach außen gerichtete Verhalten (Abs. 1 Satz 1) bzw. ein offenkundig rechtswidriges Verhalten (Abs. 2). Es sei abwegig, ein solches in demonstrativen bzw. wiederholten schwerwiegenden Regelverstößen bestehendes Verhalten dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit zuzuweisen. Dies könne allenfalls für das in Art. 13 Abs. 1 Satz 1 BayIntG genannte Tatbestandsmerkmal des Verunglimpfens gelten, das aber in mehreren Strafvorschriften vorkomme (§§ 90, 90 a, 90 b, 189 StGB), ohne dass darin ein verfassungswidriger Eingriff in die Meinungsfreiheit gesehen werde. Grundrechtsdogmatisch beruhe dies auf dem anerkannten Gegenbelang des sog. kollidierenden Verfassungsrechts, zu dem neben den in Art. 1 BayIntG genannten Schutzgütern sowie dem Rechtsstaatsprinzip und den Grundrechten auch das Staatsziel der Integration als verfassungsrechtliche Grundlage des Migrationsfolgenrechts gehöre. Art. 13 BayIntG ziele auf das Verhalten derjenigen, die die fragilen Integrationsprozesse störten; mit den Regelungen werde ein Beitrag zur Integrationsförderung bezweckt. Dass die Teilnehme an einem Integrationskurs hierzu ungeeignet sei, lasse sich nicht auf greifbare empirische Erkenntnisse stützen; es seien auch keine gleich wirksamen, geringer belastenden Alternativen erkennbar. Die Intensität der durch Art. 13 BayIntG bewirkten Rechtsfolge sei eher gering. Da die Anordnung im Ermessen stehe, sei eine verfassungskonforme Auslegung möglich.

72 bb) Gegen grundrechtliche bzw. rechtsstaatliche Bestimmtheitsanforderungen werde nicht verstoßen, da Art. 13 Abs. 1 und 2 BayIntG nicht an den Begriff der Leitkultur oder an die Integrationsziele des Art. 1 Satz 2 BayIntG anknüpfe. Es gehe vielmehr um den Folgegehorsam im Hinblick auf normativ festgelegte Schutzgüter, indem durch das präventive Instrument der Verpflichtung zur Teilnahme an einem Grundkurs ein konkreter Akzeptanzdruck gegenüber Integrationsstörern entfaltet werde, der mit der grundrechtlich geschützten Entfaltungsfreiheit vereinbar sei. Welchen Inhalt die als Rechtsfolge des Art. 13 Abs. 1 und 2 BayIntG mögliche Teilnahmeverpflichtung bezüglich eines Grundkurses über die Werte der freiheitlichen demokratischen Grundordnung habe, ergebe sich aus den im Tatbestand der Norm verankerten Schutzgütern. Verglichen mit den ordnungsrechtlichen Generalklauseln der Art. 7 LStVG und Art. 11 PAG handle es sich gerade angesichts der geringen Intensität der damit verbundenen Belastungen um eine hinreichend bestimmte und spezifizierte Rechtsfolgenanordnung. Das Bayerische Staatsministerium für Arbeit und Soziales, Familie und Integration habe dazu ein auf dem Rechtsbildungsunterricht für Flüchtlinge und Asylbewerber beruhendes Konzept erarbeitet und stimme es mit den anderen Staatsministerien ab. Ob eine Verpflichtung zur Kursteilnahme geeignet, erforderlich und angemessen sei, könnten die Sicherheitsbehörden (Art. 6 LStVG) in Ausübung ihres Ermessens unter Würdigung aller Einzelfallumstände entscheiden und dabei insbesondere bei erstmals festgestellter Erfüllung des Tatbestands zunächst von einer Anordnung absehen. Auf der tatbestandlichen Ebene seien beide Absätze des Art. 13 BayIntG so strukturiert, dass zunächst ein näher charakterisiertes Verhalten in Anbetracht bestimmter Schutzgüter erfasst werde. Sämtliche Tatbestandsmerkmale fänden sich an (teilweise mehreren) anderen Stellen in der Rechtsordnung, wobei sich jeweils Auslegungsgrundsätze

herausgebildet hätten, an welche die Rechtsanwender anknüpfen könnten. In beiden Absätzen gehe es nicht um einzelne Missachtungen der Schutzgüter, sondern um die Anerkennung des jeweiligen Schutzguts in der deutschen Rechtsordnung als solches, also gleichsam um systemgerichtetes Ablehnungsverhalten.

Art. 13 Abs. 1 BayIntG sei auf die Achtung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung gerichtet, wie sie vielfach in anderen Vorschriften (z. B. Art. 10 Abs. 2, Art. 21 Abs. 2, Art. 91 GG, § 86 Abs. 2, § 92 Abs. 2 StGB) niedergelegt sei. In Art. 4 Abs. 1 Satz 1 BayVSG werde insoweit an die detaillierte Erläuterung des Begriffs in § 4 Abs. 2 BVerfSchG angeknüpft; hieran knüpfe wiederum Art. 13 Abs. 1 Satz 1 BayIntG an. Mit der Formulierung, dass „insbesondere" die im Grundgesetz konkretisierten Menschenrechte, das Recht der Persönlichkeit auf Leben und freie Entfaltung sowie die Gleichberechtigung von Mann und Frau geschützt sein sollten, bringe der Gesetzgeber zum Ausdruck, dass nach seiner Einschätzung in den migrationsbedingten Konfliktlagen die ersten beiden Bestandteile der freiheitlichen demokratischen Grundordnung typischerweise beeinträchtigt sein könnten, während er sich im Hinblick auf die Gleichberechtigung zur Aufnahme eines zusätzlichen Schutzguts entschlossen habe. Dass das Bundesverfassungsgericht in seinem nach Verabschiedung des Bayerischen Integrationsgesetzes ergangenen Urteil zum NPD-Verbot im Hinblick auf Art. 21 Abs. 2 GG eine teilweise engere Begriffsbestimmung vorgenommen habe, wirke sich nicht aus, da das Gericht wiederholt betone, dass sich seine Ausführungen auf den Begriff der freiheitlichen demokratischen Grundordnung im Sinn des Art. 21 Abs. 2 GG bezögen. Es sei von jeher anerkannt, dass dieser grundgesetzliche Begriff mit der in vielfacher Weise ausdifferenzierten Verwendung im einfachen Recht nicht identisch sei und auch nicht sein müsse.

73 Weitere Konkretisierungen bzw. zusätzlich verankerte Schutzgüter würden in Art. 13 Abs. 1 Satz 2 BayIntG aufgezählt. Der Begriff des staatlichen Gewaltmonopols ziele auf den Einsatz physischer Gewalt insbesondere auch durch die Einsatzkräfte im staatlichen Auftrag. Das Merkmal des Verhältnisses von Religion und Staat lasse sich mit Blick auf die insoweit präzisere Formulierung in Satz 3 der Präambel ohne Weiteres dahingehend verstehen, dass es um die Überordnung der staatlichen gegenüber allen religiösen Ordnungen gehe. Das Schutzgut der gewaltlosen Erziehung von Kindern und der Schutz von Minderjährigen erschlössen sich ebenso aus der einfachen Rechtsordnung (vgl. § 1631 Abs. 2 BGB) wie die einen Bestandteil der deutschen Rechtsordnung bildenden Normen des Straf-, Ehe- und Familienrechts. Das verhaltensbezogene zweite Tatbestandsmerkmal in Art. 13 Abs. 1 BayIntG bestehe darin, dass die Ablehnung der genannten Schutzgüter durch demonstrative Regelverstöße, durch Verunglimpfen oder sonst durch nach außen gerichtetes Verhalten beharrlich zum Ausdruck gebracht werde. Erforderlich sei mithin eine nach außen sichtbar werdende Manifestation der Ablehnung, wobei das Merkmal beharrlich wiederum an vielen anderen Stellen in der Rechtsordnung anzutreffen sei (etwa § 56 d Abs. 3 Satz 3 und § 238 Abs. 1 StGB).

Art. 13 Abs. 2 BayIntG beziehe sich auf der Tatbestandsebene auf die gleichen Schutzgüter wie in Abs. 1, die der Einfachheit halber mit dem Begriff der „Grundsätze der Rechts- und Werteordnung" zusammengefasst würden. Das verhaltensbezogene zweite Tatbestandsmerkmal ziele auf Störer, denen die betreffenden Schutzgüter entweder gleichgültig oder unbekannt seien. Mit den

Formulierungen „durch wiederholte schwerwiegende Regelverstöße oder sonst durch ein offenkundig rechtswidriges Verhalten" bildeten wiederum nach außen manifestierte, den einzelnen Verstoß überschreitende und die Rechts- und Werteordnung als Ganzes infrage stellende Verstöße den Anknüpfungspunkt für die – vergleichsweise geringfügige – Rechtsfolge der Verpflichtung zur Integrationskursteilnahme. Verglichen mit den polizeilichen Generalklauseln nach Art. 7 LStVG, Art. 11 PAG sei den Tatbestandsmerkmalen des Art. 13 Abs. 1 und 2 BayIntG ein deutlich höheres Maß an Bestimmtheit zu attestieren, insbesondere auch im Hinblick auf das etwa in Art. 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, Satz 4 PAG normierte Merkmal der verfassungsfeindlichen Handlungen.

74 j) Art. 14 BayIntG betreffe drei näher beschriebene Verhaltensweisen, an die nach Ermessen die Rechtsfolge des Verbots (Abs. 1) und bei dessen Missachtung die Auferlegung einer Geldbuße (Abs. 2) geknüpft seien. Auch hier gehe es um die präventive Gefahrenabwehr, allerdings gegenüber einem Verhalten, das die Autorität des Staates in grundsätzlicher Weise herausfordere. Daher könnten Geldbußen bis zu 50.000 € verhängt werden. Das Grundrecht der Meinungsfreiheit nach Art. 110 BV sei allenfalls insoweit betroffen, als es um ein lediglich äußerndes Verhalten gehe, also ausschließlich im Zusammenhang mit der ersten Variante der Vorschrift (Art. 14 Abs. 1 Nr. 1); im Übrigen komme nur die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 101 BV in Betracht. Der durch die Androhung bzw. Festsetzung eines Bußgelds bewirkte Eingriff in die genannten Grundrechte könne durch die Berufung auf kollidierendes Verfassungsrecht bzw. auf die Schranken der Gesetze gerechtfertigt werden. Die Verhältnismäßigkeit von Verbot und Bußgeldandrohung ergebe sich aus dem hohen Stellenwert des Schutzguts der verfassungsmäßigen Ordnung und der Unversehrtheit der objektiven Rechtsordnung als auch der Funktionsfähigkeit der staatlichen Einrichtungen vor den hier infrage stehenden ganz grundsätzlichen Gefährdungen. Art. 14 BayIntG ermögliche es den zuständigen Behörden und Gerichten, den grundrechtlichen Anforderungen sowohl auf der Tatbestands- als auch auf der Rechtsfolgenebene Rechnung zu tragen.

75 Da die Sanktionsvorschrift nur bei besonders intensiven Störungen des Integrationsprozesses zum Einsatz gelangen könne, sei sie auch verhältnismäßig im engeren Sinn. Im Vergleich mit anderen Vorschriften des Ordnungswidrigkeitenrechts, etwa § 118 OWiG, sei Art. 14 BayIntG bemerkenswert ausdifferenziert. Nach der Gesetzesbegründung hätten beim Erlass der Regelung Phänomene wie die Patrouillen einer „Scharia-Polizei" im Jahr 2014 sowie bestimmte Aktivitäten sog. Reichsbürger vor Augen gestanden. Der in Art. 14 Abs. 1 BayIntG verwendete Begriff der verfassungsmäßigen Ordnung sei weitergehend als die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinn des Art. 13 Abs. 1 Satz 1 BayIntG; auch er finde sich aber in zahlreichen anderen Gesetzen. Wegen der vergleichbaren Normstruktur sei er in Anlehnung an die strafrechtlichen Vorschriften gemäß § 81 Abs. 1 Nr. 2, § 82 Abs. 1 Nr. 2, § 85 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, § 86 Abs. 1 Nr. 2, § 89 Abs. 1, § 90 a Abs. 1 Nr. 1 und § 92 Abs. 2 Nr. 2 StGB zu bestimmen. Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 BayIntG ziele auf das öffentliche Auffordern zur Missachtung der geltenden Verfassungsordnung. Er betreffe nicht das Hinarbeiten auf eine Verfassungsordnung im vorgesehenen Rahmen des Art. 79 GG bei gleichzeitigem Hinnehmen des bestehenden Zustands und erst recht nicht Aktivitäten der Brauchtumspflege, wie sie etwa die „Königstreuen" entfalteten. Die

in Art. 14 Abs. 1 Nrn. 2 und 3 BayIntG erfasste Verhaltensweise „es zu unternehmen" könne ebenfalls an Tatbestände im Strafgesetzbuch (z. B. § 81 Abs. 1, § 130 Abs. 2 Nr. 3) sowie an die Legaldefinition des § 11 Abs 1 Nr. 6 StGB anknüpfen. Das Verhalten nach Art. 14 Abs. 1 BayIntG müsse darauf gerichtet sein, nicht nur die geltende verfassungsmäßige Ordnung zu missachten, sondern einer anderen Rechtsordnung zu folgen (Nr. 1), andere Personen einer solchen Ordnung zu unterwerfen (Nr. 2) oder eine solche Ordnung oder aus ihr abgeleitete Einzelakte zu vollziehen oder zu vollstrecken (Nr. 3). Anders als bei Art. 13 Abs. 1 Satz 2 BayIntG genüge es dabei nicht, wenn nur einzelne Elemente abgelehnt und durch andere Einzelelemente ersetzt werden sollten. Es gehe vielmehr um die Ablehnung der gegenwärtigen verfassungsmäßigen Ordnung und ihre Ersetzung durch eine andere, ihrerseits auf das Ganze angelegte Ordnung, mithin um den Geltungsanspruch der bestehenden Ordnung und die Autorität des Staates. Ob die „andere Rechtsordnung" nach völkerrechtlichen Grundsätzen überhaupt je Geltung beanspruchen könnte oder ob es sich um eine Rechtsordnung im rechtstheoretischen oder -philosophischen Sinn handle, spiele keine Rolle. Die andere Rechtsordnung müsse laut Gesetzesbegründung fundamental und prinzipiell auch einem politisch und rechtlich durchschnittlich versierten Bürger erkennbar nicht in das unsere Rechtsordnung prägende Schema fallen. Auf der Rechtsfolgenebene sei der zuständigen Behörde in mehrfacher Hinsicht Ermessen eingeräumt; das nach § 47 Abs. 1 OWiG geltende Opportunitätsprinzip erlaube auch, ein bereits eröffnetes Verfahren wieder einzustellen oder es statt eines Bußgelds bei einem Verwarnungsgeld oder einer bloßen Verwarnung zu belassen.

76 k) Die durch Art. 17 a Abs. 1 Nr. 5 BayIntG eingefügte Nr. 3 des Art. 23 Abs. 3 PAG verstoße nicht gegen die Unverletzlichkeit der Wohnung nach Art. 106 Abs. 3 BV. Ähnlich wie bei der ereignis- und verdachtsunabhängigen Personenkontrolle gemäß Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 PAG (sog. Schleierfahndung) werde damit der Polizei kein willkürliches Kontrollieren ermöglicht; die Betretensbefugnis sei auf einen eng begrenzten Kreis von Örtlichkeiten bezogen und explizit an den Zweck der Abwehr dringender Gefahren gebunden. Sie erweitere den Kreis der in Art. 23 Abs. 3 PAG angesprochenen sog. gefährlichen Orte, an denen insbesondere Straftaten und Ordnungswidrigkeiten begangen würden. Um das Betreten der Unterkünfte zu rechtfertigen, müsse ein Zusammenhang zwischen dem Ortstyp „Asylbewerberunterkunft" und der dringenden Gefahr bestehen. Im Jahr 2017 hätten bei insgesamt 25.511 polizeilichen Einsätzen in Asylbewerberunterkünften 110 solche Kontrollmaßnahmen stattgefunden. Eingriffe in den Schutzbereich des Art. 106 Abs. 3 BV seien nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs bei Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 13 Abs. 7 GG statthaft. Dazu gehöre die Abwehr dringender Gefahren auch in Bezug auf die typischen Delikte der sog. grenzüberschreitenden Kriminalität einschließlich des Schleuserwesens sowie auf die Stabilisierung der verwaltungsrechtlichen Ordnungssysteme der Ausländer- und Asylgesetze. Da es bei Art. 23 Abs. 3 Nr. 3 PAG um die Abwehr dringender Gefahren gehen müsse, dürften die betreffenden Wohnungen nicht allein zum Zweck der erleichterten Durchführung von Identitätsfeststellungen gemäß Art. 13 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c PAG n. F. betreten werden; die erweiterte Befugnis zum Betreten erleichtere aber die anschließende Durchführung solcher Maßnahmen. Es sei allgemein anerkannt, dass zur Rechtfertigung von Eingriffen in das Wohnungsgrundrecht eine abstrakte Gefahr ausreiche, also eine auf generalisierten

Betrachtungen und Erfahrungen beruhende Gefahr. In diesem verfassungsrechtlich vorgezeichneten Sinn sei das Merkmal „Abwehr dringender Gefahren" im Einleitungssatz von Art. 23 Abs. 3 PAG zu verstehen. Dabei spiele die zeitliche Nähe und die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts ebenso eine Rolle wie das Ausmaß des zu erwartenden Schadens und die Hochrangigkeit des gefährdeten Rechtsguts. Fachbezogene Erwägungen in Gestalt polizeilicher Erkenntnisse über Gefährdungslagen dürften zugrunde gelegt werden, sofern sie nicht eindeutig widerlegbar oder offensichtlich fehlerhaft seien oder der verfassungsrechtlichen Wertordnung widersprächen. Bei der Bestimmung von Asylbewerberunterkünften als bei generalisierter Betrachtung gefährlicher Orte sei der Gesetzgeber von den in der Bayerischen Kriminalitätsstatistik 2016 zusammengestellten Fakten ausgegangen, wonach die in solchen Unterkünften registrierten Straftaten (ohne ausländerrechtliche Verstöße) im Jahr 2016 um 114,8 % auf 12.300 angestiegen seien, wobei den größten Anteil die sog. Rohheitsdelikte (Raubdelikte und räuberische Erpressung, Körperverletzung etc.) gebildet hätten und Opfer ganz überwiegend die dort lebenden Menschen gewesen seien. Aufgrund der Hochrangigkeit der berührten Schutzgüter und des Ausmaßes sowie der Wahrscheinlichkeit der zu befürchtenden Schäden sei die Regelung als verhältnismäßig anzusehen; allein durch die damit ermöglichte Präsenz von Polizeibeamten verringere sich die Gefahr der Begehung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten in den Einrichtungen und in ihrem unmittelbaren Umfeld.

77 l) Mit den Bestimmungen des Art. 17 a Abs. 7 und 8 BayIntG werde die Förderung der Versorgung mit Wohnraum mit der Voraussetzung verknüpft, einen Beitrag zur Schaffung und Erhaltung einer ausgeglichenen Bewohnerstruktur zu leisten. Dazu werde für die Gebiete mit erhöhtem Wohnungsbedarf in Art. 5 BayWoBindG eine Strukturkomponente dahingehend eingefügt, dass möglichst nur Wohnungssuchende benannt würden, deren Zuzug einseitige Bewohnerstrukturen weder schaffe noch verfestige. Außerhalb der genannten Gebiete könnten nach dem neu eingefügten Art. 5 a BayWoBindG die Verfügungsberechtigten verpflichtet werden, die Wohnung nur Wohnungssuchenden zu überlassen, deren Zuzug die zuständige Stelle zuvor zugestimmt habe; die Zustimmung dürfe nur verweigert werden, wenn die Überlassung einseitige Bewohnerstrukturen schaffe oder verfestige. Diese Regelungen seien weder im Hinblick auf den persönlichen Anwendungsbereich noch im Hinblick auf das Merkmal der „Einseitigkeit" der Bewohnerstrukturen zu unbestimmt. Es handle sich um Jedermann-Vorschriften, die nicht auf Migrantinnen und Migranten beschränkt seien, wie in der Gesetzesbegründung ausdrücklich bekräftigt werde. Schon in der früheren Fassung des Art. 5 BayWoBindG habe nach den Sätzen 3 und 4 zum Zweck der Schaffung und Erhaltung einer ausgeglichenen Bewohnerstruktur von der Rangfolge der Dringlichkeit abgewichen werden können; dieser Aspekt sei nach der Neuregelung von vornherein gleichrangig mit der Dringlichkeit. Unbestimmte, auslegungsbedürftige Rechtsbegriffe seien grundsätzlich statthaft und ermöglichten der Verwaltung, den Eigenarten der zu ordnenden Sachverhalte und etwaigen Besonderheiten des Einzelfalls in sachspezifischer Weise Rechnung zu tragen; das gelte auch für die Tatbestandsmerkmale in Art. 5 Sätze 5 und 6, Art. 5 a WoBindG n. F.

IV.

78 Die Anträge sind zulässig.

79 1. Die Anträge auf Feststellung der Nichtigkeit bestimmter Vorschriften des Bayerischen Integrationsgesetzes haben Meinungsverschiedenheiten gemäß Art. 75 Abs. 3 BV, Art. 49 VfGHG zum Gegenstand.

80 Nach Art. 75 Abs. 3 BV entscheidet der Verfassungsgerichtshof Meinungsverschiedenheiten darüber, ob durch ein Gesetz die Verfassung geändert wird oder ob ein Antrag auf unzulässige Verfassungsänderung vorliegt. Diese Voraussetzungen sind nach Art. 49 Abs. 1 VfGHG auch erfüllt, wenn die Meinungsverschiedenheit darüber besteht, ob durch ein Gesetz die Verfassung verletzt wird (VerfGH vom 12.8.1994 VerfGHE 47, 184/189; vom 19.10.1994 VerfGHE 47, 241/252; vom 17.9.1999 VerfGHE 52, 104/119). Die Meinungsverschiedenheit muss zwischen am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organen oder Teilen davon entstanden und bereits im Lauf des Gesetzgebungsverfahrens im Landtag erkennbar geworden sein (VerfGH vom 21.11.1986 VerfGHE 39, 96/136; vom 21.2.2002 VerfGHE 55, 28/35; vom 21.11.2016 BayVBl 2017, 192 Rn. 56; vom 30.7.2018 BayVBl 2019, 158 Rn. 39). Das ist hier der Fall.

81 a) Der Entwurf für ein Bayerisches Integrationsgesetz wurde von der Staatsregierung am 10. Mai 2016 im Bayerischen Landtag eingebracht (LT-Drs. 17/11362). In der Plenarsitzung am 8./9. Dezember 2016 wurde der in einigen Punkten geänderte Gesetzesvorschlag in zweiter und dritter Lesung mit den Stimmen der CSU-Fraktion gegen die Stimmen der übrigen Landtagsfraktionen angenommen (LT-Drs. 17/14708). Abgeordnete beider Antragstellerinnen vertraten im Gesetzgebungsverfahren die Auffassung, die im Entwurf enthaltenen Regelungen seien jedenfalls in großen Teilen verfassungswidrig.

82 So kritisierte namens der Antragstellerin zu I u. a. der Abgeordnete Pfaffmann die fehlende Bestimmtheit der in Art. 1 Satz 2 BayIntG geforderten „Achtung der Leitkultur" (Plenarprotokoll 17/89 S. 7681). Die zur selben Fraktion gehörende Abgeordnete Waldmann erhob allgemeine verfassungsrechtliche Bedenken gegen die in Art. 4 Abs. 4 BayIntG enthaltenen Regelungen (Plenarprotokoll 17/89 S. 7699 f., 7786). Die Abgeordnete Petersen sah in Art. 6 Satz 1 BayIntG einen Verstoß gegen den Grundsatz der weltanschaulichen Neutralität (Plenarprotokoll 17/89 S. 7707). Die Abgeordnete Fehlner hielt Art. 11 Satz 2 BayIntG für einen unzulässigen Eingriff in die Rundfunkfreiheit (Plenarprotokoll 17/89 S. 7733 f.). Der Abgeordnete Arnold monierte die unzureichende Bestimmtheit der in Art. 13 und 14 BayIntG getroffenen Regelungen (Plenarprotokoll 17/89 S. 7740, 7742 f.).

83 Vertreter der Antragstellerin zu II stellten bereits in den Ausschussberatungen die Gesetzgebungskompetenz des Landes (Abgeordnete Kamm, 55. Sitzung des Sozialausschusses vom 20. Oktober 2016, Protokoll S. 10), die Vereinbarkeit der Leitkultur-Definition mit der Verfassung und die Grundrechtskonformität insbesondere der Art. 11, 13 und 17 a Abs. 1 Nr. 5 BayIntG infrage (Abgeordneter Mistol, 60. Sitzung des Ausschusses für Bildung und Kultur vom 9. November 2016, Protokoll S. 14 ff.). In der Plenarsitzung vom 8./9. Dezember 2016 machten die der Antragstellerin zu II angehörenden Abgeordneten Osgyan und Gehring geltend, die Präambel sei zu unbestimmt (Plenarprotokoll 17/89 S. 7669, 7670). Den gleichen Einwand erhob die Abgeordnete Kamm gegen Art. 1 und Art. 2 BayIntG (Plenarprotokoll 17/89 S. 7679, 7683). Der Abgeordnete Hartmann kritisierte die fehlende Rechtsverbindlichkeit des Art. 3 BayIntG (Plenarprotokoll 17/89 S. 7688). Der Abgeordnete Gehring rügte fehlende Begriffsdefinitionen in Art. 4 BayIntG und

den Sanktionscharakter der Vorschrift (Plenarprotokoll 17/89 S. 7695, 7785). Für zu unbestimmt hielt die Abgeordnete Celina die Vorschrift des Art. 6 BayIntG (Plenarprotokoll 17/89 S. 7708, 7711). Aus den gleichen Gründen wandte sich der Abgeordnete Gehring gegen die auf die Integrationsziele des Art. 1 BayIntG verweisende Bestimmung des Art. 7 BayIntG (Plenarprotokoll 17/89 S. 7714). Der Abgeordnete Mistol bemängelte, dass in Art. 9 BayIntG die Kostenerstattung gegenüber den Kommunen nicht geregelt sei (Plenarprotokoll 17/89 S. 7727). Die Abgeordneten Osgyan (Plenarprotokoll 17/89 S. 7732) und Gehring (Plenarprotokoll 17/89 S. 7777) sahen in der Vorschrift des Art. 11 BayIntG einen unzulässigen Eingriff in die Rundfunk- und Pressefreiheit. Die Vorschriften des Art. 13 und 14 BayIntG wurden von den Abgeordneten Dürr (Plenarprotokoll 17/89 S. 7738) und Dr. Magerl (Plenarprotokoll 17/89 S. 7741) als unzulässige Diskriminierung von Ausländern bezeichnet. Die Abgeordnete Schulze sah bei der Regelung des Art. 17 a Abs. 1 Nr. 5 BayIntG die Flüchtlinge unter Generalverdacht gestellt (Plenarprotokoll 17/89 S. 7754). In den Neuregelungen aufgrund des Art. 17 a Abs. 5 BayIntG erblickte die Abgeordnete Sengl ein unzulässiges Zwei-Klassen-Recht (Plenarprotokoll 17/89 S. 7758). Bei Art. 17 a Abs. 6 BayIntG bezweifelte die Abgeordnete Celina die Gesetzgebungskompetenz des Landes (Plenarprotokoll 17/89 S. 7792). Die mit Art. 17 a Abs. 7 und 8 BayIntG geänderten Rechtsvorschriften erachtete der Abgeordnete Mistol als teilweise völlig unklar und in der Praxis nicht umsetzbar (Plenarprotokoll 17/89 S. 7763). Im Zusammenhang mit den Regelungen in Art. 17 a Abs. 9 bis 12 BayIntG verwies die Abgeordnete Schulze auf die bei der vorangegangenen Expertenanhörung geäußerte Kritik (Plenarprotokoll 17/89 S. 7765). Die Abgeordnete Kamm hielt die in Art. 18 BayIntG genannte Einschränkung von Grundrechten für zu weitgehend (Plenarprotokoll 17/89 S. 7771).

84 b) Die Antragstellerinnen haben als Fraktionen und damit als Teile des Landtags gemäß Art. 49 Abs. 2 Satz 1 VfGHG am Gesetzgebungsverfahren zum Bayerischen Integrationsgesetz mitgewirkt. Sie können die bereits auf Parlamentsebene von ihren Mitgliedern geäußerten verfassungsrechtlichen Bedenken im Verfahren nach Art. 75 Abs. 3 BV weiterverfolgen (VerfGH BayVBl 2017, 192 Rn. 60 m. w. N.). Als Antragsgegnerin in beiden Verfahren wurde zum einen zulässigerweise die Mehrheitsfraktion im Landtag benannt, mit deren Stimmen die Neuregelung verabschiedet wurde (vgl. Art. 49 Abs. 2 Satz 3 VfGHG; VerfGH, a. a. O.). Antragsgegnerin kann zum anderen die von den Antragstellerinnen ebenfalls angeführte Staatsregierung sein, da der (damalige) Ministerpräsident in ihrem Namen den Gesetzentwurf im Landtag eingebracht und damit das Gesetzgebungsvorhaben gemäß Art. 71 BV initiiert hat (VerfGH BayVBl 2017, 192 Rn. 60; Möstl in Lindner/Möstl/Wolff, Verfassung des Freistaates Bayern, 2. Aufl. 2017, Art. 75 Rn. 12).

85 2. Tauglicher Gegenstand der Prüfung durch den Verfassungsgerichtshof sind (weiterhin) alle von den Antragstellerinnen bezeichneten Rechtsnormen einschließlich der durch Art. 17 a Abs. 1 Nr. 5 und Abs. 5 bis 12 BayIntG in der Fassung des Gesetzes vom 13. Dezember 2016 (GVBl S. 335) bewirkten Änderungen von Rechtsvorschriften in bereits bestehenden Gesetzen.

86 Zwar wurde mit dem zum 1. April 2019 in Kraft getretenen Gesetz über die Beauftragten der Bayerischen Staatsregierung (Bayerisches Beauftragtengesetz – BayBeauftrG) vom 25. März 2019 (GVBl S. 58) u. a. Art. 17 a BayIntG ersatzlos

aufgehoben (Art. 3 a Nr. 4 BayBeauftrG). Dieser in die Zukunft gerichtete Normsetzungsakt hatte aber nicht zur Folge, dass dadurch die vor dem Erlass des Art. 17 a BayIntG geltende Rechtslage wiederhergestellt worden wäre. Die Aufhebung hat die mit dem Erlass des Bayerischen Integrationsgesetzes vollzogenen Rechtsänderungen unberührt gelassen.

87 Hebt der Gesetzgeber eine Bestimmung auf, mit der ein bestehendes Gesetz geändert wurde, so ist zu fragen, ob damit die vorherige Gesetzesänderung ebenfalls rückgängig gemacht worden ist. Dies wäre nach dem Grundsatz „lex posterior derogat legi priori" anzunehmen, wenn Änderungsbestimmungen einen auf Dauer wirkenden Gesetzesbefehl enthielten, von dessen Fortbestand die rechtliche Geltung der geänderten Vorschriften abhinge (so Roth, NVwZ 1999, 155/156). Diese Vorstellung ist aber unvereinbar mit dem zeitlich begrenzten Regelungszweck von Änderungsgesetzen, wie er sich insbesondere aus der ständigen Gesetzgebungspraxis von Bund und Ländern ergibt (vgl. Ramcke, DÖV 2000, 69/70). Maßgebende Bedeutung besitzt insoweit das vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz herausgegebene Handbuch der Rechtsförmlichkeit (Bekanntmachung vom 22. September 2008, BAnz Nr. 160 a), das in seiner jeweils geltenden Fassung nach Nr. 5 der von der Bayerischen Staatsregierung erlassenen Richtlinien für die Redaktion von Rechtsvorschriften (Redaktionsrichtlinien – RedR) vom 16. Juni 2015 (AllMBl S. 319) weitgehend auch auf Rechtsvorschriften des Landesrechts anzuwenden ist. Danach wird mit Inkrafttreten eines Änderungsgesetzes der Wortlaut des betroffenen (Stamm-)Gesetzes durch den neuen Wortlaut ersetzt, ergänzt oder aufgehoben; das Änderungsgesetz selbst wird mit Wirksamwerden dieser Änderungsbefehle gegenstandslos und bildet nur noch eine „inhaltsleere Hülle", die keine Rechtswirkung mehr entfaltet (Handbuch, Rn. 21, 675, 710). Eine spätere Aufhebung des Änderungsgesetzes kann demgemäß nur noch der Rechtsbereinigung dienen, nicht jedoch zum Wiederaufleben der früheren Rechtslage führen.

88 Ob dieses Normverständnis, das erklärtermaßen der Gesetzgebungstätigkeit auch im Freistaat Bayern zugrunde liegt (vgl. Unterreitmeier in Möstl/Schwabenbauer, BeckOK Polizei- und Sicherheitsrecht Bayern, Art. 75 PAG Rn. 7.1, Stand: 1.4.2018), allen denkbaren Regelungskonstellationen gerecht wird, kann hier offenbleiben. Jedenfalls wenn keine gegenteilige gesetzgeberische Absicht erkennbar ist, gilt die grundsätzliche Annahme, dass Änderungsbestimmungen nicht zum dauerhaften Bestandteil der Rechtsordnung werden, sondern sich mit dem Inkrafttreten der Änderungen erledigen (vgl. VerfGH BayVBl 2017, 192 Rn. 113; BVerwG vom 10.2.1999 NJW 1999, 1729/1730). Die bloße Aufhebung eines Änderungsgesetzes, die im Unterschied zur gerichtlichen Nichtigerklärung nur ex nunc wirkt, führt daher im Regelfall nicht zur Wiederherstellung des vor der Änderung bestehenden Rechtszustands. Will der Gesetzgeber eine frühere Novellierung rückgängig machen, muss er die betreffenden Vorschriften unmittelbar im Stammgesetz ändern bzw. aus diesem streichen.

89 Hiervon ausgehend hatte die förmliche Aufhebung des Art. 17 a BayIntG keine rechtlichen Auswirkungen. Es spricht nichts dafür, dass die Geltung der darin aufgeführten zahlreichen Normergänzungen und Normänderungen vom dauernden Fortbestand der Änderungsvorschrift abhängig sein sollte. Mit Inkrafttreten des Art. 17 a Abs. 1 bis 4 und Abs. 6 bis 13 BayIntG am 1. Januar 2017 und des Art. 17 a

Abs. 5 BayIntG am 1. August 2017 (Art. 19 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 Nr. 2 BayIntG a. F.) wurden die Rechtsänderungen unmittelbar wirksam; seitdem gelten die betreffenden Einzelvorschriften aus sich heraus in der Fassung, die sie durch das Integrationsgesetz erhalten haben. Die Aufhebung des Art. 17 a BayIntG zum 1. April 2019 erfolgte ersichtlich nicht mit dem Willen, an dieser geltenden Rechtslage etwas zu ändern. Sie wurde in der amtlichen Gesetzesbegründung nicht einmal gesondert erläutert, sondern nur gemeinsam mit den übrigen Bestimmungen des Art. 3 a BayBeauftrG als eine der mit der Neuregelung des Integrationsbeauftragten verbundenen „Folgeänderungen" qualifiziert (LT-Drs. 18/17 S. 9). Diese (sachlich unzutreffende) Aussage belegt jedenfalls, dass es dem Gesetzgeber um eine rein redaktionelle Anpassung ohne materiellen Regelungsgehalt ging.

V.

90 Soweit die Antragstellerinnen geltend machen, Regelungen im Bayerischen Integrationsgesetz verstießen gegen vorrangiges Bundesrecht und damit aus landesverfassungsrechtlicher Sicht gegen das Gebot der Rechtsstaatlichkeit (Art. 3 Abs. 1 Satz 1 BV), ist dem nur hinsichtlich des Art. 14 Abs. 2 BayIntG zu folgen; im Übrigen sind diese Rügen unbegründet.

91 Prüfungsmaßstab in den Verfahren über Meinungsverschiedenheiten nach Art. 75 Abs. 3 BV, Art. 49 VfGHG ist allein die Bayerische Verfassung. Nach ständiger Rechtsprechung kann die Frage, ob der bayerische Gesetzgeber höherrangiges Bundesrecht verletzt hat, nur am Maßstab des Rechtsstaatsprinzips der Bayerischen Verfassung überprüft werden. Dieses erstreckt seine Schutzwirkung nicht in den Bereich des Bundesrechts mit der Folge, dass jeder Verstoß gegen Bundesrecht zugleich als Verletzung der Bayerischen Verfassung anzusehen wäre. Art. 3 Abs. 1 Satz 1 BV ist vielmehr erst dann verletzt, wenn der Widerspruch des bayerischen Landesrechts zum Bundesrecht nicht nur offensichtlich zutage tritt, sondern auch inhaltlich nach seinem Gewicht als schwerwiegender, krasser Eingriff in die Rechtsordnung zu werten ist (vgl. VerfGH vom 9.6.2018 BayVBl 2019, 225 Rn. 66 m. w. N.). Das gilt auch für die Beurteilung der Frage, ob der Landesgesetzgeber die bundesrechtliche Kompetenzordnung des Grundgesetzes eingehalten hat (vgl. VerfGH, a. a. O., Rn. 68 f.).

92 1. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin zu II ist das Rechtsstaatsprinzip nicht wegen eines Widerspruchs der in Art. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BayIntG legaldefinierten „Integrationspflicht" und aller darauf bezogenen Bestimmungen des Bayerischen Integrationsgesetzes zur Kompetenzordnung des Grundgesetzes verletzt.

93 a) Die in Art. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BayIntG als Gesetzesziel neben der Integrationsförderung genannte „Integrationspflicht", die im weiteren Text nur noch einmal – in Pluralform – ausdrücklich erwähnt wird (Art. 9 Satz 1 BayIntG), ist von der dem Landesgesetzgeber nach Art. 70 Abs. 1, Art. 72 Abs. 1 GG zustehenden Gesetzgebungskompetenz gedeckt. Ihr stehen keine abschließenden bundesrechtlichen Regelungen entgegen.

94 aa) Die in Art. 1 BayIntG umschriebenen Integrationsziele, auf die in weiteren Vorschriften des Gesetzes verwiesen wird (Art. 3 Abs. 6 Satz 1 und Abs. 8, Art. 7 Abs. 1 Satz 1, Art. 9 Satz 2, Art. 10 Abs. 1 und Art. 17 a Abs. 1 Nr. 11 Buchst. a BayIntG), beziehen sich gemäß Art. 1 Satz 1 BayIntG auf alle Menschen, „die aus anderen Staaten kommen und hier nach Maßgabe der Gesetze Aufnahme gefunden

haben oder Schutz vor Krieg und Verfolgung suchen". Im Hinblick auf diesen Personenkreis besteht für den Bund eine konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 4 GG, soweit das Aufenthalts- und Niederlassungsrecht von Ausländern betroffen ist, sowie eine Zuständigkeit für die Angelegenheiten der Flüchtlinge und Vertriebenen nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 6 GG, die nach heute herrschender Auffassung auch die Eingliederung und Förderung ausländischer Flüchtlinge in beruflicher, sozialer, wirtschaftlicher, kultureller und bildungspolitischer Hinsicht umfasst (vgl. Seiler in Epping/Hillgruber, BeckOK Grundgesetz, Art. 74 Rn. 22; Oeter in v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Bd. 2, 7. Aufl. 2018, Art. 74 Rn. 50 m. w. N.; krit. Thym, VVDStRL 76 (2017), 169/207 Fn. 207).

95 Der Bundesgesetzgeber hat von diesen Kompetenzen insbesondere durch den Erlass des Aufenthaltsgesetzes (AufenthG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. Februar 2008 (BGBl I S. 162) Gebrauch gemacht. Geregelt wird dort neben der Einreise, dem Aufenthalt und der Erwerbstätigkeit von Ausländern auch deren „Integration" (§ 1 Abs. 1 Satz 4 AufenthG), ohne dass dieser inhaltlich offene Begriff allerdings näher bestimmt würde (vgl. Kau, NVwZ 2018, 1337 f.). In der Integrationsförderung liegt nach der Gesetzesbegründung ein übergeordnetes ausländerpolitisches Ziel, das im Rahmen der verfassungsrechtlichen Kompetenzen Berücksichtigung finden und damit zu einer Handlungsmaxime für die mit den ausländerrechtlichen Entscheidungen betrauten Behörden werden soll (BT-Drs. 15/420 S. 68). Zur Vermittlung der für den Integrationserfolg notwendigen Kenntnisse werden in den §§ 43 bis 45 AufenthG die Rahmenbedingungen für konkrete Maßnahmen zur Eingliederung von Ausländern formuliert (BT-Drs. 15/420 S. 64). Danach wird die Integration von rechtmäßig auf Dauer im Bundesgebiet lebenden Ausländern in das wirtschaftliche, kulturelle und gesellschaftliche Leben in der Bundesrepublik Deutschland „gefördert und gefordert" (§ 43 Abs. 1 AufenthG). Deren Eingliederungsbemühungen werden unterstützt durch einen der Vermittlung der Sprache, der Rechtsordnung, der Kultur und der Geschichte in Deutschland dienenden Integrationskurs (§ 43 Abs. 2 bis 4 AufenthG), auf dessen Teilnahme unter den im Gesetz genannten Voraussetzungen ein Anspruch besteht (§ 44 AufenthG) und der für bestimmte Ausländer verpflichtend ist (§ 44 a Abs. 1 bis 2 a AufenthG); bei Verletzung der Teilnahmepflicht können aufenthalts- oder staatsangehörigkeitsrechtliche Nachteile eintreten und Zwangsmittel eingesetzt werden (§ 44 a Abs. 3 AufenthG). Der Integrationskurs soll durch weitere Integrationsangebote des Bundes und der Länder ergänzt werden (§ 45 Satz 1 AufenthG); dazu wird unter Beteiligung auch der Länder ein bundesweites Integrationsprogramm entwickelt (§ 45 Sätze 2 bis 4 AufenthG).

96 bb) Eine Gesamtwürdigung dieser Bestimmungen, deren aktuelle Fassung zum Teil auf das Integrationsgesetz des Bundes vom 31. Juli 2016 (BGBl I S. 1939) zurückgeht, führt zu dem Ergebnis, dass der Bundesgesetzgeber die programmatisch an den Beginn des 3. Kapitels des Aufenthaltsgesetzes gestellte „Forderung" nach Integration (§ 43 Abs. 1 AufenthG) nur insoweit als eine Rechtspflicht der daueraufenthaltsberechtigten Ausländer ausgestaltet hat, als diese im Einzelfall einer behördlichen Aufforderung zur Teilnahme an einem Integrationskurs gemäß § 44 a AufenthG nachzukommen haben. Dieser ausländerrechtlichen Ausnahmeregelung kann aber schon aus kompetenzrechtlichen Gründen keine generelle bundesgesetzliche Sperrwirkung

zukommen, die der landesrechtlichen Normierung einer „Integrationspflicht" selbst dann entgegenstehen würde, wenn damit wie bei Art. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BayIntG zunächst nur ein abstraktes Gesetzesziel bezeichnet wird.

97 Die Integration von Ausländern stellt keine allein im Ausländer-, Flüchtlings- und Staatsangehörigkeitsrecht wurzelnde einheitliche Sachmaterie dar, die der Bundesgesetzgeber aufgrund der ihm nach Art. 73 und 74 GG zustehenden Legislativbefugnisse und der darauf beruhenden Annexzuständigkeiten umfassend regeln könnte. Es handelt sich vielmehr um eine staatliche Querschnittsaufgabe (Berlit, ZAR 2018, 287/289), die von Bund und Ländern nach Maßgabe der grundgesetzlichen Kompetenzverteilung gemeinsam zu erfüllen ist und bei der den Bundesländern z. B. im Bereich der Bildung, der Kultur, des Rundfunks und des allgemeinen Sicherheitsrechts eigene Gesetzgebungsbefugnisse zustehen, die dem bundesrechtlichen Zugriff entzogen sind (vgl. Rossi, Die Verwaltung 40 (2007), 383/401; Burgi, DVBl 2016, 1015/1018; Thym, VVDStRL 76 (2017), 169/174, 206 f.; ders., ZAR 2016, 241/242; Berlit, Flüchtlingsrecht in Zeiten der Krise, 2017, S. 124; Oeter in v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Bd. 2, Art. 74 Rn. 44 m. w. N.). Selbst wenn dem Aufenthaltsgesetz – wofür die Gesetzesbegründung nichts hergibt (vgl. BT-Drs. 16/5065 S. 177 ff.) – die „migrationspolitische Grundsatzentscheidung" zugrunde läge, dass von daueraufenthaltsberechtigten Ausländern über die Fälle des § 44 a AufenthG hinaus keine weiteren Integrationsbemühungen gefordert werden sollen, könnte dies somit nur für die dem gesetzgeberischen Zugriff des Bundes unterliegenden Rechtsgebiete gelten.

98 Ein föderaler Kompetenzkonflikt kann sich hiernach aus dem Bayerischen Integrationsgesetz schon deshalb nicht ergeben, weil dessen normative Bestimmungen – mit Ausnahme des Art. 14 Abs. 2 BayIntG (vgl. unten 3.) – solche Bereiche erfassen, für die nach der Kompetenzverteilung des Grundgesetzes der Landesgesetzgeber zuständig ist. Dies gilt nicht nur für die punktuellen Änderungen bestehender Landesgesetze in Art. 17 a BayIntG, sondern auch für die zum Teil generalklauselartig gefassten Vorschriften, die sich auf landesrechtliche Fördermaßnahmen (Art. 3, 12 BayIntG), den Spracherwerb (Art. 4 BayIntG), die Bildung und Erziehung (Art. 5, 6, 7, 8, 17 a Abs. 5 und 6 BayIntG), die Kommunen (Art. 9 BayIntG), die Wirtschaftsförderung (Art. 10 BayIntG), den Rundfunk und die Telemedien (Art. 11 BayIntG) und die öffentliche Sicherheit (Art. 13, 14 Abs. 1 BayIntG) beziehen. Dass für diese genuin landesrechtlichen Regelungsgegenstände als übergreifende Zielvorgabe neben dem Förderauftrag auch eine Pflicht zur Integration statuiert wird, die den betreffenden Ausländern eigene Integrationsanstrengungen abverlangt, kann somit nicht gegen die bundesstaatliche Kompetenzordnung verstoßen.

99 Die den Verwaltungsvollzug betreffende Bestimmung des Art. 3 Abs. 8 BayIntG, wonach die Integrationsziele des Art. 1 BayIntG bei Ermessensentscheidungen berücksichtigt werden können und von allen staatlichen Behörden verwirklicht werden, bildet insoweit keine Ausnahme. Denn auch die darin liegenden Handlungsdirektiven, denen der Gesetzgeber integrationsfördernde Wirkung beimisst, stehen ausdrücklich unter dem Vorbehalt, dass sie von den Behörden „im Rahmen ihrer Zuständigkeiten und der geltenden Gesetze" zur Geltung gebracht werden können, dass also das jeweilige Rechtsgebiet den nötigen Spielraum bietet, um die landesrechtlichen Integrationsziele zu verfolgen (vgl. LT-Drs. 17/11362 S. 16).

100 b) Die vom bayerischen Gesetzgeber getroffenen Regelungen haben auch nicht zur Folge, dass die geltende Rechtsordnung damit in sich widersprüchlich würde.

101 Der Zweck des Bayerischen Integrationsgesetzes liegt nach Satz 14 der Präambel darin, die in den vorherigen Sätzen umschriebene, als „Leitkultur" bezeichnete kulturelle Grundordnung zu wahren, den gesellschaftlichen Zusammenhalt zu sichern sowie Migrantinnen und Migranten zu einem Leben in der Gesellschaft zu befähigen; Ziel des Gesetzes ist es dabei auch, den genannten Personenkreis zur Achtung der „Leitkultur" zu verpflichten (Art. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BayIntG). Ob dieses in Gesetzesform gefasste landesrechtliche Integrationskonzept mit den integrationspolitischen Grundvorstellungen des Bundesgesetzgebers, wie sie vor allem in den Bestimmungen des Aufenthalts-, Flüchtlings- und Staatsangehörigkeitsrechts zum Ausdruck kommen, kompatibel ist (bejahend Thym, VVDStRL 76 (2017), 169/208 Fn. 217; grds. auch Eichenhofer, ZAR 2016, 251/256; Kluth in Uhle, Migration und Integration, 2017, S. 108 f.), kann hier dahinstehen. Denn selbst wenn sich eine Unvereinbarkeit feststellen ließe, läge darin entgegen der Auffassung der Antragstellerin zu II kein Verstoß gegen das aus dem bundesstaatlichen Rücksichtnahmegebot sowie dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitete Gebot der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung.

102 Mit diesem Gebot, das eine von den landesrechtlichen Normgebern zu beachtende Kompetenzausübungsschranke bildet, soll vor allem verhindert werden, dass der Bürger einander widersprechenden Normbefehlen unterschiedlicher Gesetzgeber ausgesetzt wird (BVerfG vom 27.10.1998 BVerfGE 98, 265/301; vom 15.12.2015 BVerfGE 141, 1 Rn. 81; BVerwG vom 18.8.2015 NVwZ 2016, 620 Rn. 14; Geis in Meder/Brechmann, Die Verfassung des Freistaates Bayern, 5. Aufl. 2014, Art. 3 Rn. 7). Ein solcher Zielkonflikt entsteht etwa dann, wenn durch eine landesrechtliche Lenkungssteuer eine inhaltlich gegenläufige bundesgesetzliche Sachregelung konterkariert wird (BVerfG vom 7.5.1998 BVerfGE 98, 83/97 f.; vom 7.5.1998 BVerfGE 98, 106/118 f.). Der bloße Umstand, dass ein Landesgesetzgeber im Rahmen seiner Legislativbefugnisse einer Gruppe von Normadressaten Verhaltenspflichten auferlegt, die zu deren bundesgesetzlich begründeten Pflichten hinzutreten, lässt dagegen noch keinen Normwiderspruch entstehen.

103 Dies gilt auch dann, wenn der Bund in seinem Zuständigkeitsbereich auf weitergehende Rechtseingriffe bewusst verzichtet hat, um ein bestimmtes Gesamtkonzept zu verwirklichen. Wären die Länderparlamente nicht nur an die nach Art. 31 GG vorrangigen bundesrechtlichen Normen, sondern auch an die ihnen zugrunde liegenden politischen Gestaltungsabsichten und Zielvorstellungen gebunden, so würde die in Art. 30 GG vorausgesetzte Eigenständigkeit der Landesgesetzgebung weitgehend leerlaufen (vgl. Brüning, NVwZ 2002, 33/37; Hillgruber in Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 30 Rn. 225; BVerfGE 98, 265, 329/348 f. (Sondervotum); allgemein Lindner in Lindner/Möstl/Wolff, Verfassung des Freistaates Bayern, Art. 3 Rn. 68). Das Gebot der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung verpflichtet die Länder daher nicht, bei ihrer Gesetzgebungstätigkeit nur solche konzeptionellen Ansätze zu verfolgen, die denen des Bundesgesetzgebers entsprechen. Selbst wenn sich den derzeit geltenden Vorschriften zum Aufenthalts-, Flüchtlings- und Staatsangehörigkeitsrecht ein klar umrissenes Integrationskonzept des Bundes entnehmen ließe (verneinend Berlit, ZAR 2018, 287/289; Burgi, DVBl 2016, 1015/1018), könnte dies den Freistaat Bayern demnach nicht daran hindern, bei

seiner eigenen Integrationsgesetzgebung abweichende Ziele zu verfolgen.

104 2. Ein das Rechtsstaatsprinzip verletzender schwerwiegender und offenkundiger Widerspruch zur grundgesetzlichen Kompetenzordnung liegt entgegen dem Vortrag der Antragstellerin zu I auch nicht darin, dass die in Art. 13 Abs. 1 und 2 BayIntG normierten Verhaltenspflichten mit einer landesrechtlichen Bußgeldvorschrift (Art. 13 Abs. 3 BayIntG) sanktioniert sind.

105 Das Ordnungswidrigkeitenrecht gehört zum Strafrecht im Sinn des Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG (BVerfG vom 16.7.1969 BVerfGE 27, 18/32 f.), sodass den Ländern auch insoweit die Gesetzgebungsbefugnis nach Art. 72 Abs. 1 GG nur zusteht, solange und soweit der Bund von seiner konkurrierenden Zuständigkeit nicht Gebrauch gemacht hat. Diese Sperre gilt auch dann, wenn nach dem erkennbaren Willen des Bundesgesetzgebers ergänzende Vorschriften, die an sich möglich wären, ausgeschlossen sein sollen (VerfGH vom 3.2.2009 VerfGHE 62, 1/14 f.; Brechmann in Meder/Brechmann, Die Verfassung des Freistaates Bayern, Art. 70 Rn. 10 m. w. N.). Solche vorrangigen Normen des Bundesrechts, die den Landesgesetzgeber am Erlass der Bußgeldbestimmungen hindern könnten, sind aber bei Art. 13 Abs. 3 BayIntG nicht ersichtlich.

106 Nach Art. 13 Abs. 3 BayIntG kann mit Geldbuße belegt werden, wer entgegen einer vollziehbaren Anordnung nach Abs. 1 Satz 1 oder Abs. 2 nicht an dem dort verpflichtend vorgesehenen Grundkurs Rechts- und Werteordnung teilnimmt oder dessen Durchführung behindert. Dieser Sanktionsmöglichkeit, die auf Deutsche und Ausländer gleichermaßen Anwendung finden kann, steht nicht die als abschließend zu verstehende Aufzählung ausländerrechtlicher Ordnungswidrigkeiten in § 98 AufenthG entgegen. Denn die dort genannten Bußgeldtatbestände beziehen sich nur auf Verhaltenspflichten, die im Aufenthaltsgesetz normiert sind und mit der Einreise, dem Aufenthalt sowie der Erwerbstätigkeit von Ausländern im Zusammenhang stehen. Eine Sperrwirkung für bußgeldbewehrte landesrechtliche Verpflichtungen, die über das Ausländer- und Flüchtlingsrecht hinaus allgemein auf die gesellschaftliche Integration von Migranten abzielen, kann dem Katalog des § 98 AufenthG schon deshalb nicht entnommen werden, weil es dem Bund nach Art. 30, 70 GG verwehrt ist, auf dem Umweg über die Kompetenz „Strafrecht" eine in die Zuständigkeit der Länder fallende Materie selbst sachlich zu regeln (BVerfG vom 25.6.1969 BVerfGE 26, 246/258). Auch die in § 98 Abs. 2 Nr. 4 AufenthG vorgesehene Möglichkeit der Verhängung von Bußgeld gegenüber Ausländern, die einer vollziehbaren Anordnung nach § 44 a Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, Satz 2 oder 3 AufenthG zur Teilnahme an einem Integrationskurs zuwiderhandeln, bezieht sich nur auf die als „Grundangebot zur Integration" bezeichneten und vom Bundesamt für Migration und Flüchtlinge organisierten Kurse im Sinn des § 43 AufenthG. Die Vorschrift hindert die Bundesländer nicht daran, im Rahmen ihrer Gesetzgebungszuständigkeiten für sonstige integrationsbezogene Kurse ebenfalls sanktionsbewehrte Teilnahmeverpflichtungen vorzusehen.

107 3. Die in Art. 14 Abs. 2 BayIntG vorgesehene Bußgeldsanktion für die Verbote, in öffentlicher Form dazu aufzufordern, statt der geltenden verfassungsmäßigen Ordnung einer mit deren Grundsätzen nicht zu vereinbarenden anderen Rechtsordnung zu folgen (Abs. 1 Nr. 1), es zu unternehmen, andere Personen einer solchen Ordnung zu unterwerfen (Abs. 1 Nr. 2), oder eine solche Ordnung oder aus ihr abgeleitete Einzelakte zu vollziehen oder zu vollstrecken (Abs. 1 Nr. 3), ist hingegen mit vorrangigen bundesrechtlichen Strafvorschriften unvereinbar (a)). In

dem Kompetenzverstoß liegt zugleich eine Verletzung des Rechtsstaatsprinzips der Bayerischen Verfassung (b)). Die Nichtigkeit des Art. 14 Abs. 2 BayIntG erfasst nicht auch die Verbotsnorm des Art. 14 Abs. 1 BayIntG (c)), wohl aber die Verweisung in Art. 12 Abs. 3 BayIntG (d)).

108 a) Art. 14 BayIntG soll nach dem Willen des Gesetzgebers der präventiven Gefahrenabwehr zum Schutz der verfassungsmäßigen Ordnung dienen, die sowohl die Unversehrtheit der objektiven Rechtsordnung als auch die Funktionsfähigkeit der staatlichen Einrichtungen umfasst (LT-Drs 17/11362 S. 22). Es handelt sich demnach um Regelungen, bei denen die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit den alleinigen und unmittelbaren Gesetzeszweck bildet und die daher dem Bereich des Polizei- und Sicherheitsrechts im engeren Sinn zugerechnet werden können, der grundsätzlich in die Zuständigkeit der Landesgesetzgebung fällt (zur Abgrenzung vgl. BVerfG vom 29.4.1958 BVerfGE 8, 143/149 f.).

109 Der Bundesgesetzgeber kann allerdings in Ausübung seiner konkurrierenden Zuständigkeit nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG Straftatbestände im Bereich der im Strafgesetzbuch herkömmlich geregelten Materien auch dort schaffen, wo ihm sonst durch den Zuständigkeitskatalog des Grundgesetzes Grenzen gezogen sind. Soweit diese bundesrechtlichen Regelungen abschließend sind, verhindern sie ergänzendes oder abweichendes Landesrecht, das auf den Schutz desselben Rechtsguts gerichtet ist (BVerfG vom 15.10.2014 NJW 2015, 44 Rn. 12 m. w. N.). Ob der Bundesgesetzgeber eine bestimmte Sachmaterie umfassend und lückenlos regeln wollte, kann nicht allein anhand der einzelnen Bestimmungen, sondern nur aufgrund einer Gesamtwürdigung des betreffenden Normenkomplexes festgestellt werden (vgl. VerfGHE 62, 1/14 m. w. N.). Die Annahme einer Sperrwirkung für die Länder setzt dabei in jedem Fall voraus, dass der abschließende Gebrauch der Kompetenz durch den Bund hinreichend erkennbar ist (vgl. BVerfG NJW 2015, 44 Rn. 13 m. w. N.).

110 Die in Bund und Ländern bestehende verfassungsmäßige Ordnung, auf deren Aufrechterhaltung die Bußgeldvorschrift des Art. 14 Abs. 2 BayIntG gerichtet ist, wird bereits durch Bundesrecht in abschließender Weise strafrechtlich geschützt. Im Strafgesetzbuch wird dieses öffentliche Schutzgut in einer Reihe von Bestimmungen ausdrücklich genannt (§ 81 Abs. 1 Nr. 2, § 82 Abs. 1 Nr. 2, § 85 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, § 86 Abs. 1 Nr. 2, § 89 Abs. 1, § 90 a Abs. 1 Nr. 1 StGB); weiteren strafrechtlichen Verbotsnormen liegt die verfassungsmäßige Ordnung als geschütztes Rechtsgut unausgesprochen zugrunde (zu §§ 89 a, 89 b, 90 b StGB: Sternberg-Lieben in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 89 a Rn. 1 g, § 89 b Rn. 1, § 90 b Rn. 1). Eine wertende Betrachtung dieser in einem eigenen Abschnitt des Strafgesetzbuchs zusammengefassten Deliktsgruppe lässt den objektivierten Willen des Bundesgesetzgebers zu einer in sich abgestimmten Gesamtregelung der gegen die verfassungsmäßige Ordnung gerichteten Straftaten erkennen. Von der bundesrechtlichen Kodifizierung des Staatsschutzrechts werden auch Handlungen im Vorfeld einer konkreten Gefährdung erfasst. Dass daneben noch Spielraum für ergänzende ordnungswidrigkeitenrechtliche Sanktionen auf Länderebene verbleiben sollte, erscheint in Anbetracht des umfassenden Regelungsanspruchs des Strafgesetzgebers von vornherein ausgeschlossen (vgl. Hecker in Schönke/Schröder, StGB, Rn. 39 f. vor § 1; BT-Drs. 7/550 S. 199 f.).

111 Hat der Bund einen Sachbereich in Wahrnehmung einer konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz abschließend geregelt, so tritt die Sperrwirkung des Art.

72 Abs. 1 GG für eine Regelung der Länder in diesem Sachbereich unabhängig davon ein, ob die landesrechtlichen Vorschriften den bundesrechtlichen Bestimmungen widerstreiten oder diese nur ergänzen, ohne ihnen zu widersprechen. Die Länder sind nicht berechtigt, eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz dort in Anspruch zu nehmen, wo sie eine – abschließende – Bundesregelung für unzulänglich halten; das Grundgesetz weist ihnen nicht die Aufgabe zu, kompetenzgemäß getroffene Entscheidungen des Bundesgesetzgebers „nachzubessern" (BVerfG vom 10.2.2004 BVerfGE 109, 190/230 m. w. N.). Die Bußgeldbestimmung des Art. 14 Abs. 2 BayIntG, die an das in Abs. 1 näher umschriebene „Unterlaufen der verfassungsmäßigen Ordnung" anknüpft und zu den einschlägigen Bestimmungen des Strafgesetzbuchs hinzutritt, verstößt hiernach gegen den Vorrang der bundesgesetzlichen Regelung.

112 b) Der Widerspruch gegen die bundesstaatliche Kompetenzordnung ist so offenkundig und schwerwiegend, dass darin zugleich eine Verletzung des Rechtsstaatsprinzips der Bayerischen Verfassung (Art. 3 Abs. 1 Satz 1 BV) liegt.

113 Nach dem klaren Wortlaut des Art. 4 Abs. 2 EGStGB stehen die Vorschriften des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs einer landesrechtlichen Bußgeldvorschrift entgegen, wenn diese eine Materie zum Gegenstand hat, die im Strafgesetzbuch abschließend geregelt ist (vgl. Putzke in Münchener Kommentar zur StPO, Bd. 3/2, 1. Aufl. 2018, Art. 4 EGStGB Rn. 3). Das ist hier eindeutig der Fall. Der Bundesgesetzgeber hat neben den auf gewaltsame Änderung der verfassungsmäßigen Ordnung gerichteten Aktivitäten (§§ 81 ff. StGB) auch eine Reihe spezifischer Gefährdungen des demokratischen Rechtsstaates (§§ 84 ff. StGB) unter Strafe gestellt und die entsprechenden Vorschriften als Reaktion auf neu erkannte Gefahrenlagen immer wieder ergänzt und weiterentwickelt. An seinem auf vollständige Regelung der Sachmaterie gerichteten Normierungswillen kann danach kein Zweifel bestehen; für ein gegenteiliges Auslegungsergebnis finden sich keine Anhaltspunkte.

114 Der im Erlass des Art. 14 Abs. 2 BayIntG liegende Verstoß gegen Art. 72 Abs. 1 GG ist als gravierend anzusehen. Das auf einheitlichen Begriffsbestimmungen (§ 92 StGB) aufbauende Gesamtkonzept des strafrechtlichen Staatsschutzes wird durch das Hinzutreten einer auf abweichenden gesetzgeberischen Wertungen beruhenden landesrechtlichen Bußgeldnorm erheblich gestört. Die Verhängung einer Geldbuße für ein Verhalten, das im übrigen Bundesgebiet straffrei ist und bei dem nur spezielle Begleitumstände zur Strafbarkeit führen können (z. B. nach §§ 111, 132, 240 StGB, § 28 VersammlG), sprengt das bundeseinheitlich vorgegebene Sanktionssystem. Die dadurch bewirkte Rechtszersplitterung betrifft mit der Strafrechtspflege ein besonders sensibles Gebiet, das durch ein erhöhtes Bedürfnis nach Rechtseinheit und Rechtsgleichheit gekennzeichnet ist.

115 c) Die aus der abschließenden bundesgesetzlichen Regelung nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. Art. 72 Abs. 1 GG folgende Nichtigkeit der landesrechtlichen Ordnungswidrigkeitenbestimmung erfasst allein die Sanktionsnorm des Art. 14 Abs. 2 BayIntG und nicht auch die in Art. 14 Abs. 1 BayIntG gesondert aufgelisteten Verbotstatbestände. Die Vorschriften des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs entfalten nach Art. 4 Abs. 2 EGStGB Sperrwirkung nur gegenüber den – dieselbe Materie betreffenden – Straf- und Bußgeldvorschriften des Landesrechts (vgl. BT-Drs. 7/550 S. 199 f.); die Zuständigkeit der Länder zum Erlass sicherheitsrechtlicher Regelungen bleibt davon unberührt.

Art. 14 BayIntG dient nach der erklärten Absicht des bayerischen Gesetzgebers insgesamt der präventiven Gefahrenabwehr (LT-Drs. 17/11362 S. 22). Die Vorschrift enthält zu diesem Zweck nicht nur die in Absatz 2 näher geregelte Ermächtigung der zuständigen Kreisverwaltungsbehörden (§ 87 Abs. 2 ZustV) zur Verhängung einer Geldbuße, sondern in Absatz 1 ein an jedermann gerichtetes selbstständiges Verbot bestimmter Handlungen, die der geltenden verfassungsmäßigen Ordnung zuwiderlaufen. Verstöße gegen diese sicherheitsrechtlich begründeten Unterlassungspflichten können – unabhängig von der Möglichkeit einer nachträglichen Ahndung als Ordnungswidrigkeit – durch polizeiliches Einschreiten nach Art. 11 Abs. 1 PAG von vornherein unterbunden werden. Die in Art. 14 Abs. 1 BayIntG normierten Handlungsverbote bleiben damit auch ohne bußgeldrechtliche Sanktion wirksam und rechtlich durchsetzbar. Dass der Gesetzgeber, der an anderer Stelle (Art. 12 Abs. 3 Satz 1 BayIntG) ausdrücklich zwischen den einzelnen Absätzen des Art. 14 BayIntG unterschieden hat, die Geltung der Verbotsnorm des Art. 14 Abs. 1 BayIntG vom rechtlichen Fortbestand ihrer Bußgeldbewehrung hätte abhängig machen wollen, lässt sich weder dem Regelungszusammenhang noch den Gesetzesmaterialien entnehmen.

116 d) Dagegen folgt aus der Nichtigkeit des Art. 14 Abs. 2 BayIntG, dass die von den Antragstellerinnen nicht angegriffene Vorschrift des Art. 12 Abs. 3 BayIntG ebenfalls für verfassungswidrig zu erklären ist, soweit danach den für die Vergabe von Landesleistungen zuständigen Behörden „in den Fällen des ... Art. 14 Abs. 2" BayIntG spezielle Befugnisse eingeräumt werden. Zwar beschränkt sich die Prüfungsbefugnis des Verfassungsgerichtshofs in den Verfahren der Meinungsverschiedenheit ebenso wie bei Popularklagen (dazu VerfGH vom 25.9.2015 VerfGHE 68, 198 Rn. 202 m. w. N.) auf die vom jeweiligen Antragsteller bezeichneten Rechtsnormen, sodass nicht zu prüfen ist, ob weitere Bestimmungen des Landesrechts aus denselben Gründen wie die angefochtene Regelung der Bayerischen Verfassung widersprechen. Wird in einem Verfahren nach Art. 75 Abs. 3 BV eine Regelung für verfassungswidrig erklärt, kann dieser Ausspruch aber auf Vorschriften erstreckt werden, die zwar nicht ausdrücklich angefochten sind, jedoch in einem so engen sachlichen Zusammenhang mit der angefochtenen Vorschrift stehen, dass sie mit ihr eine untrennbare Einheit bilden. Bei der in Art. 12 Abs. 3 Satz 1 BayIntG enthaltenen Bezugnahme auf Art. 14 Abs. 2 BayIntG ist dies der Fall, da die darin eröffneten zusätzlichen Handlungsoptionen infolge der Nichtigkeit der genannten Bußgeldbestimmung notwendigerweise leerlaufen.

117 4. Das Rechtsstaatsprinzip des Art. 3 Abs. 1 Satz 1 BV wird entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin zu II nicht dadurch verletzt, dass die aufgrund der angegriffenen Vorschriften möglichen Grundrechtseinschränkungen nicht einzeln im textlichen Zusammenhang mit den jeweiligen Eingriffsnormen, sondern erst in der zusammenfassenden Vorschrift des Art. 18 BayIntG (Art. 17 BayIntG n. F.) erwähnt werden. In dieser Gesetzesgestaltung kann jedenfalls kein evidenter und gravierender Verstoß gegen Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG gesehen werden.

118 a) Das im Grundgesetz enthaltene Zitiergebot, das auch den Landesgesetzgeber bindet (vgl. VerfGH vom 2.8.1990 VerfGHE 43, 107/126), ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eng auszulegen. Es findet nur Anwendung auf Grundrechte, die aufgrund ausdrücklicher Ermächtigung vom Gesetzgeber eingeschränkt werden dürfen (BVerfG vom 27.11.1990 BVerfGE 83, 130/154 m. w. N.), und erfasst nur Gesetze, die darauf abzielen, ein Grundrecht

über die in ihm selbst angelegten Grenzen hinaus einzuschränken (BVerfG vom 18.2.1970 BVerfGE 28, 36/46 m. w. N.). Das Formerfordernis des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG gilt demzufolge weder für vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte noch für mittelbare Grundrechtseingriffe oder für Regelungen, die der allgemeinen Handlungsfreiheit, der Freiheit der Meinungsäußerung oder der Berufsfreiheit Grenzen setzen oder Inhalt und Schranken des Eigentums bestimmen (BVerfG vom 4.5.1983 BVerfGE 64, 72/80; vom 11.8.1999 NJW 1999, 3399/3400). Auch wenn eine dem Zitiergebot unterfallende Regelung geändert wird, ohne dass damit grundsätzlich neue Eingriffsmöglichkeiten geschaffen werden, muss das einzuschränkende Grundrecht nicht erneut unter Angabe des Artikels benannt werden (BVerfG vom 27.7.2005 BVerfGE 113, 348/366 f.; VerfGHE 43, 107/126).

119 b) Gemessen daran bestand bei der Mehrzahl der von der Antragstellerin zu II angeführten Bestimmungen des Bayerischen Integrationsgesetzes keine Verpflichtung, auf eine Grundrechtsbeschränkung im Gesetz hinzuweisen.

120 Die mit Art. 17 a Abs. 7 BayIntG in das Bayerische Wohnungsbindungsgesetz eingefügte Bestimmung, nach der im sozialen Wohnungsbau zur Vermeidung einer einseitigen Bewohnerstruktur die Verfügungsberechtigten verpflichtet werden können, öffentlich geförderte Wohnungen nur an Personen zu vergeben, deren Zuzug die zuständige Behörde zuvor zugestimmt hat (Art. 5 a BayWoBindG), enthält keine Beschränkung des Grundrechts der Wohnungssuchenden auf Freizügigkeit, sodass die fehlende Angabe des Art. 11 GG in Art. 18 BayIntG (Art. 17 BayIntG n. F.) nicht zu beanstanden ist. Dass es mit dem Ausschluss aus dem Bewerberkreis bestimmten Bevölkerungsgruppen erschwert wird, preisgünstigen Wohnraum zu erlangen, wirkt sich zwar auch auf das individuelle Zuzugsverhalten in den Gebieten mit erhöhtem Wohnungsbedarf aus. Diese vom Gesetzgeber beabsichtigte Steuerungswirkung kommt aber nicht einem faktischen Aufenthaltsverbot gleich und stellt insoweit nicht einmal einen mittelbaren Grundrechtseingriff dar, auf den das Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG ohnehin nicht anwendbar wäre. Zudem gewährt Art. 11 GG ein Recht zum Zuzug und Aufenthalt grundsätzlich nur dort, wo jeder Aufenthalt und Wohnsitz nehmen kann; einen Anspruch auf Schaffung und Erhalt der rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen für einen Daueraufenthalt vermittelt dieses Grundrecht nicht (BVerfG vom 17.12.2013 BVerfGE 134, 242 Rn. 258).

121 Soweit nach Art. 17 a Abs. 9, Abs. 10 Nr. 1 und Abs. 12 Nr. 2 BayIntG Sicherungsverwahrte, volljährige Untersuchungsgefangene und untergebrachte Personen dazu angehalten werden sollen, freiwillig an einem in der Anstalt angebotenen Deutsch- oder Integrationsunterricht teilzunehmen, stellen diese unverbindlichen Aufforderungen keine Grundrechtseingriffe dar, sodass das Zitiergebot von vornherein keine Anwendung findet. Die in Art. 17 a Abs. 10 Nr. 2 und Abs. 11 Nr. 1 BayIntG vorgesehenen, in die allgemeine Handlungsfreiheit eingreifenden Verpflichtungen von jungen Untersuchungsgefangenen bzw. von Strafgefangenen, an einem solchen Kurs teilzunehmen, sind als weitere Einschränkung der – bereits durch die Inhaftierung reduzierten – Fortbewegungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG erst anzusehen, wenn sie von der Haftanstalt mit Zwangsmitteln durchgesetzt werden (vgl. BVerfG vom 23.5.1967 BVerfGE 22, 21/26; Di Fabio in Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 2 Abs. 2 Satz 2 Rn. 32 m. w. N.); insoweit wird jedoch durch die Nennung dieses Grundrechts in Art. 38 BayUVollzG bzw. Art. 207 BayStVollzG dem Zitiergebot Genüge getan. Ähnliches gilt für die auf Art. 13 BayIntG gestützten

Teilnahmeverpflichtungen, deren zwangsweise Durchsetzung nach den allgemeinen Vorschriften des Bayerischen Verwaltungszustellungs- und Vollstreckungsgesetzes erfolgt, das in Art. 40 VwZVG die Freiheit der Person als eines der von den Zwangsmaßnahmen betroffenen Grundrechte erwähnt.

12 2 Ob die Bestimmung des Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 BayIntG dem grundgesetzlichen Zitiergebot unterliegt, erscheint zumindest fraglich. Soweit es danach verboten ist, „in einer Versammlung" zu einem bestimmten Verhalten aufzufordern, besteht zwar ein äußerlicher Zusammenhang mit der Ausübung des Grundrechts aus Art. 8 GG. Dessen Schutzbereich ist aber – über das Verbot oder die Auflösung einer Versammlung hinaus – nur betroffen, wenn die Art und Weise ihrer Durchführung durch staatliche Maßnahmen beschränkt wird, indem es untersagt wird, Meinungsinhalte in einer bestimmten Weise zu artikulieren, insbesondere durch versammlungstypische Äußerungsformen wie Aufrufe oder Transparente (BVerfG vom 19.12.2007 NVwZ 2008, 671/672 m. w. N.). Um ein solches den Versammlungsablauf reglementierendes Kundgabeverbot handelt es sich aber bei der gegen einen bestimmten Meinungsinhalt gerichteten Verbotsnorm des Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 BayIntG nicht, sodass als betroffenes Grundrecht nur die Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG) verbleiben dürfte (vgl. Depenheuer in Maunz/ Dürig, Grundgesetz, Art. 8 Rn. 182), deren Beschränkungen nicht dem Zitiergebot unterliegen.

12 3 Eindeutig von den Anforderungen des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG erfasst wird dagegen die Vorschrift des Art. 17 a Abs. 1 Nr. 5 BayIntG, die der Polizei über deren bisherige Befugnisse hinaus unter bestimmten Voraussetzungen das Betreten von Wohnungen in Asylbewerberunterkünften und ähnlichen Aufenthaltsorten erlaubt und damit das Grundrecht aus Art. 13 GG einschränkt.

12 4 c) Dem somit nur punktuell bestehenden grundgesetzlichen Zitiergebot ist der Gesetzgeber mit der Sammelbestimmung des Art. 18 BayIntG (Art. 17 BayIntG n. F.) nachgekommen, die mögliche Einschränkungen der Versammlungsfreiheit (Art. 8 Abs. 1 GG) und der Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG) ausdrücklich erwähnt. Dass die Vorschrift erst ganz am Ende des in seiner ursprünglichen Fassung in ein Stammgesetz (Art. 1 bis 17) und ein Mantelgesetz (Art. 17 a) aufgeteilten Gesetzeswerks steht und dabei nicht schon aus sich heraus erkennen lässt, welche der vorhergehenden Regelungen zu Einschränkungen der genannten Grundrechte führen können, ist zumindest aus landesverfassungsrechtlicher Sicht unschädlich.

12 5 Nach Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG muss bei grundrechtseinschränkenden Gesetzen das betroffene Grundrecht „im Gesetz" unter Angabe des Artikels genannt werden. Auf welche Weise der Gesetzgeber dem Zitiergebot nachzukommen hat, ist damit nicht exakt vorgegeben (vgl. Dreier in Dreier, Grundgesetz, Bd. 1, Art. 19 Abs. 1 Rn. 20 m. w. N.). Insbesondere wird nicht ausdrücklich verlangt, dass die Nennung des eingeschränkten Grundrechts bei der betroffenen Einzelnorm erfolgen muss (vgl. Huber in v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 19 Abs. 1 Rn. 96). Ob dennoch im Hinblick auf die dem Zitiergebot zukommende Warn- und Hinweisfunktion (BVerfG vom 12.10.2011 BVerfGE 129, 208/236 f. m. w. N.) allgemein oder in bestimmten Fällen ein „tatbestandsnahes Zitat" in der jeweiligen Eingriffsbestimmung zu fordern ist (vgl. Hufeld in Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 19 Abs. 1 Satz 2 Rn. 220), wird im Schrifttum unterschiedlich beurteilt. Die wohl überwiegende Auffassung (Nachweise bei Remmert in Maunz/

Dürig, Grundgesetz, Art. 19 Abs. 1 Rn. 44 Fn. 6) hält dies nicht für zwingend geboten und sieht daher in einer entsprechenden Staatspraxis in Bund und Ländern keinen Verfassungsverstoß. Auch das Bundesverfassungsgericht hat bislang noch in keinem Fall eine am Ende des Gesetzes platzierte zusammenfassende Nennung der eingeschränkten Grundrechte beanstandet (vgl. etwa zu § 38 BKAG a. F.: BVerfG vom 20.4.2016 BVerfGE 141, 220).

126 Hielte man ein Sammelzitat zumindest dann für unzulässig, wenn sich – bei einem unübersichtlichen Gesetzeswerk – die Zuordnung der genannten Grundrechte zu den jeweiligen Eingriffsnormen nur noch mit unzumutbar hohem Aufwand erkennen lässt (so Remmert, a. a. O., Rn. 44; Hufeld, a. a. O.), dürfte Art. 18 BayIntG (Art. 17 BayIntG n. F.) ebenfalls nicht zu beanstanden sein. Es liegt auf der Hand, dass sich das Zitat des Art. 8 Abs. 1 GG nach dem Willen des Gesetzgebers allein auf die Verbotsnorm des Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 BayIntG beziehen kann, weil nur an dieser Stelle von Versammlungen die Rede ist. Die weiter erwähnte Einschränkung des Grundrechts aus Art. 13 GG steht, da der Gesetzestext für sonstige Eingriffe in die Wohnungsfreiheit nichts hergibt, in einem erkennbaren Zusammenhang mit der in Art. 17 a Abs. 1 Nr. 5 BayIntG enthaltenen Erweiterung des polizeilichen Betretungsrechts nach Art. 23 Abs. 3 PAG.

127 Es spricht demnach vieles dafür, dass Art. 18 BayIntG (Art. 17 BayIntG n. F.) den Mindestanforderungen des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG entspricht. Selbst wenn aber entsprechend einer in der Literatur vertretenen Auffassung (Nachweise bei Remmert, a. a. O., Rn. 44 Fn. 8) grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedenken gegen ein solches Sammelzitat am Ende des Gesetzeswerks bestünden, wäre der Verstoß gegen die bundesgesetzlichen Vorgaben angesichts der widerstreitenden Auffassungen zu dieser Rechtsfrage jedenfalls nicht so offenkundig und gewichtig, dass damit zugleich das landesverfassungsrechtliche Rechtsstaatsprinzip verletzt würde.

VI.

128 Soweit die Antragstellerinnen die Verfassungswidrigkeit einzelner Bestimmungen des Bayerischen Integrationsgesetzes unabhängig von ihrer Vereinbarkeit mit Bundesrecht rügen, haben die Anträge teilweise Erfolg.

129 1. Die von der Antragstellerin zu II angegriffene Präambel verstößt nicht gegen die Bayerische Verfassung.

130 Mit der Präambel wird, wie aus ihrem abschließenden Satz 14 hervorgeht, der Zweck des Bayerischen Integrationsgesetzes erläutert. Dieser besteht darin, die in den Sätzen 1 bis 12 im Einzelnen umschriebene und in Satz 13 als „Leitkultur" apostrophierte kulturelle Grundordnung der Gesellschaft zu wahren sowie „den gesellschaftlichen Zusammenhalt zu sichern und Migrantinnen und Migranten zu einem Leben in unserer Gesellschaft zu befähigen". Der hohe Abstraktionsgrad dieser Zielvorstellungen macht deutlich, dass die Präambel zum Bayerischen Integrationsgesetz, ähnlich wie der Vorspruch zur Bayerischen Verfassung (dazu VerfGH vom 24.10.1956 VerfGH 9, 147/154; vom 13.2.1969 VerfGHE 22, 26), kein unmittelbar anwendbares Recht darstellt und insbesondere keine subjektiven Rechte oder Pflichten begründet, sondern lediglich deskriptive, appellative und programmatische Aussagen trifft, die der Umsetzung durch konkrete, vollzugsfähige Normen bedürfen.

131 Entsprechend der generellen Zielsetzung des Bayerischen Integrationsgesetzes nimmt bereits die Präambel, wie die Gesetzesmaterialien zeigen, in erster Linie die

„als Gast oder Flüchtling einreisenden Migrantinnen und Migranten" in den Blick. Ihnen soll mit der Beschreibung einer landesspezifischen „Leitkultur", von der nach Einschätzung des Gesetzgebers die Lebensqualität nicht unwesentlich abhängt, die „bayerische Identität" als erhaltungswürdig vorgestellt und als zu respektieren aufgegeben werden (LT-Drs. 17/11362 S. 13 f.). Zugleich wird in der amtlichen Begründung hervorgehoben, dass durch die Präambel die freie Entscheidung jedes Einwohners über seine persönliche Haltung zu dieser faktischen Prägung Bayerns in keiner Weise determiniert werden soll; insbesondere soll von den Migrantinnen und Migranten nicht verlangt werden, ihre eigenen Wurzeln, Werte und Traditionen zu verleugnen (LT-Drs. 17/11362 S. 13). Damit wird klargestellt, dass auch für diesen Personenkreis aus der Forderung nach „Respekt und Akzeptanz" gegenüber der „in Bayern herrschenden Kulturprägung" keine Rechtspflichten abzuleiten sind.

132 Auch die – in Anlehnung an die Grundpflichten aus Art. 117 und 166 Abs. 3 BV formulierten – Sätze 5 und 7 der Präambel, denen zufolge „jeder Einzelne" zu einem rechtstreuen, loyalen und eigenverantwortlichen Verhalten „verpflichtet" ist, sind nicht als Rechtsgebote zu verstehen. Sie bringen vielmehr die Vorstellungen des Gesetzgebers darüber zum Ausdruck, welches individuelle Verhalten als gemeinwohldienlich anzusehen ist (vgl. zur Kategorie der Verfassungserwartung BVerfG vom 19.12.2000 BVerfGE 102, 370/397; Isensee in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, 3. Aufl. 2011, § 190 Rn. 204 ff.; speziell zu Art. 117 BV: Lindner in Lindner/Möstl/Wolff, Verfassung des Freistaates Bayern, Art. 117 Rn. 2). Es handelt sich damit gleichfalls um bloße Programmsätze, die mangels eines eigenständigen Regelungsgehalts nicht an den Grundrechten oder sonstigen Vorgaben der Bayerischen Verfassung zu messen sind.

133 Die Präambel des Bayerischen Integrationsgesetzes kann auch im Übrigen nicht Gegenstand einer isolierten verfassungsrechtlichen Prüfung sein. Sie soll, wie es in der Gesetzesbegründung heißt, die „bestehenden geschichtlichen, sprachlichen, ethischen und kulturellen Aspekte" des Zusammenlebens in Bayern beschreiben (LT-Drs. 17/11362 S. 13). Dies geschieht durch eine Aneinanderreihung von adressatlosen Feststellungen, die sich auf bestimmte historisch-soziologische Gegebenheiten beziehen (Sätze 1, 2, 4, 8, 9, 11, 13) oder eher normativ geprägte Aussagen treffen (Sätze 3, 5, 6, 7, 10, 12). Auch wenn die Präambel damit zumindest in Teilen den Anspruch erhebt, die aktuelle Lebenswirklichkeit wiederzugeben, handelt es sich letztlich um politische Einschätzungen und Bewertungen des Gesetzgebers, die weder einem empirischen Wahrheitsbeweis zugänglich sind noch vom Verfassungsgerichtshof auf mögliche innere Widersprüche hin überprüft werden können (vgl. dazu Lindner, a. a. O., Art. 3 Rn. 68).

134 Da die Präambel – im Stil einer Gesetzesbegründung (vgl. Gärditz, EuGRZ 2017, 516/521) – lediglich die Motive und Grundannahmen des Gesetzgebers erläutert und nichts über den Inhalt der nachfolgenden Regelungen aussagt, kann damit nicht gegen das rechtsstaatliche Gebot der Normenwahrheit verstoßen werden, demzufolge Rechtsnormen nicht zu Fehlinformationen über das politisch Entschiedene führen dürfen (vgl. BVerfG vom 17.1.2017 BVerfGE 144, 369 Rn. 65 m. w. N.). Die in der Präambel definierte „Leitkultur", die in einigen Bestimmungen des Gesetzes als Tatbestandsmerkmal aufgegriffen wird (Art. 1 Satz 2, Art. 3 Abs. 4 Satz 2, Art. 10 Abs. 1 Satz 2, Art. 11 Satz 2 BayIntG), kann auch nicht für sich genommen etwa daraufhin überprüft werden, ob dieser Gesetzesbegriff dem

Bestimmtheitserfordernis genügt. Das Gebot der Normbestimmtheit bezieht sich auf (vollständige) Rechtssätze; es verlangt, dass der jeweilige Normbefehl für die Rechtsanwender und Rechtsbetroffenen hinreichend klar ist (vgl. BVerfG vom 15.8.2006 BVerfGK 9, 46). Die in einem Gesetzestext verwendeten Begriffe und Formulierungen lassen sich nur aus dem konkreten Normzusammenhang heraus verstehen und rechtlich beurteilen. Auch die Legaldefinition der „Leitkultur" unterliegt daher der verfassungsgerichtlichen Kontrolle nur insoweit, als in einzelnen Regelungen des Bayerischen Integrationsgesetzes darauf Bezug genommen wird.

135 2. Gegen die einleitende Bestimmung des Art. 1 BayIntG („Integrationsziele") bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Mit ihr werden den Migrantinnen und Migranten entgegen dem Verständnis der Antragstellerinnen (vgl. auch Leven, ZAR 2018, 339 f.) keine eigenständigen rechtlichen Verpflichtungen auferlegt, die an den Grundrechten der Bayerischen Verfassung zu messen wären. Insbesondere folgt aus jener allgemeinen Zielvorschrift nicht das Gebot, die in der Präambel aufgezählten kulturellen Grundwerte für die eigene Person als verbindlich anzuerkennen und das individuelle Verhalten daran auszurichten (Burgi in Walter/ Burgi, Die Flüchtlingspolitik, der Staat und das Recht, 2017, S. 141/168).

Art. 1 Satz 1 BayIntG enthält ein allgemeines Bekenntnis des Freistaates zu seiner (Integrations-)Verantwortung bezüglich aller Menschen, „die aus anderen Staaten kommen" und in Bayern „Aufnahme gefunden haben oder Schutz vor Krieg und Verfolgung suchen". Diesen Personen soll gemäß Satz 2 Hilfe und Unterstützung angeboten werden (Integrationsförderung); zugleich sollen sie auf die Achtung der „Leitkultur" verpflichtet und es sollen ihnen dazu eigene Integrationsanstrengungen abverlangt werden (Integrationspflicht). Wie in Satz 3 erläuternd ausgeführt wird, soll damit einer Überforderung der gesellschaftlich-integrativen und der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Landes und seiner kommunalen Ebenen entgegengewirkt werden.

136 Welche unmittelbaren Ziele mit dem Bayerischen Integrationsgesetz verfolgt werden, lässt sich allein der Bestimmung des Art. 1 Satz 2 BayIntG entnehmen. Danach soll einerseits die mit dem Begriff der „Leitkultur" umschriebene kulturelle Grundordnung Bayerns (Satz 14 der Präambel) auch in Anbetracht der Aufnahme Schutzsuchender aus anderen Staaten erhalten werden. Andererseits sollen sich aus der Zuwanderung Verpflichtungen sowohl für das Aufnahmeland als auch für die aufgenommenen Personen ergeben (vgl. LT-Drs. 17/11362 S. 14). Diese allgemeinen Richtungsvorgaben enthalten, wie die amtliche Überschrift zeigt, noch keine unmittelbar anwendbaren Regelungen, sondern nur programmatische Aussagen darüber, worin die Integration der Migrantinnen und Migranten nach dem Willen des bayerischen Gesetzgebers bestehen und wie sie erreicht werden soll.

137 Zwar ist in Art. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BayIntG von Verhaltensanforderungen die Rede, die an die in Bayern aufgenommenen Personen gestellt werden sollen. Dies lässt aber entgegen der Auffassung der Antragstellerinnen nicht den Schluss zu, dass sich bereits aus dieser Vorschrift individuelle Rechtspflichten ergeben. Ein solches Verständnis stünde im Widerspruch zum Wortlaut der Norm, die selbst keine Verpflichtungen ausspricht, sondern es bloß zum „Ziel dieses Gesetzes" erklärt, den genannten Personenkreis zu etwas zu verpflichten bzw. ihm ein Verhalten abzuverlangen. Auch aus der Gesetzessystematik folgt, dass die in Art. 1 Satz 2 BayIntG erläuterten Ziele der Integrationsförderung und Integrationspflicht

nicht aus sich heraus vollziehbar sind, sondern der Umsetzung in den nachfolgenden Vorschriften bedürfen und erst dadurch Rechtswirkungen gegenüber Einzelnen entfalten können. Das Gesetz wendet sich mit seinen Regelungen nicht an den in Art. 1 Satz 1 BayIntG nur vage umschriebenen Kreis all jener, die aus anderen Staaten gekommen sind und in Bayern Aufnahme gefunden haben oder Schutz vor Krieg und Verfolgung suchen. In Art. 2 BayIntG werden vielmehr – anknüpfend an rechtliche Kategorien (Staatsangehörigkeit, Aufenthaltsstatus) – drei Gruppen von Normadressaten genannt, auf deren Integrationsbedarf die Vorschriften des Gesetzes abgestimmt sind. Eine nivellierende (Grund-)Pflicht aller aus dem Ausland Zugezogenen zur Achtung der „Leitkultur" und zu eigenen Integrationsanstrengungen würde dieser differenzierenden Zielgruppenbestimmung zuwiderlaufen.

138 3. Die in Art. 2 BayIntG („Begriffsbestimmungen") enthaltene Legaldefinition des Begriffspaars „Migrantinnen und Migranten" (Abs. 1) und die daran anknüpfenden Vorschriften zu den Regelungen über die Integrationsförderung (Abs. 2 und 3) stehen ebenfalls mit der Bayerischen Verfassung in Einklang.

139 Entgegen den Einwänden der Antragstellerin zu II lässt sich mithilfe der genannten Gesetzesbestimmungen der persönliche Anwendungsbereich der einzelnen Normen des Bayerischen Integrationsgesetzes hinreichend genau bestimmen. Dabei erweist sich, dass das Gesetz dem in Art. 2 Abs. 1 BayIntG genannten Personenkreis an keiner Stelle besondere Integrationspflichten auferlegt. Soweit überhaupt Rechtspflichten normiert sind, gelten diese entweder für einen anders bestimmten Personenkreis (Art. 4 Abs. 4 BayIntG) oder für jedermann (Art. 13, 14,17 a Abs. 10 Nr. 2, Abs. 11 Nr. 1 BayIntG). Auch die Unterstützungsmaßnahmen im Rahmen der Integrationsförderung kommen, soweit in den entsprechenden Vorschriften nur die Migrantinnen und Migranten erwähnt werden, nicht allein dieser Zielgruppe zugute, sondern wegen Art. 2 Abs. 2 und 3 BayIntG auch den dort aufgezählten weiteren Personengruppen. Dies gilt für Art. 3 Abs. 1 bis 6 BayIntG ebenso wie für die nachfolgenden Bestimmungen über spezielle integrationsfördernde Maßnahmen zugunsten von Migrantinnen und Migranten, also für Art. 4 Abs. 3, Art. 6 Satz 4, Art. 7 Abs. 1 Satz 2, Art. 8 Satz 1, Art. 9 Satz 1, Art. 10 Abs. 1 Satz 2 und Art. 17 a Abs. 5 Nr. 2 und Abs. 6 BayIntG.

140 4. Die Bestimmungen des Art. 3 BayIntG („Allgemeine Integrationsförderung") sind ebenfalls verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

141 Die Vorschrift enthält, wie sich aus der amtlichen Überschrift und dem Regelungsauftrag in Absatz 9 ergibt, keine unmittelbar vollziehbaren Rechtssätze, sondern allgemeine Vorgaben für Fördermaßnahmen, die nach Maßgabe gesonderter Richtlinien und unter dem Vorbehalt haushaltsrechtlicher Mittelbewilligung erfolgen sollen und aus denen sich nach Art. 17 BayIntG (Art. 16 BayIntG n. F.) keinerlei Rechtsansprüche ergeben. In den ersten sechs Absätzen des Art. 3 BayIntG werden die Voraussetzungen einer erfolgreichen Integration unter verschiedenen Aspekten beschrieben und entsprechende Unterstützungs- und Fördermaßnahmen des Staates gegenüber Migrantinnen und Migranten in Aussicht gestellt; im siebten Absatz wird dies ergänzt um Beratungsangebote für ausreisepflichtige oder rückkehrwillige Ausländerinnen und Ausländer. Alle diese an die Behörden des Freistaates Bayern gerichteten abstrakten Zielsetzungen müssen durch politische und administrative Entscheidungen über entsprechende Förderprogramme und Hilfsangebote umgesetzt werden. Wie schon bei Art. 1 Satz

2 BayIntG handelt es sich somit auch bei den einzelnen Vorschriften des Art. 3 BayIntG um bloße Programmsätze, an denen sich die staatliche Förderverwaltung ausrichten soll (vgl. LT-Drs. 17/11362 S. 16).

142 a) Da die genannten Bestimmungen zum Bereich der Leistungsverwaltung gehören und ihnen keine direkte Rechtswirkung im (Außen-)Verhältnis zu den Migrantinnen und Migranten zukommt, können an ihre inhaltliche Bestimmtheit nicht dieselben Anforderungen gestellt werden wie an unmittelbar anwendbare Befugnisnormen (vgl. VerfGH vom 7.2.2006 VerfGHE 59, 29/35 m. w. N.). Der Gesetzgeber muss nicht jeden Tatbestand mit exakt erfassbaren Merkmalen bis ins Letzte umschreiben (VerfGH vom 15.1.2007 VerfGHE 60, 1/6); wie bestimmt eine Vorschrift gefasst sein muss, hängt vielmehr von den Besonderheiten der zu regelnden Materie und den verfolgten Normzwecken ab (vgl. BVerfG vom 24.6.1993 BVerfGE 89, 69/84).

143 Es verstößt hiernach nicht gegen das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot, dass sich das in Art. 3 Abs. 4 Satz 2 BayIntG abgegebene Förderversprechen auf „an der Leitkultur ausgerichtete" Angebote bezieht, die Migrantinnen und Migranten in politischer Bildung, deutscher Geschichte einschließlich der Lehren aus den Verbrechen des Dritten Reichs und in Rechtskunde unterweisen und ihnen die heimische Kultur-, Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung näherbringen. Diese ausdrückliche Bezugnahme auf die in den Sätzen 1 bis 12 der Präambel getroffenen historisch-soziologischen Aussagen und die daraus folgenden politisch-ethischen Bewertungen enthält kein verbindliches Unterrichtsprogramm für Integrationskurse, sondern gibt den zuständigen Behörden nur vor, an welchen vom Gesetzgeber formulierten Bildungszielen und Wertvorstellungen sich die staatlich geförderten Informationsangebote allgemein orientieren sollen.

144 b) Die Begrenzung der Förderung nach Art. 3 Abs. 4 Satz 2 BayIntG auf diejenigen Bildungsangebote, die der in der Präambel definierten „Leitkultur" Rechnung tragen, steht nicht im Widerspruch zum Gemeinwohlauftrag des Art. 3 Abs. 1 Satz 2 BV. Nach dieser Bestimmung hat der Staat dem Gemeinwohl zu dienen und nicht den Interessen einzelner Personen oder Gruppen. Der Inhalt des Gemeinwohlbegriffs steht nicht von vornherein fest, sondern wird in der parlamentarischen Demokratie letztlich durch den Gesetzgeber geformt; insofern ist er metajuristischer, politischer Provenienz (VerfGH vom 29.9.2005 VerfGHE 58, 212/247 m. w. N.). Die in der Präambel zum Bayerischen Integrationsgesetz getroffenen Aussagen dazu, worin die gegenwärtige „kulturelle Grundordnung" in Bayern besteht und dass diese bewahrt werden soll, sind als eine solche Konkretisierung des Gemeinwohls zu verstehen. Da die vom Gesetzgeber dazu angestellten sachlichen Erwägungen weitgehend von politischen Einschätzungen und Überzeugungen geprägt sind und deshalb jedenfalls nicht als eindeutig widerlegbar oder offensichtlich fehlerhaft angesehen werden können, muss sie auch der Verfassungsgerichtshof anerkennen und darf sich nicht über sie hinwegsetzen (vgl. VerfGH vom 13.12.1973 VerfGHE 26, 144/161 m. w. N.).

145 Der Verweis auf die für den Freistaat Bayern gesetzlich definierte „Leitkultur" führt auch nicht deshalb zu einem Konflikt mit dem Gemeinwohlauftrag der Bayerischen Verfassung, weil damit entgegen der staatlichen Neutralitätspflicht (dazu VerfGH vom 14.3.2019 BayVBl 2019, 442 Rn. 29 m. w. N.) eine in Bayern vorherrschende weltanschaulich-religiöse Grundhaltung als allgemeinverbindliche Norm vorgegeben oder die Übernahme der Wertvorstellungen einer bestimmten (Mehrheits-) Kultur

als Rechtspflicht ausgestaltet würde. Einer solchen Auslegung im Sinn eines (unzulässigerweise) auf vollständige Assimilation gerichteten Integrationskonzepts steht bereits die Feststellung in Art. 3 Abs. 4 Satz 1 BayIntG entgegen, wonach gelingende Integration der gegenseitigen Rücksichtnahme und Toleranz sowie des Respekts vor der Einzigartigkeit, der Lebensgeschichte und den Prägungen des jeweils anderen bedarf.

146 Das Bayerische Integrationsgesetz beschreibt zwar in seiner Präambel einen – nach Ansicht des Gesetzgebers täglich gelebten – „identitätsbildende(n) Grundkonsens" (Satz 13). Es will diesen jedoch nicht erzwingen, sondern erkennt an, dass jedem Einzelnen das Recht auf ein selbstbestimmtes Leben zusteht (Satz 3), sodass die freiheitliche Lebensweise in einer pluralen Gesellschaft gleichermaßen gegenseitige Toleranz und Achtung der kulturellen Prägung des Landes erfordert (Satz 10). Dieses Achtungserfordernis, das im Integrationsziel der Verpflichtung zur „Achtung der Leitkultur" (Art. 1 Satz 2 BayIntG) aufgegriffen wird, meint demnach nicht, dass die Gesetzesadressaten die in den Sätzen 1 bis 12 der Präambel getroffenen normativen Aussagen und Bewertungen zur Grundlage ihrer eigenen Werteordnung oder ihrer persönlichen Lebensführung machen müssten. Die gemäß der Präambel des Bayerischen Integrationsgesetzes zur kulturellen Grundordnung des Landes gehörende gegenseitige Toleranz erlaubt es vielmehr auch Personen, die sich einer Minderheit zugehörig fühlen, im Rahmen der allgemeinen Gesetze ihre bisherige kulturelle Identität zu bewahren. Mit der Beschreibung der bestehenden Verhältnisse in der Präambel soll laut der Gesetzesbegründung lediglich den als Gast oder Flüchtling einreisenden Migrantinnen und Migranten die in Bayern bestehende „Leitkultur" als erhaltungswürdig vorgestellt und als zu respektieren aufgegeben werden; sie sollen sich dieser herrschenden Kulturprägung nicht verweigern, dabei in ihrer persönlichen Haltung aber frei bleiben (LT-Drs. 17/11362 S. 13). Soweit dem staatlichen Bemühen, für ein Mindestmaß an gesellschaftlicher Homogenität zu sorgen, verfassungsrechtliche Grenzen gesetzt sind (vgl. dazu Papier, NJW 2016, 2391/2395; Thym, VVDStRL 76 (2017), 169/200; Böhm, ZAR 2017, 208/210 f.; Britz, Kulturelle Rechte und Verfassung, 2000, S. 220 ff.), sind diese durch die Formulierung einer unverbindlichen „Leitkultur" jedenfalls nicht überschritten.

147 Der Gemeinwohlauftrag der Bayerischen Verfassung steht entgegen dem Vortrag der Antragsgegnerin zu II auch nicht der Bestimmung des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 BayIntG entgegen, wonach der Staat Migrantinnen und Migranten durch geeignete Angebote darin unterstützt, die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern in Deutschland anzunehmen, einzuüben und auch selbstbewusst zu vertreten. Diese als Konkretisierung des verfassungsrechtlichen Förderauftrags aus Art. 118 Abs. 2 Satz 2 BV zu verstehende Regelung zielt nicht darauf ab, den Empfängern der Förderung die Entscheidung über die eigene Geschlechterrolle und über die Rollenverteilung zwischen den Geschlechtern abzunehmen oder ihnen ein neues (emanzipatorisches) Rollenverständnis aufzudrängen. Die staatlichen Integrationsangebote nach Art. 3 Abs. 3 Satz 2 BayIntG haben keinen selbstständigen erzieherischen Zweck, sondern sollen ausdrücklich nur unterstützen. Sie setzen daher voraus, dass die Migrantinnen und Migranten bereits von sich aus an einer tatsächlichen Durchsetzung der Geschlechtergleichheit im eigenen Lebensumfeld interessiert sind. Dass mit der Unterstützung dieses Anliegens ein gemeinwohlförderlicher öffentlicher Zweck

verfolgt wird, steht außer Frage.

148 Ähnliches gilt für die allgemeine Vorgabe in Art. 3 Abs. 6 Satz 1 BayIntG, wonach das „an den Integrationszielen dieses Gesetzes ausgerichtete" bürgerschaftliche Engagement von und für Migrantinnen und Migranten in allen Bereichen der Gesellschaft gestärkt werden soll. Auch dieser weitgefasste Programmsatz knüpft an bereits vorhandene private Aktivitäten an. Diese sollen nach dem Willen des Gesetzgebers in einer nicht näher bestimmten Weise staatlich gefördert werden, wenn sie den in Art. 2 BayIntG genannten Personenkreis betreffen und zumindest eines der in Art. 1 Satz 2 BayIntG genannten Ziele verfolgen, also Hilfe und Unterstützung anbieten (Integrationsförderung) oder auf die Achtung der in der Präambel als „Leitkultur" definierten Verhaltensweisen und Wertvorstellungen hinwirken und insoweit eigene Integrationsanstrengungen fordern (Integrationspflicht). Auch in diesem letztgenannten Fall können durch das zu fördernde bürgerschaftliche Engagement für die Migrantinnen und Migranten keine Rechtspflichten entstehen. Der Sache nach handelt es sich somit um bloße Integrationsobliegenheiten, von deren Erfüllung die staatliche Förderung zulässigerweise abhängig gemacht wird.

149 c) Ergänzend zur Unterstützung und Anerkennung der in Art. 3 Abs. 6 BayIntG aufgeführten gesellschaftlichen Aktivitäten werden in Art. 3 Abs. 8 BayIntG alle staatlichen Behörden angehalten, im Rahmen ihrer Zuständigkeiten die Integrationsziele des Gesetzes zu verwirklichen und hierzu im Rahmen von Ermessensentscheidungen geeignete „migrationsbedingte" (gemeint: migrationspolitische, vgl. LT-Drs. 17/11362 S. 16) Erwägungen zu berücksichtigen. Auch dieser allgemein formulierte Auftrag bezieht sich, wie aus der Überschrift des Art. 3 BayIntG und dem Zusammenhang mit den übrigen Absätzen der Vorschrift folgt, allein auf die Maßnahmen der Integrationsförderung und damit auf den in Art. 2 BayIntG umschriebenen Personenkreis. Art. 3 Abs. 8 BayIntG bietet daher ebenfalls keine Grundlage für selbstständige Eingriffe in die Rechte von Migrantinnen und Migranten. Die als Auffangnorm konzipierte Bestimmung fordert vielmehr die staatlichen Förderbehörden im Sinn einer Planungs- und Ermessensdirektive dazu auf, bei ihrer gesamten Tätigkeit, wie etwa dem Erlass von Einzelakten (Art. 3 Abs. 8 Satz 1 BayIntG) oder der Erstellung von Förderrichtlinien (Art. 3 Abs. 9 BayIntG), den in Art. 1 Satz 2 BayIntG formulierten Zielen Rechnung zu tragen. Dass hierbei im Rahmen der geltenden Gesetze auch darauf hinzuarbeiten ist, der in der Präambel legaldefinierten „Leitkultur" Respekt und Akzeptanz zu verschaffen und den zu fördernden Migrantinnen und Migranten – in Form einer Obliegenheit – eigene Integrationsanstrengungen abzuverlangen, ist verfassungsrechtlich unbedenklich. Der Staat darf bei seinen Maßnahmen zur Integrationsförderung ein durch demokratische Mehrheitsentscheidung legitimiertes Gesamtkonzept verfolgen und auf dieser Grundlage sowohl Anreize für die Erbringung freiwilliger Integrationsleistungen schaffen als auch bereits erzielte Integrationserfolge besonders belohnen.

150 5. Nicht zu beanstanden ist die Vorschrift des Art. 4 BayIntG („Deutsche Sprache"), die neben rein deskriptiven Aussagen ohne normativen Gehalt (Abs. 1) und einer nicht unmittelbar verbindlichen Zielbestimmung (Abs. 2) eine nach Maßgabe von Förderrichtlinien zu erfüllende Verpflichtung des Staates zur Unterstützung von Bemühungen um den Spracherwerb (Abs. 3) sowie Bestimmungen zur Kostentragung und zum Haftungsausschluss bei der Heranziehung von

Dolmetschern und Übersetzern durch Behörden (Abs. 4) enthält.

15 1 a) Diesen Regelungen fehlt es bezüglich des Adressatenkreises nicht an der rechtsstaatlich gebotenen normativen Bestimmtheit. Für welche Personen das in Art. 4 Abs. 2 BayIntG genannte Ziel einer angemessenen Verständigung in deutscher Sprache gelten soll, wird im ersten Halbsatz der Vorschrift definiert. Der Normenkomplex des Art. 4 Abs. 3 BayIntG gehört insgesamt – einschließlich der Kostenerstattungspflicht nach Satz 3 – zu den Regelungen über die Integrationsförderung; adressiert werden daher neben den als Zielgruppe erwähnten Migrantinnen und Migranten (Art. 2 Abs. 1 BayIntG) auch die Ausländerinnen und Ausländer im Sinn des Art. 2 Abs. 2 BayIntG sowie die integrationsbedürftigen Deutschen im Sinn des Art. 2 Abs. 3 BayIntG (vgl. LT-Drs. 17/11362 S. 15). Im Unterschied dazu gilt Art. 4 Abs. 4 Satz 1 BayIntG – ungeachtet der Einteilung nach Art. 2 BayIntG – ausdrücklich nur für die in Art. 4 Abs. 2 BayIntG genannten volljährigen Personen, die sich in den vorangegangenen sechs Jahren mindestens drei Jahre in Deutschland ständig aufgehalten haben. Diese Begrenzung des Adressatenkreises erfasst bei systematischer Auslegung auch die nachfolgende Vorschrift des Art. 4 Abs. 4 Satz 2 BayIntG, die sich mit der Haftung für „den" (statt: „einen") von der Behörde herangezogenen Dolmetscher oder Übersetzer befasst und damit erkennbar auf den vorhergehenden Satz Bezug nimmt.

15 2 b) Gegen die Vorschriften zu den Übersetzungskosten und zum Haftungsausschluss für Übersetzungsfehler bestehen auch im Übrigen keine durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken. Beide Bestimmungen betreffen den in Art. 4 Abs. 2 BayIntG bezeichneten Personenkreis, der laut dem Willen des Gesetzgebers nach einer bestimmten Aufenthaltsdauer in der Lage sein soll, sich mit jedermann in deutscher Sprache angemessen zu verständigen. Angesichts dieses Normzusammenhangs können die genannten Regelungen nur Anwendung finden, wenn es gerade wegen unzureichender Deutschkenntnisse des Betroffenen der Heranziehung eines Dolmetschers oder Übersetzers bedurfte. Dieses Kausalitätserfordernis muss als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal in die Vorschriften des Art. 4 Abs. 4 BayIntG hineingelesen werden; die bloße Notwendigkeit einer fachgerechten Übersetzung z. B. einer fremdsprachigen Urkunde reicht demnach nicht aus.

15 3 aa) Dass nach Art. 4 Abs. 4 Satz 1 BayIntG die notwendigen Kosten eines von einer Behörde herangezogenen Dolmetschers oder Übersetzers einem Volljährigen auferlegt werden können, der innerhalb der letzten sechs Jahre mindestens drei Jahre ständig im Bundesgebiet gelebt hat, stellt zwar einen Eingriff in die durch Art. 101 BV geschützte allgemeine Handlungsfreiheit dar (vgl. VerfGH vom 24.7.2006 VerfGHE 59, 134/143). Mit der Vorschrift wird aber, da sie eine bestimmte Bevölkerungsgruppe zum Erwerb von Sprachkenntnissen motivieren soll (vgl. LT-Drs. 17/11362 S. 16), ein legitimer integrationspolitischer Zweck verfolgt (vgl. Kahl, VVDStRL 65 (2006), 386/431 f.; Kischel in Epping/Hillgruber, BeckOK Grundgesetz, Art. 3 Rn. 229 m. w. N.), der die Kostentragungspflicht zu rechtfertigen vermag. Die grundsätzliche Eignung dieses Anreizinstruments wird nicht dadurch infrage gestellt, dass es erfahrungsgemäß nicht jedem gelingt, innerhalb weniger Jahre ein für die Verständigung mit Behörden ausreichendes Sprachniveau zu erreichen.

15 Die mit Art. 4 Abs. 4 Satz 1 BayIntG geschaffene Möglichkeit, Dolmetscher- und

4 Übersetzerkosten auf diejenigen abzuwälzen, die sich in der allgemein geltenden Amtssprache (Art. 23 BayVwVfG) nicht verständigen können, verstößt auch nicht gegen das von der Antragstellerin zu I angeführte Recht auf ein faires Verfahren.

15 Ob sich ein solches Recht, wie es in Art. 6 EMRK positivrechtlich normiert ist und
5 wie es das Bundesverfassungsgericht aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip herleitet (BVerfG vom 26.5.1981 BVerfGE 57, 250/274 f.), als grundrechtlich geschützter Anspruch aus Art. 101 i. V. m. Art. 3 Abs. 1 Satz 1 BV ergibt, hat der Verfassungsgerichtshof bisher offengelassen (vgl. VerfGH vom 4.2.2019 NJW 2019, 2297 Rn. 45). Die Frage bedarf auch hier keiner Klärung. Denn selbst wenn ein solches über die speziellen Verfahrensgrundrechte der Bayerischen Verfassung hinausgehendes allgemeines Prozessgrundrecht anzuerkennen wäre, ergäbe sich daraus kein genereller Anspruch auf kostenfreie Dolmetscher- und Übersetzungsleistungen, welcher der Regelung des Art. 4 Abs. 4 Satz 1 BayIntG entgegenstünde.

15 Mit dem Anspruch auf ein faires rechtsstaatliches Verfahren wird gewährleistet,
6 dass die Verfahrensbeteiligten die ihnen zustehenden prozessualen Rechte und Handlungsmöglichkeiten mit der erforderlichen Sachkunde wahrnehmen, Übergriffe staatlicher Stellen oder anderer Beteiligter angemessen abwehren und sich von einem Anwalt ihrer Wahl und ihres Vertrauens vertreten lassen können (vgl. zum Strafverfahren BVerfG vom 19.3.2013 BVerfGE 133, 168 Rn. 59, 63 m. w. N.). Die Festlegung und nähere Ausgestaltung der verfahrensrechtlichen Befugnisse, die ihnen danach im Einzelnen einzuräumen sind, ist in erster Linie dem für die Normierung des Verfahrensrechts zuständigen Gesetzgeber und sodann – in den vom Gesetz gezogenen Grenzen – den Gerichten bzw. Behörden bei der ihnen obliegenden Rechtsauslegung und -anwendung aufgegeben. Eine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren liegt erst vor, wenn eine Gesamtschau auf das Verfahrensrecht ergibt, dass rechtsstaatlich zwingende Folgerungen nicht gezogen wurden oder rechtsstaatlich Unverzichtbares preisgegeben wurde (BVerfG, a. a. O.; VerfGH vom 17.11.2014 VerfGHE 67, 291 Rn. 52).

15 Hiernach gehört es zwar zu den Geboten der Fairness, bei Verfahrensbeteiligten,
7 die über keine ausreichenden Kenntnisse der deutschen Sprache verfügen, auf die Dienste von Dolmetschern oder Übersetzern zurückzugreifen, wenn dies zur Wahrung des rechtlichen Gehörs oder zur Ausübung sonstiger Verfahrensrechte erforderlich ist (vgl. Schmitz in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 23 Rn. 42 ff.; Schübel-Pfister in Mann/Sennekamp/Uechtritz, VwVfG, 2. Aufl. 2019, § 23 Rn. 16). Das bedeutet aber nicht, dass die damit verbundenen Kosten in jedem Fall von der öffentlichen Hand zu tragen wären, wie es etwa Art. 6 Abs. 3 Buchst. e EMRK für den Strafprozess (vgl. BVerfG vom 27.8.2003 NJW 2004, 50 f.; vom 7.10.2003 NJW 2004, 1095/1096) oder Art. 12 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 2013/32/EU für das Asylverfahren ausnahmsweise vorsehen. Im Verwaltungsverfahren gilt vielmehr der in Art. 23 Abs. 2 Sätze 2 und 3 BayVwVfG zum Ausdruck kommende Grundsatz, dass der Fremdsprachige selbst für einen Dolmetscher oder Übersetzer sorgen muss und daher neben der Verständigungs- und Verstehenslast auch die Kostenlast für eine notwendige Sprachmittlung zu tragen hat (Kahl, VVDStRL 65 (2006), 386/416 Fn. 121; Schmitz, a. a. O., Rn. 44; Schübel-Pfister, a. a. O., Rn. 17; Ingerl, Sprachrisiko im Verfahren, 1988, S. 137, 226 f. m. w. N.; vgl. auch BVerfG vom 25.6.1984 EuGRZ 1986, 439 zum Bußgeldverfahren; vom 14.4.1999 – 2 BvR 555/99 – juris Rn. 2 zum

Ermittlungsverfahren).
Art. 4 Abs. 4 Satz 1 BayIntG ermöglicht es, gemäß dem im Kostenrecht allgemein geltenden Veranlasserprinzip (vgl. Art. 2 Abs. 1 Satz 1 KG) notwendige Dolmetscher- und Übersetzerkosten über die anderweitig bestehenden Rechtsgrundlagen hinaus (vgl. zu § 69 Abs. 1 Satz 1 AufenthG: BayVGH vom 15.1.2008 – 10 ZB 07.3105 – juris Rn. 3 ff.) auch solchen volljährigen Personen aufzuerlegen, die sich trotz eines noch nicht weit zurückliegenden, mindestens dreijährigen Aufenthalts im Bundesgebiet nur so unzureichend auf Deutsch verständigen können, dass sie bei Behördenkontakten auf einen Sprachmittler angewiesen sind. Der möglichst rasche Erwerb deutscher Sprachkenntnisse wird damit für Nichtdeutschsprachige, die für längere Zeit in Deutschland leben oder zu leben beabsichtigen, zu einer Obliegenheit, aus deren Verletzung sich eine Zahlungsverpflichtung ergeben kann (LT-Drs. 17/11362 S. 17; vgl. auch Kirchhof in Isensee/ Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 20 Rn. 122). Es spricht nichts für die Annahme, dass schon die Möglichkeit einer solchen finanziellen Belastung, die sich meist erst nach Abschluss des Verfahrens in einem Kostenbescheid niederschlägt, die Betroffenen an einer effektiven Wahrnehmung ihrer Rechte von vornherein hindern und damit ihren Anspruch auf ein faires Verfahren verletzen könnte. Da nur „notwendige" Dolmetscher- oder Übersetzerkosten zu tragen sind, muss auch niemand befürchten, für objektiv nicht veranlasste Einsätze eines Sprachmittlers oder für überhöhte Rechnungen einstehen zu müssen.

158 Die Auferlegung der Dolmetscher- und Übersetzerkosten nach Art. 4 Abs. 4 Satz 1 BayIntG setzt stets eine Ermessensentscheidung voraus. Den Behörden bleibt damit der nötige Spielraum, um möglichen völker-, unions- oder bundesrechtlichen Vorgaben Rechnung zu tragen (dazu Schmitz, a. a. O., Rn. 45; vgl. auch LT-Drs. 17/11362 S. 17). Zugleich können auf diesem Weg die – durch Anhörung (Art. 28 BayVwVfG) zu ermittelnden – individuellen Umstände, wie etwa die Zumutbarkeit des Spracherwerbs oder die wirtschaftliche Lage der jeweiligen fremdsprachigen Person, angemessen berücksichtigt und im Einzelfall unzumutbare Erschwernisse ausgeschlossen werden. Von Bedeutung ist dabei auch die Frage, auf wessen Initiative und in wessen Interesse die sprachübergreifende Kommunikation erfolgt (vgl. Kahl, VVDStRL 65 (2006), 386/416 Fn. 121). Da die Anlässe für die Heranziehung eines Sprachmittlers ebenso wie die persönlichen Verhältnisse der Betroffenen sehr unterschiedlich sein können, lassen sich keine allgemeingültigen Maßstäbe für die Ermessensausübung aufstellen. Den Gesetzgeber traf daher keine Verpflichtung, verbindliche Entscheidungskriterien vorzugeben, um für eine landesweit einheitliche Handhabung der Vorschrift zu sorgen.

159 bb) Verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist die Regelung des Art. 4 Abs. 4 Satz 2 BayIntG, wonach bei fehlerhaften Übersetzungen Haftungsansprüche gegen die Körperschaft, deren Behörde den Dolmetscher oder Übersetzer herangezogen hat, ausgeschlossen sind.

160 Die Vorschrift hat nur einen beschränkten Anwendungsbereich. Sie gilt, wie sich schon aus dem Wort „heranziehen" ergibt, nicht für Personen, die fortlaufend im Rahmen eines Dienstverhältnisses für eine Behörde Übersetzungsleistungen erbringen, sondern nur für im Einzelfall beauftragte Private, die gegen Honorar oder unentgeltlich als Sprachmittler eingeschaltet werden (vgl. LT-Drs. 17/11362 S. 17). Dass deren Übersetzungsfehler nicht als eine Amtspflichtverletzung der

jeweiligen (landesrechtlichen) Körperschaft zugerechnet werden und ihr gegenüber Ersatzansprüche auslösen können, ist mit den zwingenden Vorgaben des Amtshaftungsrechts vereinbar.

161 Die in Art. 34 Satz 1 GG „grundsätzlich" vorgesehene Staatshaftung belässt den Ländern nach heute allgemeiner Auffassung einen gewissen Regelungsspielraum für begrenzte Haftungsbeschränkungen (BVerfG vom 19.10.1982 BVerfGE 61, 149/199 ff.; vgl. Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 97 m. w. N.). Auch die landesverfassungsrechtliche Parallelnorm des Art. 97 BV steht, wie aus ihrer Entstehungsgeschichte folgt, dem Erlass von Ausnahmevorschriften nicht entgegen, mit denen die Haftung des Staates oder sonstiger öffentlicher Körperschaften für Amtspflichtverletzungen in bestimmten Fällen ausgeschlossen wird (VerfGH vom 6.4.1970 VerfGHE 23, 47/52; vgl. auch Wolff in Lindner/Möstl/Wolff, Verfassung des Freistaates Bayern, Art. 97 Rn. 7 m. w. N.). Solche punktuellen Haftungsbeschränkungen sind allerdings nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs nur zulässig, wenn sie durch sachliche Grün-de gerechtfertigt sind, also nicht gegen das Willkürverbot verstoßen (VerfGHE 23, 47/52 f.; ebenso zu Art. 34 GG: BGH vom 30.10.1986 BGHZ 99, 62/64 m. w. N.).

162 Die in Art. 4 Abs. 4 Satz 2 BayIntG getroffene Ausnahmeregelung lässt sich damit rechtfertigen, dass den Sprachmittlern eine vergleichsweise selbstständige Stellung zukommt, die ihre haftungsrechtliche Zuordnung erschwert (vgl. LT-Drs. 17/11362 S. 17). Die Heranziehung von Dolmetschern und Übersetzern durch Behörden erfolgt zwar anlässlich der Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Es ist aber fraglich, ob sie damit Träger eines öffentlichen Amtes im staatshaftungsrechtlichen Sinn werden. Bei Privaten, die Hilfstätigkeiten für die Verwaltung übernehmen, wird dies im Regelfall nur angenommen, wenn die öffentliche Hand auf ihr Handeln so weitgehend Einfluss nimmt, dass sie als bloße Werkzeuge bzw. Erfüllungsgehilfen des jeweiligen Hoheitsträgers erscheinen (BGH vom 9.10.2014 NJW 2014, 3580 Rn. 17 m. w. N.). Hiervon kann bei den für eine Behörde tätigen Sprachmittlern zumindest nicht generell ausgegangen werden. Sie stehen als fremdsprachkundige Personen nicht nur in vergütungsrechtlicher Hinsicht (vgl. § 1 Abs. 1 ZuSEVO), sondern weitgehend auch nach der Art ihrer Verfahrensbeteiligung privaten Sachverständigen gleich, die bei der Gutachtenerstattung nach herrschendem Verständnis keine hoheitlichen Aufgaben wahrnehmen und demzufolge nicht aus Amtspflichtverletzung haften (vgl. dazu OLG Düsseldorf vom 6.8.1986 NJW 1986, 2891; BT-Drs. 14/7752 S. 27 m. w. N).

163 Ob aus dem gleichen Grund auch bei den behördlich beauftragten Sprachmittlern eine Amtshaftung von vornherein ausscheidet (so Becker, Die Haftung der Dolmetscher und Übersetzer, 2001, S. 117 ff., 157), bedarf hier keiner Erörterung. Der im Gesetz ausdrücklich normierte Haftungsausschluss ist jedenfalls wegen der Besonderheiten dieser Hilfstätigkeit sachlich begründbar und daher nicht willkürlich. Die in einem Verwaltungsverfahren herangezogenen Dolmetscher und Übersetzer übernehmen eine Art Mittlerrolle zwischen der Behörde und der jeweiligen fremdsprachigen Person. Die Notwendigkeit der Übersetzung folgt dabei in den von Art. 4 Abs. 4 Satz 2 BayIntG erfassten Fällen nicht aus der Eigenart der behördlichen Aufgabe, sondern liegt in der persönlichen Sphäre des Verfahrensbeteiligten begründet, der sich nicht ausreichend auf Deutsch als der gesetzlich festgelegten Amtssprache (Art. 23 BayVwVfG) verständigen kann. In Anbetracht dieses eigenen Verursachungsbeitrags kann es der fremdsprachigen

Person, die trotz eines längeren Aufenthalts im Bundesgebiet auf die Dienste eines Dolmetschers oder Übersetzers angewiesen ist, zugemutet werden, sich im Fall eines übersetzungsbedingten Schadens ausschließlich an den Sprachmittler zu halten, ohne auf den Rechtsträger der Behörde als weiteren Haftungsschuldner zugreifen zu können.

164 6. Die Bestimmungen des Art. 5 BayIntG („Vorschulische Sprachförderung"), die durch die in Art. 17 a Abs. 5 Nr. 5 und Abs. 6 BayIntG neu gefassten Vorschriften der Art. 37 Abs. 4 BayEUG und Art. 12 Abs. 2, Art. 19 Nr. 10 BayKiBiG ergänzt werden (vgl. LT-Drs. 17/13604 S. 3), sind entgegen den Einwänden der Antragstellerin zu II im Hinblick auf den persönlichen Anwendungsbereich hinreichend bestimmt und damit insgesamt verfassungsgemäß. Sie richten sich ungeachtet des Hinweises auf die „besonderen Anforderungen von Kindern aus Migrantenfamilien" nicht nur an den in Art. 2 BayIntG genannten Adressatenkreis, sondern erfassen als spezielle Zielgruppe auch Kinder mit sonstigem Sprachförderbedarf (Art. 5 Abs. 1 Satz 1) und gelten darüber hinaus für alle in Tageseinrichtungen aufgenommenen Kinder und deren Erziehungsberechtigte sowie für die jeweiligen Einrichtungsträger. Ob sich die verschiedenen Regelungen ihrem Inhalt nach der Integrationsförderung oder der Integrationspflicht im Sinn des Art. 1 Satz 2 BayIntG zuordnen lassen, kann dahinstehen, da sich aus dieser Klassifizierung keine rechtlichen Folgen ergeben.

165 7. Die in Art. 6 BayIntG („Frühkindliche Bildung") enthaltene gesetzliche Vorgabe, wonach alle Kinder in Kindertageseinrichtungen zentrale Elemente der christlich-abendländischen Kultur erfahren sollen (Satz 1), verstößt bei zutreffendem Normverständnis ebenfalls nicht gegen die Bayerische Verfassung. Sie ist sowohl mit dem Grundsatz der staatlichen Neutralität (a)) als auch mit dem elterlichen Erziehungsrecht (b)) vereinbar.

166 a) Art. 6 BayIntG ist entgegen der Auffassung der Antragstellerin zu I nicht darauf gerichtet, den Kindern religiöse Erfahrungen zu vermitteln und ihnen damit spezifisch christliche Glaubensinhalte nahezubringen. Eine solche gesetzgeberische Absicht, die der Neutralitätsverpflichtung des Staates zuwiderliefe, ergibt sich insbesondere nicht aus dem Wort „erfahren". Dieses kann zwar im Sinn von „an sich selbst erleben" oder „zu spüren bekommen" verwendet werden und dadurch einen affektiven Beiklang erhalten. Im gewöhnlichen Sprachgebrauch bedeutet das Verb „erfahren" aber nur, von etwas Kenntnis erhalten oder etwas zu wissen bekommen (www.duden.de/rechtschreibung/erfahren_feststellen_erleben). Legt man dieses Wortverständnis zugrunde, so geht es in Art. 6 Satz 1 BayIntG vorrangig um eine (kindgerechte) Wissensvermittlung.

167 Dass mit dem Auftrag zur frühkindlichen Bildung nicht das Ziel verfolgt wird, die Kinder in den Tageseinrichtungen zu bestimmten religiösen Überzeugungen oder Verhaltensweisen zu bewegen, lässt sich bereits dem – an Satz 2 der Präambel anknüpfenden – Begriff der „christlich-abendländischen Kultur" entnehmen. Das darin enthaltene Attribut „christlich" kann, wie der Verfassungsgerichtshof zu dem nahezu gleichlautenden Begriff der „christlich-abendländischen Bildungs- und Kulturwerte" in Art. 59 Abs. 2 Satz 3 BayEUG festgestellt hat, bei zutreffendem Normverständnis nur jene Werte und Normen meinen, die zwar maßgeblich vom Christentum geprägt sind, heute aber zum Gemeingut des abendländischen Kulturkreises gehören und daher unabhängig von ihrer religiösen Fundierung Geltung beanspruchen (VerfGH vom 15.1.2007 VerfGHE 60, 1/7; vgl. auch zu Art.

135 Satz 2 BV: VerfGH vom 13.12.2002 VerfGHE 55, 189/196 f.; BVerfG vom 17.12.1975 BVerfGE 41, 65/84 f.). Das Wort „abendländisch" verweist dabei auf die durch den Humanismus und die Aufklärung beeinflussten Grundwerte der westlichen Welt (VerfGHE 60, 1/7), zu denen nicht zuletzt religiöse Vielfalt und weltanschauliche Toleranz gehören.

168 Die Weitergabe dieser Traditionen, Konventionen und außerrechtlichen Normen, die den gesellschaftlichen Zusammenhalt stärken und das gegenseitige Verständnis erleichtern, durfte den Kindertageseinrichtungen, die definitionsgemäß auch Bildungsaufgaben erfüllen (Art. 2 Abs. 1 Satz 1 BayKiBiG), mit der Vorschrift des Art. 6 Satz 1 BayIntG zur Pflicht gemacht werden. Ein Eingriff in die durch Art. 107 Abs. 1 BV geschützte negative Glaubensfreiheit ist damit nicht verbunden. Dies gilt sowohl für die Vorschulkinder selbst, die das Grundrecht noch nicht eigenständig ausüben können (vgl. VerfGH vom 12.3.1968 VerfGHE 21, 38/46), als auch für die Erziehungsberechtigten. Deren Glaubens- und Gewissensfreiheit schließt zwar das Recht ein, ihrem Kind die von ihnen für richtig gehaltene religiöse oder weltanschauliche Erziehung zu vermitteln und nicht geteilte Ansichten von ihnen fernzuhalten (VerfGHE 55, 189/196; BVerfG vom 15.3.2007 NVwZ 2008, 72/73 m. w. N.). Der Schutzbereich des Grundrechts ist aber nicht berührt, wenn das Kind lediglich mit den grundlegenden kulturellen Gegebenheiten in Deutschland und Europa vertraut gemacht wird, ohne dass damit zugleich für bestimmte Glaubensinhalte oder ethische Überzeugungen geworben wird. Dass der gesetzliche Auftrag des Art. 6 Satz 1 BayIntG in diesem Sinn religions- und weltanschauungsneutral zu verstehen ist, folgt auch aus dem nachfolgenden Satz 2, der die Achtung vor den religiösen Überzeugungen anderer als weiteres Ziel der frühkindlichen Bildung ausdrücklich vorgibt.

169 b) Die mit Art. 6 BayIntG erfolgte Festlegung von Bildungsinhalten und Lernzielen, die über die bisherige Gesetzeslage hinaus nicht mehr bloß eine Voraussetzung der staatlichen Förderung darstellen (Art. 13 Abs. 3, Art. 30 Satz 1 Nr. 1 BayKiBiG, § 4 AVBayKiBiG), sondern für alle Kindertageseinrichtungen in Bayern verbindlich sind (vgl. LT-Drs. 17/11362 S. 19), berührt allerdings – ungeachtet der Freiwilligkeit des Besuchs von Kindertageseinrichtungen – das elterliche Erziehungsrecht aus Art. 126 Abs. 1 Satz 1 BV. Eltern, deren Wertvorstellungen den Leitlinien des Art. 6 BayIntG zuwiderlaufen, können die in der Vorschrift geforderten erzieherischen Einwirkungen auf ihr Kind nur vermeiden, wenn sie es aus der Einrichtung abmelden und damit auf die Wahrnehmung des Rechts auf frühkindliche Förderung (§ 24 SGB VIII) verzichten. Der darin liegende mittelbare Eingriff in das vorbehaltlos gewährleistete Recht der Eltern zur Kindererziehung lässt sich aber durch die insoweit bestehenden verfassungsimmanenten Schranken rechtfertigen.

170 Das in Art. 126 Abs. 1 Satz 1 BV verbürgte Erziehungsrecht bietet als Abwehrrecht Schutz vor störenden staatlichen Eingriffen, gewährleistet aber keinen ausschließlichen Erziehungsanspruch der Eltern. Auch außerhalb der Schule kommen dem Staat bei der Erziehung und Pflege der Kinder gewisse Funktionen zu (VerfGH vom 4.11.1976 VerfGHE 29, 191/208; vgl. auch Reith, Der Erziehungs-, Bildungs- und Betreuungsauftrag des Staates im Vorschulbereich, 2014, S. 264 ff.). Mit der zunehmenden Erkenntnis der Bildungsbedürftigkeit der Kinder im Elementarbereich ist dem Staat die Aufgabe zugewachsen, der Elternverantwortlichkeit auch im vorschulischen Bereich der Kindererziehung Hilfe zukommen zu lassen (VerfGH, a. a. O.; vgl. auch zu Art. 128 BV: Möstl in Lindner/

Möstl/Wolff, Verfassung des Freistaates Bayern, Art. 128 Rn. 7). Das daraus abzuleitende Gebot, möglichst allen Kindern geeignete frühpädagogische Bildungsangebote zu unterbreiten, erfordert neben staatlichen Planungen und finanziellen Hilfen auch organisatorische Regelungen. Die verfassungsrechtliche Legitimation dazu folgt aus der Bestimmung des Art. 130 Abs. 1 BV, wonach das Schul- und Bildungswesen insgesamt unter der Aufsicht des Staates steht. Der Anwendungsbereich dieser Vorschrift beschränkt sich nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs nicht auf die Schulaufsicht, sondern umfasst nach heutigem Verständnis auch den gesamten vorschulischen Bereich (VerfGHE 29, 191/209 f.; zustimmend Geis in Meder/Brechmann, Die Verfassung des Freistaates Bayern, Art. 130 Rn. 9; Möstl in Lindner/Möstl/Wolff, Verfassung des Freistaates Bayern, Art. 130 Rn. 6).

171 Mit Art. 130 Abs. 1 BV wird dem Staat zwar kein von den Eltern unabhängiger, selbstständiger Erziehungsauftrag erteilt, der etwa eine Kindergartenbesuchspflicht rechtfertigen könnte (vgl. VerfGHE 29, 191/210). Aus der Kompetenz zur organisatorischen Ausgestaltung des vorschulischen Bereichs lässt sich jedoch die Befugnis ableiten, die Träger der Kindertageseinrichtungen auf die im Rahmen ihres Bildungsauftrags zu verfolgenden pädagogischen Grundsätze und Erziehungsziele gesetzlich festzulegen. Solche staatlichen Vorgaben dürfen allerdings das Grundrecht aus Art. 126 Abs. 1 Satz 1 BV nicht übermäßig einschränken, indem sie etwa eine einseitige inhaltliche Ausgestaltung des Bildungsangebots fordern (VerfGHE 29, 191/217). Sie müssen so allgemein und neutral gehalten sein, dass das vorrangige Recht der Eltern, auf der Grundlage ihres persönlichen Wertekanons über die Bildung, Erziehung und Betreuung ihrer Kinder zu bestimmen, weiterhin zur Geltung kommen kann.

172 Die in Art. 6 BayIntG aufgeführten Erziehungsprinzipien und Lernziele werden diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen gerecht. Sie besitzen einen so hohen Abstraktionsgrad, dass ihre Verwirklichung im Alltagsbetrieb der Kindertageseinrichtungen die Eltern der dort betreuten Kinder nicht daran hindert, über die konkrete Ausrichtung der Erziehung anhand ihrer eigenen Leitbilder und moralischen Maßstäbe zu entscheiden. Dies gilt namentlich für den religiös-weltanschaulichen Bereich, für den Art. 6 Satz 2 BayIntG als anzustrebendes Ziel nur die Entwicklung einer eigenen von Nächstenliebe getragenen Identität vorgibt, sodass die Vermittlung entsprechender Werte und Grundeinstellungen ausschließlich den Eltern vorbehalten bleibt. Die Vorschriften des Art. 6 Sätze 3 und 4 BayIntG, in denen es um die Unterstützung der Kinder und ihrer Familien geht, sind in ähnlicher Weise auf Kooperation angelegt und lassen sich somit ebenfalls nicht gegen den Willen der erziehungsberechtigten Eltern in die Tat umsetzen.

173 8. Verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist auch die im ersten Satz des Art. 7 Abs. 1 BayIntG („Schulen") getroffene Aussage, wonach die von Art. 131 BV erfassten allgemein- und berufsbildenden Schulen im Rahmen ihres Bildungs- und Erziehungsauftrags die in Art. 1 BayIntG genannten Integrationsziele fördern.

Art. 7 Abs. 1 Satz 1 BayIntG kann entgegen dem Verständnis der Antragstellerin zu II nicht als Rechtsgrundlage herangezogen werden, um einzelne Schülerinnen oder Schüler unter Verweis auf Art. 1 Satz 2 BayIntG zur Achtung der „Leitkultur" im Sinn der Präambel oder zu eigenen Integrationsanstrengungen zu verpflichten. Die Vorschrift enthält keine aus sich heraus vollziehbaren und mit Rechtspflichten verbundenen Handlungsanweisungen, sondern erteilt den Schulen in Anlehnung an

den Normaufbau des Art. 131 BV zunächst nur einen generellen „Integrationsauftrag" (LT-Drs. 17/11362 S. 19). In welcher Form und durch welche Maßnahmen die gesetzlich definierten Integrationsziele „gefördert" (d. h. verfolgt bzw. verwirklicht) werden sollen, lässt sich der als Programmsatz konzipierten Bestimmung des Art. 7 Abs. 1 Satz 1 BayIntG nicht entnehmen. Die notwendige Konkretisierung erfolgt erst in den nachfolgenden Einzelregelungen, die an den Eingangssatz auch sprachlich anknüpfen („Hierzu ...") und eine Reihe integrationsbezogener Bildungsziele (Art. 7 Abs. 1 Sätze 2 und 3 BayIntG) sowie allgemeine Vorgaben für die Lehrerausbildung (Art. 7 Abs. 2 BayIntG) und für die Organisation des Schulbetriebs (Art. 7 Abs. 3 und 4 BayIntG) enthalten.

174 Dass diese Vorschriften, die nach dem Willen des Gesetzgebers der Integration von Migrantinnen und Migranten bzw. von Schülerinnen und Schülern nichtdeutscher Muttersprache dienen sollen, gegen höherrangiges Recht verstoßen könnten, ist weder vorgetragen noch ersichtlich. Dies gilt insbesondere für die in Art. 7 Abs. 4 BayIntG angesprochene und in der Gesetzesbegründung näher erläuterte Frage der Unterrichtsbefreiung aus religiösen Gründen (LT-Drs. 17/11362 S. 19). Die dazu in den Sätzen 2 und 3 enthaltenen Regelungen, wonach eine Befreiung nur gewährt werden soll, soweit dies verfassungsrechtlich zwingend ist und keine sonstigen organisatorischen oder prozeduralen Möglichkeiten verfügbar sind, stehen im Einklang mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Verhältnis von Glaubensfreiheit und allgemeiner Schulpflicht (dazu VerfGHE 55, 189/196 f.; BVerfG NVwZ 2008, 72/73; BVerwG vom 11.9.2013 NVwZ 2014, 237/239 ff.).

175 9. Soweit in Art. 8 BayIntG („Hochschulen) und Art. 9 BayIntG („Kommunen") auch den dort genannten selbstständigen Verwaltungsträgern Integrationsaufgaben zugewiesen werden, handelt es sich wiederum um Vorschriften, aus denen sich für die als Zielgruppe genannten Migrantinnen und Migranten weder rechtliche Verpflichtungen noch mittelbare Grundrechtsbeeinträchtigungen ergeben. Dem steht nicht der Umstand entgegen, dass Art. 9 Satz 1 BayIntG von zu erfüllenden „Integrationspflichten" spricht. Diese Pluralbezeichnung bezieht sich nicht auf das in Art. 1 Satz 2 BayIntG beschriebene Gesetzesziel, das nur vom Gesetzgeber selbst erfüllt werden kann. Gemeint sind vielmehr die speziell für Migrantinnen und Migranten geltenden, ihre Integration fördernden Rechtspflichten und Obliegenheiten, wie sie zwar nicht im Bayerischen Integrationsgesetz, jedoch in anderen, vor allem bundesgesetzlichen Bestimmungen normiert sind (z. B. §§ 12 a, 44 a AufenthG). Den Kommunen wird in Art. 9 Satz 1 BayIntG allgemein aufgegeben, bei der Erfüllung dieser Pflichten Unterstützung zu leisten. Die hiernach von den Gemeinden, Landkreisen und Bezirken im Rahmen ihrer Selbstverwaltung zu tragende Mitverantwortung für das Erreichen der Integrationsziele des Art. 1 BayIntG besteht allerdings, wie Art. 9 Satz 2 BayIntG klarstellt, nur „nach Maßgabe der Gesetze", sodass rechtsaufsichtlich durchsetzbare und gemäß Art. 83 Abs. 3 BV konnexitätsrechtlich relevante Förderverpflichtungen der Kommunen einer gesonderten Normierung bedürften (vgl. LT-Drs. 17/13604 S. 2).

176 10. Auch Art. 10 BayIntG („Verantwortung der Wirtschaft") verstößt nicht gegen die Bayerische Verfassung. Die in Absatz 1 Satz 1 getroffene Feststellung, wonach die bayerische Wirtschaft im Rahmen des Art. 151 BV Mitverantwortung für die in Art. 1 BayIntG genannten Integrationsziele trägt, verweist als Programmsatz auf die auch insoweit bestehende Gemeinwohlbindung der gesamten wirtschaftlichen

Tätigkeit (vgl. LT-Drs. 17/11362 S. 20). Die in Bayern ansässigen Unternehmen werden durch diesen gesetzgeberischen Appell nicht verpflichtet, für die Integration der erwerbsberechtigten Migrantinnen und Migranten zu sorgen. Aus Art. 10 Abs. 1 Satz 2 BayIntG ergeben sich allerdings materielle Anreize für entsprechende Bemühungen, da diese im Rahmen staatlicher Förderprogramme insbesondere nach dem Mittelstandsförderungsgesetz positiv berücksichtigt werden können. Die Vorschrift des Art. 10 Abs. 1 BayIntG enthält damit für den Bereich der Wirtschaft eine Konkretisierung der allgemeinen staatlichen Förderdirektive des Art. 3 Abs. 8 BayIntG, die aus den oben dargelegten Gründen verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist.

17 7 11. Die Vorschrift des Art. 11 BayIntG („Rundfunk und Medien") ist nicht in vollem Umfang mit der Bayerischen Verfassung vereinbar. Sie verstößt teilweise gegen die Freiheit des Rundfunks (Art. 111 a BV) sowie gegen die ebenfalls grundrechtlich geschützte Meinungsfreiheit (Art. 110 BV).

Art. 11 Satz 1 BayIntG sieht vor, dass der Bayerische Rundfunk und die nach dem Bayerischen Mediengesetz an der Veranstaltung von Rundfunk Beteiligten, also die Bayerische Landeszentrale für neue Medien (Art. 2 Abs. 1 BayMG) und die – zumeist privaten – Anbieter von Rundfunkprogrammen und -sendungen (Art. 24 BayMG), im Rahmen ihres Programmauftrags die Integration unterstützen. Nach Art. 11 Satz 2 BayIntG sollen die Angebote in Rundfunk und Telemedien einen Beitrag zur Vermittlung der deutschen Sprache und der „Leitkultur" leisten.

17 8 a) Diese Vorschriften, die einem näher bestimmten Adressatenkreis (Satz 1) eine konkrete Aufgabe zuweisen (Satz 2), sind als ein rechtliches Gebot zu verstehen und daher an den Grundrechten der Bayerischen Verfassung zu messen. Zwar wird in der Begründung des zugrunde liegenden Gesetzentwurfs dargelegt, dass die Vorschrift nicht den Programmauftrag der Medien erweitere, sondern diese nur „ermuntern" solle, die genannten Aspekte in ihren Sendungen und Beiträgen nach Möglichkeit verstärkt zu berücksichtigen (LT-Drs. 17/11362 S. 21). Diese Deutung, wonach Art. 11 BayIntG keinerlei Rechtswirkung zukommt, findet aber im Gesetzeswortlaut keine Stütze. Die Verwendung des Worts „sollen" lässt den Anspruch auf normative Verbindlichkeit deutlich erkennen. Soll-Bestimmungen begründen für den Normadressaten nach allgemeinem Verständnis eine grundsätzliche Verpflichtung, von deren Erfüllung nur in Ausnahmefällen abgesehen werden darf (vgl. VerfGH vom 30.9.2004 VerfGHE 57, 113/123 f.; BVerwG vom 12.7.2016 NVwZ 2016, 1498 Rn. 21).

17 9 Auch die Gesetzessystematik spricht dagegen, in Art. 11 BayIntG bloß eine unverbindliche Aufforderung zu sehen, die der Bayerische Rundfunk, die Bayerische Landeszentrale für neue Medien und die Rundfunkanbieter nach Belieben ignorieren könnten. Das Bayerische Integrationsgesetz enthält zwar in seinen weiteren bereichsspezifischen Vorschriften (Art. 4 bis 10 BayIntG) eine Reihe von Programmsätzen, denen für sich genommen nur eine Appellfunktion zukommt (Art. 4 Abs. 1, Art. 5 Abs. 1 Satz 1, Art. 7 Abs. 1 Satz 1, Art. 9 Satz 1, Art. 10 Abs. 1 Satz 1 BayIntG). Diese stehen jedoch nicht allein, sondern werden jeweils durch nachfolgende vollzugsfähige Vorschriften ausgefüllt. Entsprechend diesem durchgängigen Regelungskonzept ist auch das Unterstützungsgebot des Art. 11 Satz 1 BayIntG als allgemeine Zielbestimmung zu verstehen, die durch die in Satz 2 enthaltene Handlungsaufforderung zu einem rechtlichen Gebot ausgeformt wird. Damit wird für alle „an der Veranstaltung von Rundfunk Beteiligten", wie die in

dieser Formulierung liegende Bezugnahme auf Art. 5 Abs. 1 Satz 1 BayMG zeigt, ein zusätzlicher Programmgrundsatz aufgestellt, der bei sämtlichen Rundfunk- und Telemedienangeboten in Bayern zu beachten ist.

180 Dieses anhand objektiver Kriterien gewonnene Normverständnis, das auch dem von der Antragstellerin zu II vorgelegten Aufforderungsschreiben der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien vom 19. Juli 2017 an verschiedene Hörfunk- und TV-Anbieter zugrunde liegt, wird durch die gegenteilige Erklärung in der Entwurfsbegründung nicht infrage gestellt. Für eine historische Auslegung anhand der Gesetzesmaterialien ist nur Raum, wenn aus Sicht des Rechtsanwenders unklar ist, welchen Inhalt eine Norm hat oder wie weit ihr Geltungsanspruch reicht. Die Antwort auf die Frage, ob überhaupt ein vollziehbarer Gesetzesbefehl vorliegt, kann dagegen nicht allein von den Absichtsbekundungen der Legislativorgane abhängig gemacht werden. Wird in einem förmlichen Gesetzgebungsverfahren eine Vorschrift beschlossen, die nach ihrer sprachlichen Gestalt und ihrem objektiv feststellbaren Aussagegehalt als verbindliche Regelung verstanden werden muss, so kann die daraus folgende Rechtswirkung nicht durch die Verlautbarung eines fehlenden Regelungswillens im Gesetzgebungsverfahren zunichte gemacht werden. Ein solches Ergebnis stünde im Widerspruch zu dem rechtsstaatlichen Gebot der Normenwahrheit (s. oben 1.).

181 Die Unverbindlichkeit des Art. 11 BayIntG lässt sich auch nicht im Wege einer verfassungskonformen Interpretation begründen. Denn diese Auslegungsmethode setzt voraus, dass am Ende eine inhaltliche Regelung verbleibt, die für sich genommen sinnvoll ist und den verfassungsrechtlichen Vorgaben genügt (vgl. BVerfG vom 14.12.1999 BVerfGE 101, 312/330). Kann ein verfassungsmäßiger Zustand nur hergestellt werden, indem der Vorschrift jegliche Rechtswirkung abgesprochen wird, so handelt es sich um eine insgesamt verfassungswidrige Norm.

182 b) Der in Art. 11 Satz 2 BayIntG enthaltene Auftrag, in den Rundfunkangeboten einen Beitrag zur Vermittlung der „Leitkultur" zu leisten, stellt einen unzulässigen Eingriff in die grundrechtlich geschützte Programmfreiheit dar und verstößt damit gegen Art. 111 a Abs. 1 Satz 1 BV.

183 Die in der Bayerischen Verfassung als „dienende" Freiheit konzipierte Rundfunkfreiheit bedarf zwar, um den in Art. 111 a Abs. 1 Sätze 2 bis 6 BV normierten Anforderungen zu genügen, einer positiven gesetzlichen Ausgestaltung (vgl. Art. 111 a Abs. 3 BV), mit der sichergestellt wird, dass der Rundfunk seine öffentliche Informations- und Meinungsbildungsfunktion wahrnehmen kann. Über diesen äußeren rechtlichen Rahmen hinaus versagt Art. 111 a Abs. 1 Satz 1 BV aber – ebenso wie Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG – der gesetzgebenden und der vollziehenden Gewalt jegliche Einflussnahme auf den Rundfunk, die mit der Aufgabe der Sicherung der Rundfunkfreiheit unvereinbar oder durch die Schranken dieses Grundrechts nicht gerechtfertigt ist (VerfGHE 39, 96/155; vgl. auch BVerfG vom 4.11.1986 BVerfGE 73, 118/182 f.). Als Freiheitsrecht garantiert Art. 111 a Abs. 1 Satz 1 BV insoweit vor allem Programmfreiheit (vgl. VerfGH vom 27.5.1987 VerfGHE 40, 69/76) und schützt damit die Auswahl, den Inhalt und die Gestaltung der Programme gegen fremden, insbesondere staatlichen Einfluss (VerfGH vom 25.5.2007 VerfGHE 60, 131/141 f.; Möstl in Lindner/Möstl/Wolff, Verfassung des Freistaates Bayern, Art. 111 a Rn. 13; Krausnick in Meder/Brechmann, Die Verfassung des Freistaates Bayern, Art. 111 a Rn. 19).

18 4 Die aus der Soll-Bestimmung des Art. 11 Satz 2 BayIntG folgende grundsätzliche Verpflichtung, mit den Rundfunkangeboten zur Vermittlung der – im Bayerischen Integrationsgesetz legaldefinierten – „Leitkultur" beizutragen, greift unmittelbar in das Recht des Bayerischen Rundfunks und der übrigen an der Veranstaltung von Rundfunk Beteiligten ein, über den Inhalt ihrer Programme nach eigenen Vorstellungen zu entscheiden. Ihnen wird aufgegeben, die in den Sätzen 1 bis 12 der Präambel getroffenen historischen, soziologischen und (verfassungs-)politischen Aussagen und Einschätzungen in ihren Sendungen zu „vermitteln", also den Rezipienten näherzubringen. Eine solche Pflicht zur positiven Förderung bestimmter Wert- und Zielvorstellungen im Sinn einer „kulturellen Grundordnung der Gesellschaft" (Satz 13 der Präambel) ist mit der den öffentlichen Rundfunkanstalten und den privaten Rundfunkanbietern zustehenden Programmfreiheit unvereinbar (vgl. Hesse, Rundfunkrecht, 3. Aufl. 2003, S. 169; Degenhart in Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 415; Witte in Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 4. Aufl. 2018, § 3 RStV Rn. 8; Cornils, ebda., § 41 RStV Rn. 18, 23, 58 ff.; v. Coelln in Uhle, Information und Einflussnahme, 2018, S. 11/41; vgl. auch BVerfG vom 6.6.1989 BVerfGE 80, 124/133 f.). Die Regelung dient nicht der funktionsgerechten Ausgestaltung der Rundfunkordnung und ist auch nicht Ausdruck einer verfassungsimmanenten Beschränkung der Rundfunkfreiheit, wie dies etwa für die in Art. 11 Satz 2 BayIntG ebenfalls geforderte Vermittlung der deutschen Sprache in Anbetracht des – für öffentliche wie für private Anbieter geltenden – Bildungsauftrags in Art. 111 a Abs. 1 Satz 3 BV angenommen werden kann (vgl. Kahl, JuS 2007, 201/205). Das Gebot, ein bestimmtes Verständnis von „Leitkultur" zu propagieren, macht den Rundfunk insoweit zu einem Sprachrohr des parlamentarischen Gesetzgebers, der diesem Begriff im Bayerischen Integrationsgesetz einen spezifischen Bedeutungsgehalt beigemessen hat. Darin liegt ein Verstoß gegen den aus Art. 111 a BV abzuleitenden Grundsatz der Staatsferne des Rundfunks.

18 5 c) Soweit Art. 11 Satz 2 BayIntG auch für die Angebote in Telemedien (§ 1 Abs. 1 Satz 1 TMG) gilt, die vom Schutzbereich der Meinungsfreiheit (Art. 110 Abs. 1 Satz 1 BV) umfasst sind (vgl. Möstl in Lindner/Möstl/Wolff, Verfassung des Freistaates Bayern, Art. 110 Rn. 8, Art. 111 Rn. 6, Art. 111 a Rn. 9; Krausnick in Meder/ Brechmann, Die Verfassung des Freistaates Bayern, Art. 111 a Rn. 18), liegt ebenfalls ein Grundrechtsverstoß vor.

18 6 Die aus der Soll-Bestimmung folgende prinzipielle Verpflichtung, in den Telemedienangeboten einen Beitrag zur Vermittlung der deutschen Sprache und der „Leitkultur" zu leisten, greift unmittelbar in die negative Meinungsfreiheit ein, also in das Recht, von einer Meinungsäußerung abzusehen bzw. sich einer Meinung nicht anschließen zu müssen (vgl. Krausnick, a. a. O., Art. 110 Rn. 14; Möstl, a. a. O., Art. 110 Rn. 8). Dieser Eingriff lässt sich nicht durch die (ungeschriebene) Schranke der allgemeinen Gesetze rechtfertigen, die bei Art. 110 Abs. 1 Satz 1 BV in gleicher Weise wie bei Art. 5 Abs. 1 GG zu beachten ist (vgl. VerfGH vom 6.11.1990 VerfGHE 43, 148/154 m. w. N.). Die Verpflichtung zur Förderung einer bestimmten (Landes-)Sprache und zur medialen Verbreitung eines gesetzlich fixierten „Leitkultur"-Konzepts kann nicht als eine meinungsneutrale Regelung verstanden werden, die dem Schutz eines gegenüber der Meinungsfreiheit vorrangigen sonstigen Rechtsguts dient. Die Vorschrift ist vielmehr darauf gerichtet, den in Art. 4 Abs. 1 BayIntG enthaltenen deskriptiven Aussagen und den

in der Präambel des Bayerischen Integrationsgesetzes niedergelegten Programmsätzen in der Medienöffentlichkeit Aufmerksamkeit und Anerkennung zu verschaffen.

187 d) Aus den Verstößen gegen Art. 111 a Abs. 1 Satz 1 und Art. 110 Abs. 1 Satz 1 BV folgt die Nichtigkeit der betreffenden Regelungen des Art. 11 BayIntG. Davon ausgenommen ist lediglich die von der Ausgestaltungsbefugnis des Gesetzgebers nach Art. 111 a Abs. 1 Satz 3 BV gedeckte grundsätzliche Verpflichtung, in den Angeboten des Rundfunks einen Beitrag zur Vermittlung der deutschen Sprache zu leisten. Dieser von der „Leitkultur" im Sinn des Bayerischen Integrationsgesetzes unabhängige Programmgrundsatz behält seinen Sinn auch ohne die weiteren Norminhalte des Art. 11 BayIntG.

188 12. Art. 13 BayIntG („Achtung der Rechts- und Werteordnung"), wonach die Sicherheitsbehörden unter den dort genannten Voraussetzungen befugt sind, bußgeldbewehrte Verpflichtungen zur Teilnahme an einem Grundkurs über die Werte der freiheitlichen demokratischen Grundordnung auszusprechen, verstößt gegen das Grundrecht der Meinungsfreiheit (Art. 110 Abs. 1 Satz 1 BV). Für den insoweit mit der Vorschrift verbundenen Eingriff (a)) fehlt es an der erforderlichen Rechtfertigung (b)).

189 a) Art. 13 BayIntG stellt ein meinungsbeschränkendes Gesetz dar. Zwar greifen die auf der Rechtsfolgenseite vorgesehenen behördlichen Anordnungen zur Kursteilnahme und zur Zahlung einer Geldbuße vordergründig nur in die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 101 BV) der jeweiligen Adressaten ein. Darüber hinaus ergeben sich aus den Bestimmungen des Art. 13 Abs. 1 und 2 BayIntG aber auch Eingriffe in das gemäß Art. 110 Abs. 1 Satz 1 BV jedem Bewohner Bayerns zustehende Recht, seine Meinung durch Wort, Schrift, Bild oder in sonstiger Weise frei zu äußern.

190 aa) Zur Meinungsfreiheit gehört als unabdingbare Voraussetzung der Meinungsäußerungs- und Meinungsverbreitungsfreiheit die Möglichkeit, sich eine eigene Meinung frei bilden zu können (vgl. Grabenwarter in Maunz/Dürig, GG, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 75; Degenhart in Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 57 ff.; Starck/Paulus in v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Bd. 1, Art. 5 Rn. 99; Schulze-Fielitz in Dreier, Grundgesetz, Bd. 1, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 67; Krausnick in Meder/Brechmann, Die Verfassung des Freistaates Bayern, Art. 110 Rn. 2; a. A. Lüdemann, Edukatorisches Staatshandeln, 2004, S. 107). In dieses Recht auf individuelle Meinungsbildung wird unmittelbar und gezielt eingegriffen, wenn ein Grundrechtsberechtigter verpflichtet wird, sich einem staatlich veranstalteten Grundkurs nach Art. 13 Abs. 1 und 2 BayIntG zu „unterziehen". Denn dessen alleiniger Zweck besteht darin, die durch Ablehnung, Gleichgültigkeit oder Unkenntnis geprägte (bisherige) Einstellung der Kursteilnehmer gegenüber den Werten der freiheitlichen demokratischen Grundordnung zu ändern. Die mit dieser Form der Zwangsbelehrung beabsichtigte Schaffung eines „konkreten Akzeptanzdruck(s)" (LT-Drs. 17/11362 S. 22) in Bezug auf die bestehende Rechts- und Werteordnung berührt das Recht des Einzelnen, frei darüber zu entscheiden, wann, worüber und anhand welcher Informationsquellen er sich seine Meinung bilden und ob er daran festhalten will. Als Teilaspekt der grundrechtlichen Meinungsfreiheit steht dieses Recht jedermann zu, also auch denjenigen, deren Meinungen der verfassungsrechtlichen Ordnung zuwiderlaufen und das geltende politische System grundsätzlich infrage stellen (vgl. BVerfG vom 4.11.2009

BVerfGE 124, 300/320; Grabenwarter, a. a. O., Rn. 71 f.; Krausnick, a. a. O., Rn. 7). Art. 110 BV gewährleistet ebenso wie Art. 5 GG die Meinungsfreiheit als Geistesfreiheit unabhängig von der inhaltlichen Bewertung der Richtigkeit, rechtlichen Durchsetzbarkeit oder Gefährlichkeit einer Meinung (vgl. BVerfG vom 22.6.2018 NJW 2018, 2858 Rn. 24).

19 1 bb) Über die Beeinträchtigung der Meinungsbildungsfreiheit hinaus greift Art. 13 BayIntG zumindest mittelbar auch in die Meinungsäußerungsfreiheit ein. Denn deren Schutzbereich ist nicht erst dann berührt, wenn das grundrechtlich geschützte Verhalten als solches eingeschränkt oder verboten wird, sondern schon dann, wenn daran negative Konsequenzen geknüpft werden (vgl. BVerfG vom 19.5.1992 BVerfGE 86, 122/128; Krausnick, a. a. O., Art. 110 Rn. 26; Degenhart in Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 157 f.; Grabenwarter in Maunz/Dürig, GG, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 101). Dies ist bei den Eingriffsnormen des Art. 13 BayIntG der Fall. Denn danach kann zur Kursteilnahme jeder verpflichtet werden, der durch sein Verhalten die Ablehnung bestimmter Regeln, Prinzipien und Werte „zum Ausdruck bringt" (Abs. 1) oder „erkennen lässt", dass ihm diese unbekannt oder gleichgültig sind (Abs. 2). Die Anordnungsbefugnis der Behörde setzt hiernach eine – von einem normativen Leitbild abweichende – persönliche Grundeinstellung voraus, die bereits nach außen kommuniziert worden ist. Wer durch öffentliche Äußerungen oder demonstrative Handlungen seine Gegnerschaft, seine Ignoranz oder sein Desinteresse gegenüber der in Art. 13 Abs. 1 und 2 BayIntG beschriebenen Rechts- und Werteordnung bekundet, läuft Gefahr, wegen dieser negativen Haltung einen Grundkurs über die Werte der freiheitlichen demokratischen Grundordnung absolvieren zu müssen. Diese belastende Rechtsfolge ist hinreichend gewichtig, um potenziell betroffene Grundrechtsträger von der Ausübung der Meinungsäußerungsfreiheit abzuhalten. Die gesetzliche Regelung entfaltet insofern bereits aus sich heraus – ganz unabhängig von ihrer tatsächlichen Anwendung im Einzelfall – eine eingriffsgleiche Wirkung.

19 2 b) Die vorgenannten Eingriffe in die Meinungsfreiheit sind nicht gerechtfertigt. Die in Art. 13 BayIntG getroffenen Regelungen stellen zwar ein – als Grundrechtsschranke prinzipiell geeignetes – allgemeines Gesetz dar (aa)). Sie genügen aber nicht den rechtsstaatlichen Bestimmtheitsanforderungen (bb)) und erweisen sich darüber hinaus als unverhältnismäßig (cc)).

19 3 aa) Die Meinungsfreiheit nach Art. 110 Abs. 1 BV findet in gleicher Weise wie bei Art. 5 Abs. 1 GG ihre Grenze in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze. Als allgemeine Gesetze im Sinn dieses ungeschriebenen Schrankenvorbehalts können nur Vorschriften gelten, die kein Sonderrecht gegen eine bestimmte Meinung schaffen und sich nicht gegen die Äußerung der Meinung als solche richten, sondern dem Schutz eines schlechthin ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung zu schützenden Rechtsguts dienen (VerfGH vom 30.6.1977 VerfGHE 30, 78/90 m. w. N.; vgl. BVerfGE 124, 300/321 f. m. w. N). Nach der auf Art. 110 Abs. 1 BV übertragbaren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts fehlt es an der Allgemeinheit eines Gesetzes, wenn eine inhaltsbezogene Meinungsbeschränkung nicht hinreichend offen gefasst ist und sich von vornherein nur gegen bestimmte Überzeugungen, Haltungen oder Ideologien richtet. Geboten ist eine Fassung der Norm, die in rechtsstaatlicher Distanz gegenüber konkreten Auseinandersetzungen im politischen oder sonstigen Meinungskampf strikte „Blindheit" gegenüber denen gewährleistet, auf die sie angewendet werden soll; sie darf nur an dem zu

schützenden Rechtsgut ausgerichtet sein und nicht an einem Wert- oder Unwerturteil hinsichtlich konkreter Haltungen oder Gesinnungen (BVerfGE 124, 300/323 f.). Ein Indiz für Sonderrecht ist es, wenn sich eine Norm als Antwort auf einen konkreten Konflikt des aktuellen öffentlichen Meinungskampfes versteht oder anknüpfend an inhaltliche Positionen einzelner vorfindlicher Gruppierungen so formuliert ist, dass sie im Wesentlichen nur gegenüber diesen zur Anwendung kommen kann. Je mehr eine Norm so angelegt ist, dass sie absehbar allein Anhänger bestimmter politischer, religiöser oder weltanschaulicher Auffassungen trifft und somit auf den öffentlichen Meinungskampf einwirkt, desto mehr spricht dafür, dass die Schwelle zum Sonderrecht überschritten ist (BVerfGE 124, 300/324 f.).

194 Hiervon ausgehend können die Bestimmungen des Art. 13 Abs. 1 und 2 BayIntG in Anbetracht des damit verfolgten Zwecks als ein meinungsneutrales und damit allgemeines Gesetz angesehen werden. Sie sollen nach der Begründung des zugrunde liegenden Gesetzentwurfs die „allgemeine Akzeptanz der Rechtsordnung" sichern und richten sich sowohl nach ihrem Wortlaut als auch nach dem erklärten Willen des Gesetzgebers nicht nur an einzelne Bevölkerungsgruppen, sondern an jedermann (LT-Drs. 17/11362 S. 22). In der Gesetzesbegründung heißt es zwar auch, es sei eine der zentralen Integrationsvoraussetzungen, dass Migrantinnen und Migranten nicht ihre heimatlichen Rechtsvorstellungen importierten, sondern sich an den in Deutschland und Bayern geltenden Normen ausrichteten und diese als durchgängig verbindlich akzeptierten (LT-Drs. 17/11362 S. 22). Daraus kann aber nicht geschlossen werden, das Gesetz ziele von vornherein nur auf solche Personen, die infolge ihrer ausländischen Herkunft durch eine völlig andere, etwa eine islamische Rechtskultur geprägt sind. Die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 13 BayIntG sind so formuliert, dass sie jeden erfassen, der sich gegenüber der dort angesprochenen Rechts- und Werteordnung ablehnend, unwissend oder gleichgültig zeigt, ohne dass es auf die persönlichen Motive für diese Grundhaltung ankäme. Die Bestimmung ist daher nicht nur gegenüber Personen anwendbar, die den Rechtsgehorsam aus Glaubensgründen verweigern, sondern zum Beispiel auch gegenüber denjenigen, die der Bundesrepublik Deutschland und dem Freistaat Bayern aufgrund eines speziellen Geschichtsverständnisses jede staats- bzw. völkerrechtliche Legitimation absprechen.

195 bb) Die in Art. 13 Abs. 1 und 2 BayIntG getroffenen grundrechtsbeschränkenden Regelungen verstoßen aber gegen das rechtsstaatliche Gebot der Bestimmtheit von Eingriffsnormen.

196 (1) Die Bestimmtheitsanforderungen für die Anordnungsbefugnisse nach Art. 13 Abs. 1 und 2 BayIntG ergeben sich entgegen der Auffassung der Antragstellerinnen aus dem Rechtsstaatsgebot (Art. 3 Abs. 1 Satz 1 BV) und nicht aus der für Strafen und Ordnungswidrigkeiten geltenden speziellen Grundrechtsgarantie des Art. 104 Abs. 1 BV. Die von den Sicherheitsbehörden (Art. 6 LStVG) zu treffende Entscheidung über eine Verpflichtung zur Kursteilnahme stellt, anders als die nach Art. 13 Abs. 3 BayIntG mögliche Verhängung einer Geldbuße bis zur Höhe von 1.000 € (Art. 3 LStVG i. V. m. §§ 2, 17 Abs. 1 OWiG), keine Sanktion für ein rechtlich missbilligtes Verhalten dar, sondern hat nach der objektiven Zielrichtung der Norm und dem erklärten Willen des Gesetzgebers (LT-Drs. 17/11362 S. 22) rein präventiven Charakter. Sie ist somit dem Sicherheitsrecht zuzurechnen, dessen Vorschriften den allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätzen der Normbestimmtheit genügen müssen.

197 Das aus Art. 3 Abs. 1 Satz 1 BV folgende Bestimmtheitsgebot verpflichtet den Normgeber, seine Vorschriften so zu fassen, dass sie den Anforderungen der Klarheit und Justiziabilität entsprechen. Gesetze müssen so formuliert sein, dass die davon Betroffenen die Rechtslage erkennen und ihr Verhalten danach einrichten können. Die Gerichte müssen in der Lage sein, die Anwendung der betreffenden Rechtsvorschrift durch die Verwaltung zu kontrollieren. Der Gesetzgeber darf zwar auch unbestimmte Rechtsbegriffe verwenden, muss aber seine Regelungen so bestimmt fassen, wie dies nach der Eigenart des zu ordnenden Lebenssachverhalts und mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist (vgl. VerfGHE 68, 198 Rn. 232 m. w. N.). Mithilfe der üblichen Auslegungsmethoden, insbesondere durch Heranziehung anderer Vorschriften desselben Gesetzes, durch Berücksichtigung des Normzusammenhangs oder aufgrund einer gefestigten Rechtsprechung, muss sich eine zuverlässige Grundlage für die Auslegung und Anwendung der Vorschrift gewinnen lassen (VerfGH vom 13.3.2012 VerfGHE 65, 61/69).

198 (2) Diesen Anforderungen werden die in Art. 13 Abs. 1 und 2 BayIntG normierten Tatbestandsvoraussetzungen nicht gerecht. Sie lassen zwar erkennen, um welche Schutzgüter es dem Gesetzgeber geht ((a)). Den Bestimmungen kann aber nicht mit hinreichender Klarheit entnommen werden, welches individuelle Verhalten vorliegen muss, damit die Sicherheitsbehörden von ihrer Eingriffsbefugnis Gebrauch machen können ((b)).

199 (a) Worin die in der amtlichen Überschrift als Schutzobjekt genannte „Rechts- und Werteordnung" besteht, lässt sich durch Auslegung ermitteln. Dieses Begriffspaar soll nicht besagen, dass es neben der Rechtsordnung einen in gleicher Weise allgemeinverbindlichen Kodex von moralischen Werten etwa im Sinn der in der Präambel proklamierten „Leitkultur" gebe. Der Gesetzgeber fasst damit vielmehr die in den beiden Sätzen des Art. 13 Abs. 1 BayIntG angeführten unterschiedlichen Rechtsnormen und Verfassungsprinzipien unter einem Oberbegriff zusammen. Dies ergibt sich insbesondere aus der Vorschrift des Art. 13 Abs. 2 BayIntG, die mit ihrer Bezugnahme auf „die" Rechts- und Werteordnung ersichtlich an die im vorhergehenden Absatz bezeichneten Grundsätze in ihrer Gesamtheit anknüpft.

200 Welchen normativen Gehalt die in Art. 13 BayIntG genannten Elemente der Rechts- und Werteordnung im Einzelnen haben, geht aus der Vorschrift ebenfalls hinreichend bestimmt hervor. Dies gilt insbesondere für das zentrale Schutzgut der freiheitlichen demokratischen Grundordnung. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass der bayerische Gesetzgeber mit diesem Begriff, der sich vielfach auch im Grundgesetz (z. B. Art. 18 Satz 1, Art. 21 Abs. 2 GG) und im Strafgesetzbuch (z. B. § 86 Abs. 2, § 93 Abs. 2 StGB) findet, das dortige, zumeist richterrechtlich geprägte (vgl. BVerfG vom 17.1.2017 BVerfGE 144, 20 Rn. 529 ff.) und weithin uneinheitliche Normverständnis hätte zugrunde legen wollen. Was mit der freiheitlichen demokratischen Grundordnung im speziellen Sinn des Art. 13 Abs. 1 Satz 1 BayIntG gemeint ist, lässt sich vielmehr anhand der gleichlautenden Terminologie des Verfassungsschutzrechts bestimmen. In Anbetracht der kurz vor Erlass des Bayerischen Integrationsgesetzes in Kraft getretenen Verweisungsnorm des Art. 4 Abs. 1 Satz 1 BayVSG (Gesetz vom 12. Juli 2016, GVBl S. 145, BayRS 12-1-I) ist davon auszugehen, dass der Landesgesetzgeber auch bei Art. 13 BayIntG die spezifisch sicherheitsrechtliche Legaldefinition des § 4 Abs. 2 BVerfSchG im Blick hatte. Dafür spricht nicht zuletzt die explizite Erwähnung der in § 4 Abs. 2 Buchst. g BVerfSchG aufgeführten „im Grundgesetz konkretisierten

Menschenrechte" als ein besonders wichtiges Beispiel dafür, was zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung gehört.

20 1 Der mit dem Wort „insbesondere" beginnende Einschub in Art. 13 Abs. 1 Satz 1 BayIntG erwähnt mit dem Recht der Persönlichkeit auf Leben und freie Entfaltung sowie mit der Gleichberechtigung von Mann und Frau zunächst einige zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung gehörende menschenrechtliche Gewährleistungen, deren Inhalt und Bedeutung seit langem feststeht (vgl. VerfGH vom 12.12.1980 VerfGHE 33, 174/177 f.; vom 27.2.1985 VerfGHE 38, 16/21; vom 17.5.2006 VerfGHE 59, 63/74). Die gesonderte Erwähnung dieser Grundrechte macht zugleich deutlich, dass es nach der Vorstellung des Gesetzgebers für die Anwendbarkeit des Art. 13 Abs. 1 Satz 1 BayIntG genügen soll, wenn die Ablehnung auch nur einzelner Teilelemente der freiheitlichen demokratischen Grundordnung zum Ausdruck gebracht wird.

20 2 Die weiteren in Art. 13 Abs. 1 Satz 2 BayIntG aufgeführten Schutzgüter sind ebenfalls im Wege der Auslegung bestimmbar. Der rechtliche Aussagegehalt des aus der Staatssoziologie stammenden Begriffs des staatlichen Gewaltmonopols ist in der Verfassungsrechtsprechung geklärt (vgl. BVerfG vom 25.2.1987 BVerfGE 74, 257/261 f.; BVerfGE 144, 20 Rn. 547). Das Gleiche gilt für das im Grundgesetz und in der Bayerischen Verfassung angelegte „Verhältnis von Religion und Staat", das eine kategoriale Unterscheidung dieser beiden Sphären bereits sprachlogisch voraussetzt und zu dem vor allem die staatliche Verpflichtung zu weltanschaulich-religiöser Neutralität gehört (BVerfG vom 27.6.2017 NVwZ 2017, 1128 Rn. 47 f.; VerfGH vom 14.3.2019 BayVBl 2019, 442 Rn. 29). Mit der Hervorhebung der gewaltlosen Erziehung von Kindern und des Schutzes von Minderjährigen verweist der Gesetzgeber auf die entsprechenden Verfassungsgebote, die in einer Reihe von Rechtsvorschriften Ausdruck gefunden haben (z. B. § 1631 Abs. 2 BGB, Art. 126 Abs. 3 BV). Die abschließend genannte „Beachtung des deutschen Straf-, Ehe- und Familienrechts" kann sich schon dem Gesetzeswortlaut nach nicht auf konkrete Einzelbestimmungen dieser Rechtsgebiete beziehen, sondern nur auf die prinzipielle Anerkennung des den Legislativorganen der Bundesrepublik Deutschland insoweit zustehenden staatlichen Regelungsanspruchs, der nicht durch die (auch nur partielle) Unterwerfung unter eine fremd- bzw. nichtstaatliche (Ersatz-)Rechtsordnung und eine zugehörige Paralleljustiz in Zweifel gezogen werden darf.

20 3 (b) Die Frage, welche individuellen Verhaltensweisen es rechtfertigen können, die betreffenden Personen zur Teilnahme an einem Grundkurs über die Werte der freiheitlichen demokratischen Grundordnung zu verpflichten, lässt sich hingegen mit den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung nicht eindeutig beantworten; der genaue Norminhalt bleibt insoweit in der Schwebe.

20 4 Die Handlungen, aus denen sich eine Ablehnung, Unkenntnis oder Gleichgültigkeit bezüglich der Rechts- und Werteordnung oder einzelner ihrer Elemente ergeben kann, werden in Art. 13 BayIntG in so unspezifischer Weise beschrieben, dass grundsätzlich jedem „nach außen gerichtete(n) Verhalten" (Art. 13 Abs. 1 Satz 1 BayIntG) ein entsprechender Aussagegehalt beigemessen werden kann. Unklar ist dabei vor allem, ob mit dem – in Gesetzestexten ungebräuchlichen – Begriff des „Regelverstoßes" nur eine Verletzung rechtlicher Regelungen gemeint ist oder ob dieses Tatbestandsmerkmal auch eine Missachtung ungeschriebener sozialer Normen erfasst, wie sie etwa im sicherheitsrechtlichen Schutzgut der öffentlichen

Ordnung enthalten sind (vgl. dazu BVerfG vom 19.12.2007 NVwZ 2008, 671 Rn. 27 m. w. N.) oder sich aus allgemein anerkannten Gebräuchen ergeben können.

20 5 Zwar legt das in Art. 13 Abs. 2 BayIntG enthaltene Nebeneinander von „schwerwiegende(n) Regelverstöße(n) oder sonst ... offenkundig rechtswidrige(m) Verhalten" den Schluss nahe, dass die Vorschrift ausschließlich auf Personen abzielt, die gegen Rechtsnormen verstoßen haben. Bei diesem Verständnis bedürfte es jedoch in Art. 13 Abs. 1 Satz 1 BayIntG neben den dort ebenfalls angeführten „Regelverstößen" nicht mehr des weitgefassten Auffangtatbestands eines „sonst ... nach außen gerichtete(n) Verhalten(s)", da dieses wiederum nur in der Begehung eines Rechtsverstoßes bestehen könnte. Der darin liegende Normwiderspruch lässt sich auch nicht mithilfe der Gesetzesbegründung auflösen. Denn während dort einige Passagen darauf hindeuten, dass der Gesetzgeber ausschließlich an vorangegangenes rechtswidriges Handeln anknüpfen wollte (LT-Drs. 17/11362 S. 22: „Missachtung der Rechtsordnung"), ist zugleich die Rede davon, dass sich etwa die Ablehnung des staatlichen Gewaltmonopols in grob ungebührlichem Verhalten gegenüber Einsatzkräften äußern könne (LT-Drs., a. a. O.), womit nach gängigem Verständnis nicht zwingend eine rechtswidrige Tat verbunden sein muss (vgl. bereits RG vom 12.11.1901 RGSt 34, 425/426).

20 6 Die üblichen Auslegungsmethoden führen somit in Bezug auf den sachlichen Anwendungsbereich des Art. 13 BayIntG nicht zu einem klaren und eindeutigen Ergebnis. Für einen möglichen Normbetroffenen, der die beschriebene Rechts- und Werteordnung innerlich ablehnt oder ihr gleichgültig gegenübersteht, bedeutet dies eine erhebliche Rechtsunsicherheit. Denn für ihn ist im Vorhinein nicht erkennbar, ob er sich bei öffentlichen Äußerungen und bei seinem sonstigen (als Meinungskundgabe zu verstehenden) Verhalten nur an das geltende Recht halten muss, um das Risiko einer Verpflichtung zur Kursteilnahme zu vermeiden, oder ob er auch schon bei erlaubtem Handeln darauf achten muss, keinen Anlass für ein sicherheitsbehördliches Einschreiten zu bieten. In dieser durch die offene Formulierung der Vorschrift hervorgerufenen Ungewissheit liegt ein Verstoß gegen das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot, der den Eingriff in die Meinungsfreiheit rechtswidrig macht.

20 7 cc) Die Regelungen des Art. 13 Abs. 1 und 2 BayIntG sind zudem unvereinbar mit dem auch den Gesetzgeber bindenden Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Art. 3 Abs. 1 Satz 1 BV).

20 8 (1) Nicht unproblematisch ist bereits die Frage, ob die vom Gesetzgeber verfolgte Absicht, zugunsten der in Deutschland und in Bayern geltenden Rechts- und Werteordnung einen „konkreten Akzeptanzdruck zu schaffen" (LT-Drs. 17/11362 S. 22), einen verfassungsrechtlich legitimen Zweck bildet. Denn mit den Regelungen des Art. 13 BayIntG soll nicht lediglich auf ein rechtskonformes äußeres Verhalten hingewirkt, sondern in erster Linie gezielt auf das Wertesystem und damit auf die innere Einstellung der Normadressaten Einfluss genommen werden. Wer die freiheitliche demokratische Grundordnung oder andere in Art. 13 Abs. 1 BayIntG aufgeführte Normen und Verfassungsprinzipien aus persönlicher Überzeugung ablehnt oder ignoriert, kann von der Sicherheitsbehörde, wie es in der Gesetzesbegründung heißt, „zu einer entsprechenden Belehrung vorgeladen werden" (LT-Drs. 17/11362 S. 22).

20 9 Inwieweit es den staatlichen Organen in einer freiheitlichen Rechtsordnung erlaubt werden darf, auf die Wertvorstellungen einzelner Grundrechtsträger unmittelbar

korrigierend Einfluss zu nehmen, um einem (möglichen) sozialschädlichen Verhalten entgegenzutreten, ist verfassungsrechtlich bisher nicht abschließend geklärt (vgl. allgemein Lüdemann, Edukatorisches Staatshandeln, S. 102 ff.; Kolbe, Freiheitsschutz vor staatlicher Gesundheitssteuerung, 2017, S. 215 ff.). Fest steht jedenfalls, dass es dem Staat verwehrt ist, seine Bürger mittels freiheitsentziehender Maßnahmen moralisch zu „bessern" (BVerfG vom 18.7.1967 BVerfGE 22, 180/219 f.), und dass die Bürger rechtlich nicht gehalten sind, die der Verfassung zugrunde liegenden Wertsetzungen persönlich zu teilen (BVerfGE 124, 300/320, 331 ff. m. w. N.). Dies schließt allerdings nicht aus, dass durch staatliches Handeln versucht wird, einen – möglichst breiten – gesellschaftlichen Konsens über grundlegende Wertvorstellungen herbeizuführen und so der in der Verfassung angelegten objektiven Wertordnung tatsächliche Geltung zu verschaffen (näher Volkmann, Darf der Staat seine Bürger erziehen?, 2012, S. 17 ff.; vgl. auch v. Bogdan-dy, VVDStRL 62 (2003), 156/184; Gramm, NJW 1989, 2917/2924 f.). Das gilt nicht allein für den schulischen Bereich, in dem der staatliche Bildungs- und Erziehungsauftrag (Art. 131 BV, Art. 6 Abs. 2 GG) das Recht umfasst, den Kindern und Jugendlichen die für das gesellschaftliche Zusammenleben notwendige soziale und staatsbürgerliche Kompetenz zu vermitteln (dazu BVerfG vom 15.3.2007 NVwZ 2008, 72/73 f.). Auch darüber hinaus kann es dem Staat jedenfalls nicht generell verwehrt sein, die für die Akzeptanz des demokratischen Rechtsstaates unabdingbaren Basiswerte und Grundhaltungen – unter Wahrung parteipolitischer Neutralität (VerfGH vom 27.5.1981 VerfGHE 34, 82/99; BVerfG vom 27.2.2018 BVerfGE 148, 11 Rn. 58 ff.) – aktiv zu propagieren und damit gleichsam verfassungsedukatorische Ziele zu verfolgen (Volkmann, a. a. O., S. 37 ff.; vgl. auch Uhle in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 3. Aufl. 2006, § 82 Rn. 62 f.; Kluth in Uhle, Migration und Integration, 2017, S. 89/104 f., 111).

210 Die staatlichen Bemühungen um eine (Re-)Sozialisierung und (Um-)Erziehung stoßen allerdings spätestens dann an grundrechtliche Grenzen, wenn die angestrebte Änderung bestehender Einstellungen nur durch die Abwendung von einer bisher gehegten Glaubensüberzeugung oder Weltanschauung erfolgen könnte (vgl. Volkmann, a. a. O., S. 19 f.). In diesen Fällen steht die aus Art. 107 Abs. 1 BV und Art. 4 Abs. 1 GG folgende strikte Neutralitätspflicht des Staates (vgl. dazu BVerfG vom 19.12.2000 BVerfGE 102, 370/394 f.) jeder Form der beabsichtigten mentalen Beeinflussung der Grundrechtsträger entgegen. Dass das Gleiche auch in Bezug auf solche Überzeugungen gelten müsste, die lediglich durch die Freiheit der Meinungsbildung oder durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht geschützt sind (vgl. zu letzterem mit Blick auf die kulturelle Identität von Ausländern BVerfG vom 12.5.1987 BVerfGE 76, 1/53; Böhm, ZAR 2017, 208/211; s. auch Lüdemann, a. a. O., S. 111), lässt sich hingegen schwerlich begründen. Ein absolut geschützter Kernbereich der inneren „Einstellungsfreiheit" ist allenfalls gegenüber unmittelbar bewusstseinsverändernden Maßnahmen anzuerkennen (vgl. Lüdemann, a. a. O., S. 112 f.; Kolbe, a. a. O., S. 218 ff.). Ob auch sonstige gezielte Einwirkungen des Staates auf den Prozess der persönlichen Meinungs- und Überzeugungsbildung grundrechtlich zulässig sind, kann nur im jeweiligen Einzelfall anhand der Maßstäbe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes beurteilt werden (ebenso Volkmann, a. a. O., S. 20 f. m. w. N.; vgl. auch Thym, VVDStRL 76 (2017), 169/200 mit Fn. 172).

21 (2) Auch wenn hiernach anzunehmen ist, dass der Gesetzgeber mit der auf einen

1 Wandel der inneren Einstellung gerichteten Bestimmung des Art. 13 BayIntG ein grundsätzlich zulässiges Ziel verfolgt, erweist sich die Regelung im Ergebnis als unverhältnismäßig.

21 2 (a) Keine Bedenken bestehen allerdings gegen die prinzipielle Eignung und Erforderlichkeit der bußgeldbewehrten (Art. 13 Abs. 3 BayIntG) und gegebenenfalls mit Zwangsmitteln durchsetzbaren (Art. 29 ff. VwZVG) Teilnahmeverpflichtung nach Art. 13 Abs. 1 und 2 BayIntG. Bei solchen zu Präventionszwecken erlassenen Regelungen verfügt der parlamentarische Gesetzgeber über einen weiten Beurteilungs- und Prognosespielraum. Dessen fachbezogene Erwägungen kann der Verfassungsgerichtshof nur daraufhin überprüfen, ob sie offensichtlich fehlerhaft oder eindeutig widerlegbar sind; er kann nicht seine eigenen Wertungen und Einschätzungen an die Stelle derjenigen des Gesetzgebers setzen (VerfGHE 68, 198 Rn. 178 m. w. N.).

21 3 Die der Vorschrift des Art. 13 BayIntG zugrunde liegende Annahme, durch eine amtliche Belehrung über die Werte der freiheitlichen demokratischen Grundordnung könne nicht nur einer etwaigen Unkenntnis, sondern auch einer beharrlich zum Ausdruck gebrachten Ablehnung (Art. 13 Abs. 1 BayIntG) oder einer offenkundigen Gleichgültigkeit (Art. 13 Abs. 2 BayIntG) bezüglich der bestehenden Rechts- und Werteordnung durch gezielte Überzeugungsarbeit entgegengewirkt werden, ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Es existiert kein empirisch gesicherter Erfahrungssatz dergestalt, dass sich die (unfreiwilligen) Teilnehmer an einem derartigen Grundkurs durch die dargebotenen Informationen keinesfalls zu einer Änderung ihrer Haltung bewegen ließen. Der Gesetzgeber durfte daher im Rahmen seiner Einschätzungsprärogative annehmen, dass die negative Einstellung in nicht wenigen Fällen auf einem unzureichenden Informationsstand beruht und durch ein eindringliches Vermitteln der in Art. 13 Abs. 1 BayIntG genannten Verfassungswerte korrigiert werden kann. Dass sich der gleiche Erfolg bereits durch ein milderes Mittel bzw. eine grundrechtsschonendere Ausgestaltung der Regelung, wie etwa den Verzicht auf die in Art. 13 Abs. 3 BayIntG vorgesehene Sanktionsmöglichkeit, erreichen ließe, ist nicht erkennbar.

21 4 (b) Art. 13 BayIntG erweist sich aber als unverhältnismäßig im engeren Sinn, da der damit verbundene Eingriff in die Meinungsfreiheit nicht in angemessenem Verhältnis zu dem verfolgten Regelungszweck steht.

21 5 Um dem Erfordernis der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn zu entsprechen, muss bei der erforderlichen Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs einerseits sowie dem Gewicht und der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe andererseits die Grenze der Zumutbarkeit gewahrt bleiben; die Maßnahme darf den Betroffenen nicht übermäßig belasten (vgl. VerfGH vom 19.10.2017 BayVBl 2018, 667 Rn. 62 m. w. N.). Dies ist hier jedoch der Fall.

21 6 Art. 13 BayIntG greift in gravierender Weise in die nach Art. 110 Abs. 1 Satz 1 BV geschützte Freiheit der Meinungsbildung und Meinungsäußerung ein. Die Verpflichtung zur Kursteilnahme zielt – anders als der verfassungsrechtlich unbedenkliche (vgl. BVerfG vom 23.5.1967 BVerfGE 22, 21/26 f.) Verkehrsunterricht nach § 48 StVO – nicht vorrangig auf die Vermeidung eines befürchteten (erneuten) Fehlverhaltens, sondern auf einen generellen Gesinnungswandel hin zu einer positiveren Haltung gegenüber den Werten der freiheitlichen demokratischen Grundordnung. Die Einstellung des Einzelnen gegenüber diesen für das Staat-Bürger-Verhältnis grundlegenden Werten bildet

typischerweise ein identitätsprägendes Persönlichkeitsmerkmal. Die mit Art. 13 BayIntG beabsichtigte geistige Einflussnahme auf dieses forum internum greift daher, auch wenn sie letztlich nur appellativen Charakter trägt, in innerpsychische Vorgänge der Meinungsbildung ein, die für das individuelle Selbstverständnis besonders bedeutsam sind. Darüber hinaus liegt in der Vorschrift ein gewichtiger faktischer Eingriff in das Recht, seine Meinung frei äußern zu können. Denn schon das Wissen um die Existenz einer sicherheitsrechtlichen Befugnisnorm, die an die Bekundung bestimmter Meinungsinhalte anknüpft, kann den einzelnen Grundrechtsträger hindern, seine Ansichten zu den betreffenden Themen unbefangen preiszugeben.

217 Die Gründe, die sich zur Rechtfertigung des Art. 13 BayIntG anführen lassen, haben demgegenüber aus verfassungsrechtlicher Sicht ein deutlich geringeres Gewicht. Dem Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung und der weiteren in Art. 13 Abs. 1 Satz 2 BayIntG genannten Rechtsgüter kommt zwar allgemein eine hohe Bedeutung zu. Grundrechtsbeschränkungen lassen sich durch diesen Schutzzweck aber nur legitimieren, wenn ein Grad an Gefährdung vorliegt, der den Eingriff als angemessene, für den Betroffenen zumutbare Reaktion erscheinen lässt. Dies ist bei der Vorschrift des Art. 13 BayIntG nicht der Fall. Denn die Regelung ermöglicht ein Einschreiten nicht nur „im Vorfeld strafrechtlicher Relevanz" (so LT-Drs. 17/11362 S. 22), sondern auch weit unterhalb der Schwelle einer konkreten Gefahr für die Verfassungs- bzw. Rechtsordnung.

218 Im Unterschied zu der im Polizeirecht anerkannten, ebenfalls als faktischer Grundrechtseingriff zu qualifizierenden sogenannten Gefährderansprache, mit der ein potenzieller Gefahrenverursacher zur Unterlassung einer befürchteten Störung in einem konkreten Fall ermahnt wird (vgl. dazu Kreuter-Kirchhof, AöR 139 (2014), 257/278; Graulich in Bäcker/Denninger/Graulich, Handbuch des Polizeirechts, 6. Aufl. 2018, Abschnitt E Rn. 229 ff. m. w. N.), setzt das Einschreiten nach Art. 13 Abs. 1 und 2 BayIntG keine personen- und rechtsgutbezogene Gefahrenprognose voraus. Von den Personen, die nach Art. 13 BayIntG verpflichtet werden können, muss nach der Konzeption des Gesetzes keine auch nur entfernte individuelle Gefahr für die verfassungsmäßige Ordnung oder ein anderes hochrangiges Schutzgut ausgehen. Schon ihre in Regelverstößen oder sonstigem Verhalten zum Ausdruck kommende Ablehnung, Unkenntnis oder Gleichgültigkeit gegenüber der bestehenden Rechts- und Werteordnung soll vielmehr genügen, um ihnen die Teilnahmepflicht auferlegen zu können.

219 Der für Art. 110 Abs. 1 BV wie auch für Art. 5 Abs. 1 und 2 GG geltende Vorbehalt der allgemeinen Gesetze erlaubt jedoch nicht den staatlichen Zugriff auf die Gesinnung, sondern ermächtigt erst dann zu Eingriffen, wenn Meinungsäußerungen die rein geistige Sphäre des Für-richtig-Haltens verlassen und in Rechtsgutverletzungen oder erkennbar in Gefährdungslagen umschlagen (BVerfGE 124, 300/ 330). Dies ist insbesondere anzunehmen, wenn sie den öffentlichen Frieden als Friedlichkeit der öffentlichen Auseinandersetzung gefährden und so den Übergang zu Aggression oder Rechtsbruch markieren (vgl. BVerfG NJW 2018, 2858 Rn. 24). Von einer solchen sich konkret abzeichnenden Gefahr für die verfassungsmäßige Ordnung oder einzelne Rechtsgüter kann in den von Art. 13 BayIntG erfassten Fällen noch keine Rede sein. Die bloß allgemeine Befürchtung, eine von einzelnen Personen durch Worte oder Taten zum Ausdruck gebrachte Missachtung der geltenden Rechts- und Werteordnung oder einzelner ihrer

Elemente könne irgendwann einmal in verfassungsfeindlichen oder allgemein rechtsstaatswidrigen Aktivitäten ihren Niederschlag finden, rechtfertigt keine schwerwiegenden Eingriffe in das Grundrecht der Meinungsfreiheit.

220 Der Anwendungsbereich des Art. 13 BayIntG kann auch nicht mittels einer verfassungskonformen Auslegung auf die Fälle beschränkt werden, in denen sich aus dem Verhalten der Normbetroffenen bereits eine konkrete Gefährdung eines Verfassungs- oder sonstigen Rechtsguts ergibt. Dies widerspräche der im Wortlaut der Vorschrift wie auch in der amtlichen Begründung zum Ausdruck kommenden Absicht des Gesetzgebers, ein sicherheitsbehördliches Eingreifen schon bei fehlender Akzeptanz der in Art. 13 Abs. 1 BayIntG genannten Grundwerte zu erlauben. Ein Normverständnis, das mit dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers unvereinbar ist, kann im Wege der verfassungskonformen Auslegung nicht begründet werden (vgl. VerfGH vom 4.11.1968 VerfGHE 21, 192/196; BVerfG vom 22.3.2018 BVerfGE 148, 69 Rn. 150 m. w. N). Das muss in besonderer Weise für Vorschriften wie Art. 13 BayIntG gelten, denen unabhängig von ihrer – möglicherweise nur zurückhaltend erfolgenden – tatsächlichen Anwendung (vgl. dazu LT-Drs. 18/1602) eine indirekt verhaltenssteuernde Wirkung in Bezug auf die Ausübung von Grundrechten zukommt.

221 c) Die fehlende Bestimmtheit der die Meinungsfreiheit beschränkenden Regelungen in Art. 13 Abs. 1 und 2 BayIntG sowie deren Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit haben zur Folge, dass neben diesen beiden Bestimmungen auch die darauf bezogene Sanktionsnorm des Art. 13 Abs. 3 BayIntG für verfassungswidrig zu erklären ist. Gleiches gilt für die von den Antragstellerinnen nicht angegriffene Vorschrift des Art. 12 Abs. 3 BayIntG, die als Tatbestandsvoraussetzung auf die Fälle des Art. 13 Abs. 3 BayIntG verweist. Insoweit kann auf die Ausführungen zu Art. 14 Abs. 2 BayIntG Bezug genommen werden (s. oben V. 3. d)).

222 13. Die Verbotsnorm des Art. 14 Abs. 1 BayIntG („Unterlaufen der verfassungsmäßigen Ordnung"), die von der Kompetenzwidrigkeit der Bußgeldbestimmung des Art. 14 Abs. 2 BayIntG unberührt bleibt (s. oben V. 3. c)), ist mit der Bayerischen Verfassung vereinbar. Die mit der Vorschrift verbundenen Grundrechtseingriffe sind tatbestandlich hinreichend bestimmt (a)) und durch den damit verfolgten Schutzzweck gerechtfertigt (b)).

223 Die Vorschrift des Art. 14 Abs. 1 BayIntG greift, soweit sie in Nr. 1 ein näher bezeichnetes „Auffordern" untersagt, unmittelbar in den Schutzbereich der Meinungsäußerungsfreiheit nach Art. 110 Abs. 1 Satz 1 BV ein, während die in Nrn. 2 und 3 genannten weiteren Verbotstatbestände, die sich auf ein tatsächliches Handeln gegenüber Dritten beziehen, einen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 101 BV darstellen.

224 a) Die in Art. 14 Abs. 1 BayIntG normierten Verbote genügen den verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsanforderungen. Diese ergeben sich angesichts der Nichtigkeit der Bußgeldbestimmung des Art. 14 Abs. 2 BayIntG nicht aus der speziellen Vorschrift des Art. 104 Abs. 1 BV, sondern aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 3 Abs. 1 Satz 1 BV). Für Art. 14 Abs. 1 BayIntG gilt somit der gleiche Maßstab wie bei der ebenfalls sicherheitsrechtlich begründeten Eingriffsnorm des Art. 13 Abs. 1 und 2 BayIntG (s. oben 12. b) bb)). Danach müssen die von den gesetzlichen Verboten Betroffenen die Rechtslage erkennen und ihr Verhalten danach einrichten können, wobei der genaue Regelungsinhalt

zumindest anhand der üblichen Auslegungsmethoden mit hinreichender Sicherheit zu ermitteln sein muss.

225 aa) Gemessen an diesen Grundsätzen verstößt Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 BayIntG nicht gegen das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot. Der Inhalt der Vorschrift lässt sich mittels Auslegung mit zumutbarem Aufwand feststellen. Dies gilt nicht nur für die – ersichtlich auf die entsprechende strafrechtliche Terminologie verweisende – Handlungsform einer „öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten von Schriften" erfolgenden Aufforderung (vgl. etwa § 111 Abs. 1 StGB), sondern auch für die als Gegensatzpaar miteinander verbundenen Tatbestandsmerkmale der „geltenden verfassungsmäßigen Ordnung" und der mit deren Grundsätzen nicht zu vereinbarenden „anderen Rechtsordnung".

226 Der Begriff der verfassungsmäßigen Ordnung ist nach herrschendem Verständnis prinzipiell weiter gefasst als die – mit den Mitteln der wehrhaften Demokratie zu bewahrende – freiheitliche demokratische Grundordnung (vgl. BVerfGE 144, 20 Rn. 531). Er findet sich in einer Reihe von Bestimmungen des Sicherheitsrechts (z. B. Art. 7 Abs. 5 LStVG, Art. 11 Abs. 2 Satz 4 PAG, Art. 3 Satz 2 BayVSG) wie auch des Strafrechts (z. B. § 81 Abs. 1 Nr. 2, § 82 Abs. 1 Nr. 2, § 90 a Abs. 1 Nr. 1 StGB) und des Verfassungsrechts (z. B. Art. 2 Abs. 1, Art. 9 Abs. 2, Art. 20 Abs. 3 GG), bei deren Auslegung jeweils zu berücksichtigen ist, welche Funktion dem Begriff innerhalb der einzelnen Norm zukommt (vgl. bereits BVerfG vom 16.1.1957 BVerfGE 6, 32/38). Da die verfassungsmäßige Ordnung einen Kreis von Normen umschreibt, an die ein bestimmter Normadressat gebunden sein soll, hängt der Umfang des Normenkomplexes, dem diese Bindungswirkung zukommt, auch davon ab, um welchen Normadressaten es sich handelt (BVerfG, a. a. O.; vgl. VerfGH vom 12.6.2013 VerfGHE 66, 70/92).

227 Die an jedermann gerichtete Vorschrift des Art. 14 BayIntG soll über die in Art. 13 BayIntG genannte freiheitliche demokratische Grundordnung hinaus ganz allgemein die geltende verfassungsmäßige Ordnung schützen. Dieser Rechtsbegriff kann nach dem Normzusammenhang nur im gleichen Sinn wie bei Art. 2 Abs. 1 GG verstanden werden; er umfasst demnach die Gesamtheit der Rechtsnormen, die formell und materiell mit der Verfassung in Einklang stehen (vgl. BVerfGE 6, 32/37 f.; BVerfG vom 9.3.1994 BVerfGE 90, 145/171 f.; zu Art. 101 BV: VerfGH vom 17.7.2006 VerfGHE 59, 119/121 m. w. N.). Dieses weite Verständnis ergibt sich insbesondere aus dem im Gesetz angelegten Verhältnis zu der „anderen Rechtsordnung", auf deren Befolgung die nach Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 BayIntG verbotene Aufforderung gerichtet sein muss. Wie das Wort „andere" zeigt, muss mit der „geltende(n) verfassungsmäßige(n) Ordnung" ebenfalls eine Rechtsordnung gemeint sein, die jedoch – im Unterschied zu der „anderen Rechtsordnung" – den in der Verfassung, also im Grundgesetz und in den jeweiligen Landesverfassungen enthaltenen Vorgaben entspricht und gerade daraus ihren unbedingten Geltungsanspruch ableitet. Schutzgut des Art. 14 Abs. 1 BayIntG ist somit die allgemeine Rechtsordnung, deren Normen jeder zu beachten und zu befolgen hat. Denn eben diese auf der Verfassung beruhende Ordnung wird missachtet, wenn dazu aufgefordert wird, „stattdessen einer ... anderen Rechtsordnung zu folgen".

228 Nach dem klaren Wortlaut des Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 BayIntG ist der Tatbestand dieser Verbotsnorm nicht bereits dann erfüllt, wenn mit der Aufforderung lediglich erreicht werden soll, dass ein anderer die verfassungsmäßige Ordnung missachtet, indem er seinen Rechtspflichten nicht nachkommt. Ein Aufruf zum Ungehorsam

bzw. Widerstand gegenüber der Staatsgewalt reicht demnach für sich genommen nicht aus, auch wenn damit der Verfassung und den darauf beruhenden Gesetzen jede Legitimität abgesprochen wird. Die Anstiftung zur Nichtbeachtung der geltenden Rechtsordnung muss stets zusätzlich zum Ziel haben, dass an deren Stelle einer anderen Rechtsordnung Folge geleistet wird. Damit kann nicht eine im Bundesgebiet bereits geltende Rechtsordnung gemeint sein, da diese mit der zuvor erwähnten verfassungsmäßigen Ordnung identisch wäre. Als eine andere Rechtsordnung im Sinn von Art. 14 BayIntG kommt vielmehr jedes sonstige feststehende Regelwerk in Betracht, das nach dem erklärten Willen des Auffordernden allgemeinverbindlich sein soll. Dabei ist es unerheblich, ob die betreffenden Regeln außerhalb Deutschlands oder zu früheren Zeiten jemals als rechtsverbindliche Normen anerkannt worden sind oder etwa nur eine freiwillig befolgte soziale Konvention bzw. einen Kanon ethischer oder religiöser Gebote bilden. Auch bei der in den Gesetzmaterialien als möglicher Anwendungsfall genannten Scharia (LT-Drs. 17/11362 S. 23) kann es somit entgegen der Auffassung der Antragstellerinnen weder auf das vorherrschende (Selbst-)Verständnis unter den Gläubigen noch auf eine genauere Einordnung aus religionswissenschaftlicher Sicht ankommen. Maßgebend für die Anwendbarkeit des Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 BayIntG ist nach dem Sinn der Vorschrift allein die öffentlich verbreitete subjektive Einschätzung des Auffordernden, dass es ein gegenüber der verfassungsmäßigen Ordnung vorrangiges Ensemble von Rechtsnormen gebe, das zwingend einzuhalten sei.

229 Diese alternative Rechtsordnung darf gemäß der als Einschränkung zu verstehenden weiteren Tatbestandsvoraussetzung mit den Grundsätzen der geltenden verfassungsmäßigen Ordnung nicht zu vereinbaren sein. Dazu zählen die nach Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG auch für die Landesverfassungen verbindlichen Grundsätze des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Sinn des Grundgesetzes (vgl. BVerfG vom 17.9.2013 BVerfGE 134, 141 Rn. 104) und die in Art. 79 Abs. 3 GG umschriebenen fundamentalen Verfassungsprinzipien, insbesondere also der in Art. 1 Abs. 1 GG verankerte Grundsatz der Menschenwürde und der von ihm umfasste Kerngehalt der nachfolgenden Grundrechte (vgl. BVerfG vom 19.12.2000 BVerfGE 102, 370/392 m. w. N.). Steht die andere Rechtsordnung, zu deren Befolgung aufgefordert wird, im Widerspruch zu einem dieser Elemente, so ist der Tatbestand des Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 BayIntG erfüllt.

230 bb) Auch bei den Verbotstatbeständen des Art. 14 Abs. 1 Nrn. 2 und 3 BayIntG lässt sich der rechtliche Gehalt durch Auslegung hinreichend bestimmen. Mit der Verwendung des Verbs „unternehmen" wird auf den gleichlautenden strafrechtlichen Terminus Bezug genommen, wonach schon der Versuch einer Tat deren Vollendung gleichsteht (§ 11 Abs. 1 Nr. 6 StGB). Das in Art. 14 Abs. 1 Nr. 2 BayIntG normierte Verbot einer Unterwerfung anderer Personen erfasst jede Form von Zwang, mit dem die Anerkennung und Beachtung der anderen Rechtsordnung erreicht werden soll. Ergänzend hierzu verbietet Art. 14 Abs. 1 Nr. 3 BayIntG die faktische Durchsetzung einer solchen Ordnung durch entsprechende Vollzugs- oder Vollstreckungsmaßnahmen. Die Anwendung der Vorschrift setzt entgegen einer in der amtlichen Begründung getroffenen Aussage (LT-Drs. 17/11362 S. 23) nicht voraus, dass der zu vollstreckende oder zu vollziehende Einzelakt auch schon als solcher mit den Grundsätzen der verfassungsmäßigen Ordnung unvereinbar ist. Für

eine solche restriktive Auslegung bieten weder der Wortlaut noch die Gesetzessystematik oder die erkennbare Zielrichtung der Vorschrift hinreichende Anhaltspunkte. Anordnungen selbsternannter Sicherheitskräfte und Entscheidungen einer nicht autorisierten Paralleljustiz, die in Anwendung einer grundlegend anderen Rechtsordnung ergangen sind, dürfen somit nach Art. 14 Abs. 1 Nr. 3 BayIntG ungeachtet ihres konkreten Inhalts in keinem Fall in quasi-hoheitlicher Manier vollzogen oder mit Zwangsmitteln vollstreckt werden.

231 b) Die in Art. 14 Abs. 1 BayIntG geregelten Verbote greifen auch im Übrigen in zulässiger Weise in Grundrechte ein.

232 aa) Der mit Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 BayIntG verbundene unmittelbare Eingriff in die Freiheit der Meinungsäußerung ist gerechtfertigt. Bei dieser Verbotsnorm handelt es sich im Sinn der bundesverfassungsgerichtlichen Judikatur, die der Verfassungsgerichtshof für Art. 110 Abs. 1 Satz 1 BV übernommen hat (vgl. oben 12. b) aa)), um ein allgemeines Gesetz, das sich nicht von vornherein nur gegen bestimmte Überzeugungen, Haltungen oder Ideologien richtet, sondern an dem geschützten Rechtsgut der zu achtenden verfassungsmäßigen Ordnung ausgerichtet ist. Ungeachtet der in der Gesetzesbegründung als Beispielsfall erwähnten „Aufrufe, vorrangig der Scharia statt dem staatlichen Recht zu folgen" (LT-Drs. 17/11362 S. 23), ist die Vorschrift nicht so formuliert, dass sie im Wesentlichen nur gegenüber solchen Personen zur Anwendung kommen könnte, die eine auf dem Islam beruhende theokratische Rechtsordnung anstreben. Als eine mit den Grundsätzen der verfassungsmäßigen Ordnung nicht zu vereinbarende alternative Rechtsordnung können neben den verschiedenen Formen religiös-fundamentalistisch ausgerichteter Gesellschaftsmodelle u. a. auch die aus einer Verneinung der Existenz der Bundesrepublik Deutschland und ihrer Rechtsordnung folgenden Vorstellungen über das Fortgelten einer früheren (vorrechts-)staatlichen Ordnung angesehen werden, wie sie in der sogenannten Reichsbürgerbewegung anzutreffen sind.

233 Anders als die von Art. 13 BayIntG erfassten Meinungsäußerungen stellt das in Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 BayIntG beschriebene Verhalten nicht eine bloße Gesinnungsbekundung dar, die dem unmittelbaren staatlichen Zugriff entzogen wäre. In der gegenüber Dritten ergehenden Aufforderung, statt der bestehenden Ordnung einer anderen Rechtsordnung Folge zu leisten, liegt eine Anstiftung zum Rechtsbruch; dies kann das Vertrauen der rechtstreuen Bevölkerung in die Unverbrüchlichkeit des Rechts erschüttern, die eine Grundvoraussetzung für den Fortbestand der Rechtsordnung bildet (vgl. BVerfG vom 25.1.1984 BVerfGE 66, 116/139). Angesichts dieser naheliegenden Gefährdungslage, die sich aus dem Inhalt der betreffenden Äußerungen ergibt, kann das darauf bezogene Verbot nicht als ein unverhältnismäßiger Grundrechtseingriff angesehen werden.

234 bb) Diese verfassungsrechtliche Bewertung muss auch und erst recht für die in Art. 14 Abs. 1 Nrn. 2 und 3 BayIntG normierten Verbote gelten, die in die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 101 BV eingreifen und demzufolge einem allgemeinen Gesetzesvorbehalt unterliegen (vgl. VerfGH vom 24.5.2019 – Vf. 23-VI-17 – juris Rn. 50 m. w. N.). Die (versuchte oder vollendete) Unterwerfung anderer Personen unter eine mit der geltenden Verfassungsordnung nicht zu vereinbarende andere Rechtsordnung und deren faktische Vollziehung bzw. Vollstreckung im Einzelfall missachten das staatliche Rechtsetzungs- und Gewaltmonopol in so gravierender Weise, dass das strikte Verbot dieses Verhaltens in jedem Fall als zumutbare

Freiheitsbeschränkung betrachtet werden muss.

235 14. Die Änderungsvorschrift des Art. 17 a Abs. 1 Nr. 5 BayIntG, wonach die Polizei über den bisherigen Anwendungsbereich des Art. 23 Abs. 3 PAG hinaus befugt ist, zur Abwehr dringender Gefahren Wohnungen zu betreten, wenn diese als Unterkunft oder dem sonstigen, auch vorübergehenden Aufenthalt von Asylbewerbern und unerlaubt Aufhältigen dienen (Art. 23 Abs. 3 Nr. 3 PAG), ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Der darin liegende Eingriff in das Wohnungsgrundrecht ist durch den mit der Befugnisnorm verfolgten Schutzzweck gerechtfertigt.

236 Das nach Art. 106 Abs. 3 BV schrankenlos gewährleistete Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung unterliegt immanenten Gewährleistungsschranken, die dem Schutz höherwertiger Rechtsgüter dienen. Eine diesbezügliche Interessen- und Güterabwägung, die auf das bayerische Verfassungsrecht übertragbar ist, enthält Art. 13 Abs. 7 (früher: Abs. 3) GG, wonach Eingriffe und Beschränkungen aufgrund eines Gesetzes zur Verhütung dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung vorgenommen werden dürfen (VerfGH vom 30.1.2006 VerfGHE 59, 23/25 f. m. w. N.).

237 Dieser ungeschriebenen verfassungsrechtlichen Anforderung an Eingriffe in die Wohnungsfreiheit wird die durch das Bayerische Integrationsgesetz neu eingefügte Bestimmung des Art. 23 Abs. 3 Nr. 3 PAG gerecht. Sie erlaubt das Betreten der von Asylbewerbern und von unerlaubt Aufhältigen (d. h. Ausreisepflichtigen) genutzten Wohnungen nicht etwa deshalb, weil bei diesem Personenkreis schon wegen der Tatsache des Wohnens ein polizeiliches Eingreifen notwendig wäre. Anders als bei der die gleichen Räumlichkeiten betreffenden Vorschrift des Art. 13 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c PAG reicht nach dem eindeutigen Wortlaut des Art. 23 Abs. 3 Nr. 3 PAG die vom Gesetzgeber vorgenommene Qualifizierung der Aufnahmeeinrichtungen und sonstigen Asylunterkünfte als sogenannte gefährliche Orte für den Grundrechtseingriff nicht aus (unzutreffend daher Zölls, ZAR 2018, 56/60). Die Polizei darf von der Betretungsbefugnis vielmehr nur im Einzelfall zur Abwehr dringender Gefahren Gebrauch machen. Mit diesem Tatbestandsmerkmal verweist der Gesetzgeber ausdrücklich auf die in Art. 13 Abs. 7 Alt. 2 GG genannte Eingriffsvoraussetzung. Bei deren Anwendung sind gemäß der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sowohl das Ausmaß als auch die Wahrscheinlichkeit des zu erwartenden Schadens zu berücksichtigen, sodass ein unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten hinreichend konkreter Anlass für die Eingriffsmaßnahme gewährleistet ist (BVerfG vom 20.4.2016 BVerfGE 141, 220 Rn. 184 m. w. N.).

238 Das zwingende Erfordernis einer situationsbezogenen Konkretisierung der Gefahrenlage darf in der behördlichen Vollzugspraxis nicht dadurch überspielt werden, dass bei den in Art. 23 Abs. 3 PAG genannten Wohnungen von einer (aufgrund polizeilicher Erfahrung) generell anzunehmenden dringenden Gefahr für die öffentliche Sicherheit ausgegangen wird (ebenso Schwabenbauer in Möstl/ Schwaben-bauer, BeckOK Polizei- und Sicherheitsrecht Bayern, Art. 23 PAG Rn. 90, Stand: 1.2.2019). Auch das Bedürfnis, gegenüber den Personen, die sich in einer solchen Wohnung aufhalten, die Befugnis zur Identitätsfeststellung nach Art. 13 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c PAG auszuüben, rechtfertigt allein noch nicht den Eingriff in die Unverletzlichkeit der Wohnung. Aus der ex ante-Sicht der Polizei müssen tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass durch das Betreten der Wohnung

und die dadurch unmittelbar ermöglichten Feststellungen ein andernfalls drohender erheblicher Schaden verhindert werden kann (vgl. Schwabenbauer, a. a. O., Rn. 99). Hierfür genügt auch ein auf Fakten gestützter Gefahrenverdacht, der entsprechende Sachaufklärungsmaßnahmen erfordert (vgl. Schmidbauer in Schmidbauer/Steiner, Bayerisches Polizeiaufgabengesetz und Bayerisches Polizeiorganisationsgesetz, 4. Aufl. 2014, Art. 23 PAG Rn. 39). Dies kann beispielsweise der Fall sein, wenn die Polizei ernstzunehmende Hinweise erhält, dass sich eine untergebrachte Person im Hinblick auf terroristische Bestrebungen zunehmend radikalisiert oder dass innerhalb einer Unterkunft bzw. zwischen deren Bewohnern und der Nachbarschaft gravierende Konflikte entstanden sind, die sich in gewalttätigen Auseinandersetzungen entladen können (vgl. Schwabenbauer, a. a. O., Rn. 117; insoweit zustimmend Zölls, ZAR 2018, 56/61). Das Abwehren einer solchen dringenden Gefahr kann sowohl im Unterbinden von bereits stattfindenden schädigenden Handlungen bestehen als auch im Verhüten entsprechender Taten, die zwar noch nicht begonnen haben, aber hinreichend konkret drohen (vgl. Schmidbauer, a. a. O.; Graulich in Bäcker/Denninger/Graulich, Handbuch des Polizeirechts, Abschnitt E Rn. 627).

239 15. Mit der Bayerischen Verfassung vereinbar sind auch die in Art. 17 a Abs. 7 und 8 BayIntG enthaltenen Änderungen des Gesetzes zur Sicherung der Zweckbestimmung von Sozialwohnungen in Bayern (Bayerisches Wohnungsbindungs-gesetz – BayWoBindG) und der Verordnung zur Durchführung des Wohnungsrechts und des Besonderen Städtebaurechts (Durchführungsverordnung Wohnungsrecht – DVWoR).

240 Die geänderten bzw. neu eingefügten Bestimmungen sehen vor, dass die für die Zuweisung öffentlich geförderter Wohnungen zuständigen Stellen neben der Dringlichkeit des individuellen Wohnbedarfs auch eine auf die Zusammensetzung der Wohnbevölkerung bezogene „Strukturkomponente" zu berücksichtigen haben. Mit der diesen Begriff präzisierenden Umschreibung in Art. 5 Satz 5 (seit 1. Mai 2018: Satz 4) BayWoBindG, wonach „möglichst nur Wohnungssuchende benannt werden (sollen), deren Zuzug einseitige Bewohnerstrukturen weder schafft noch verfestigt", trägt der Gesetzgeber dem Gebot der inhaltlichen Bestimmtheit (Art. 3 Abs. 1 Satz 1 BV) hinreichend Rechnung.

241 Welchen Anforderungen die Normbestimmtheit genügen muss, hängt von der Eigenart des zu ordnenden Lebenssachverhalts und von der Intensität einer möglichen Grundrechtsberührung ab (vgl. VerfGH vom 24.2.1988 VerfGHE 42, 17/24 m. w. N.). Geringere Anforderungen sind danach zu stellen, wenn vielschichtige Sachverhalte betroffen sind, bei denen sich die Verhältnisse rasch ändern können (vgl. BVerfG vom 8.8.1978 BVerfGE 49, 89/133 m. w. N.), und wenn es sich um einen Regelungsbereich handelt, der die Grundrechtsausübung weniger tangiert (vgl. BVerfG vom 3.11.1982 BVerfGE 62, 203/210 m. w. N.).

242 Hieran gemessen fehlt es den mit Art. 17 a Abs. 7 und 8 BayIntG neu geschaffenen Regelungen, nach denen einseitige Bewohnerstrukturen vermieden werden sollen, nicht an der gebotenen Bestimmtheit. Die mit der staatlichen Wohnungsbauförderung verbundenen Steuerungsinstrumente gehören zum Bereich der Leistungsverwaltung, für den der Vorbehalt des Gesetzes nicht in gleicher Weise gilt wie für die Eingriffsverwaltung (vgl. Möstl in Lindner/Möstl/Wolff, Verfassung des Freistaates Bayern, Art. 70 Rn. 6). Die bei öffentlich geförderten Wohnungen vorgesehene Beschränkung des Kreises der möglichen Mieter hat aus

grundrechtlicher Sicht nur eine vergleichsweise geringe Bedeutung. Sie greift aus den oben genannten Gründen (V. 4. b)) nicht in das Recht der Wohnungssuchenden auf Freizügigkeit ein (Art. 109 Abs. 1 BV), sondern berührt nur mittelbar deren allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 101 BV) und bringt im Übrigen die Gemeinwohlbindung des Wohnungseigentums zur Geltung (Art. 103 Abs. 2 BV).

243 Bei der von den zuständigen Stellen nach Art. 5 BayWoBindG i. V. m. § 3 DVWoR zu treffenden Entscheidung über die Benennung einzelner Wohnungssuchender, denen eine Wohnung im Sinn des Art. 1 Abs. 1 BayWoBindG überlassen werden darf, besteht ein erheblicher Ermessensspielraum, der durch ermessensbindende interne Richtlinien eingeschränkt werden kann (vgl. BayVGH vom 21.3.2013 – 12 C 13.280 – juris Rn. 12). Die in Art. 5 Satz 5 (seit 1. Mai 2018: Satz 4) BayWoBindG festgelegte, nach Art. 5 a BayWoBindG auch außerhalb der Gebiete mit erhöhtem Wohnungsbedarf geltende Verpflichtung zur Vermeidung einseitiger Bewohnerstrukturen bildet eine gesetzliche Ermessensdirektive, derzufolge es unter gewissen Umständen auch den Inhabern von Wohnberechtigungsscheinen (vgl. Art. 4 BayWoBindG) verwehrt werden soll, eine bestimmte Sozialwohnung zu belegen. Damit soll nach der Vorstellung des Gesetzgebers der Bildung von Ghettos und Parallelgesellschaften entgegengewirkt werden, wobei sich dieser Regelungszweck nach dem Gesetzeswortlaut und der amtlichen Begründung nicht allein auf migrationsbedingte Entwicklungen bezieht, sondern generell auf eine einseitige Ausrichtung von Stadtvierteln etwa im Hinblick auf die dort vertretenen Bildungs- oder Einkommensschichten (LT-Drs. 17/11362 S. 26).

244 Wann von einer zu erwartenden oder bereits bestehenden einseitigen Bewohnerstruktur gesprochen werden kann, hängt davon ab, ob und in welchem Maß sich die Einwohnerschaft in dem jeweiligen Siedlungsgebiet in soziokultureller, ökonomischer, beruflicher, altersmäßiger, ethnischer oder sonstiger Hinsicht als homogene Gruppe darstellt. Angesichts der Vielzahl nicht quantifizierbarer und sich stetig wandelnder Einflussfaktoren, die ein Wohnmilieu kennzeichnen können, lässt sich der vom Gesetzgeber aus sachlich nachvollziehbaren Erwägungen als allgemeines Integrationshemmnis angesehene Zustand der lokalen Ghettobildung kaum exakter als mit dem unbestimmten Rechtsbegriff der einseitigen Bewohnerstruktur bezeichnen. Dieser entspricht im Übrigen der bis 2001 als Vergabekriterium für Sozialwohnungen in § 2 Abs. 6 DVWoBindG in der Fassung vom 20. April 1993 (GVBl S. 271) und bis 2004 als Leitlinie der Ortsplanung in § 1 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 BauGB in der Fassung vom 8. Dezember 1986 (BGBl I S. 2191) normierten Verpflichtung zur Vermeidung einseitiger Bevölkerungsstrukturen sowie der in § 19 Abs. 3 AGG geregelten Ausnahme von den Benachteiligungsverboten nach § 19 Abs. 1 AGG, wenn eine unterschiedliche Behandlung bei der Vermietung von Wohnraum der Schaffung und Erhaltung sozial stabiler Bewohnerstrukturen und ausgewogener Siedlungsstrukturen dient. Ebenso wie bei diesen Vorschriften, deren Bestimmtheit bislang nicht infrage gestellt worden ist, lässt sich auch bei Art. 5, 5 a BayWoBindG und § 3 Abs. 3 Satz 1 DVWoR der Regelungsinhalt der auf eine ausgeglichene Zusammensetzung der Wohnbevölkerung abzielenden „Strukturkomponente" anhand des Normzusammenhangs und erkennbaren Normzwecks mit hinreichender Klarheit feststellen.

245 16. Die in Art. 17 a Abs. 9 bis 12 BayIntG getroffenen Regelungen über die Teilnahme an einem Deutsch- oder Integrationsunterricht in bestimmten staatlichen Einrichtungen verstoßen nicht gegen die Bayerische Verfassung.

24 6 a) Der persönliche Anwendungsbereich dieser Bestimmungen beschränkt sich nicht auf Personen mit Migrationshintergrund. Diese bilden zwar nach der Vorstellung des Gesetzgebers (LT-Drs. 17/11362 S. 27) den typischen Anwendungsfall der Normen, da Sprach- und Integrationsdefizite häufig auf einer im Ausland erfolgten Sozialisation beruhen. Dass Inländer von der Teilnahme am Deutsch- und Integrationsunterricht von vornherein ausgeschlossen wären, geht aber weder aus dem Gesetzeswortlaut hervor noch lässt sich dies im Wege einer systematischen oder teleologischen Auslegung begründen. Für eine solche Beschränkung spricht auch nicht der in Art. 17 a Abs. 9 bis 12 BayIntG enthaltene Verweis auf die neu eingefügte Vorschrift des Art. 40 Abs. 3 Satz 2 BayStVollzG, wonach der Integrationsunterricht den in Art. 1 BayIntG genannten Integrationszielen dient. Die in Art. 1 Satz 2 BayIntG vorgestellten Ziele treffen, wie oben dargelegt (2.), nur allgemeine Aussagen über die anzustrebende Integration von Migrantinnen und Migranten ohne eigenständigen Regelungsgehalt, die nicht an den in Art. 1 Satz 1 BayIntG umschriebenen Personenkreis adressiert sind. Sie bilden die programmatische Grundlage für die nachfolgend aufgeführten Verpflichtungen und Handlungsaufforderungen, die sich an staatliche Stellen und an die Mitglieder der Aufnahmegesellschaft ebenso richten können (Art. 1 Satz 2 Halbsatz 1 BayIntG) wie an die Migrantinnen und Migranten selbst (Art. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BayIntG). Die in Art. 40 Abs. 3 Satz 2 BayStVollzG verlangte inhaltliche Ausrichtung des Integrationsunterrichts auf die Integrationsziele des Art. 1 BayIntG umfasst demnach nicht nur die von Ausländerinnen und Ausländern geforderten eigenen Integrationsbemühungen, sondern auch die dabei von öffentlicher und privater Seite zu leistende Hilfe und Unterstützung.

24 7 b) Die in Art. 17 a Abs. 9, Abs. 10 Nr. 1 und Abs. 12 Nr. 2 BayIntG getroffenen Regelungen, nach denen Sicherungsverwahrte, volljährige Untersuchungsgefangene und Personen, die in einer Maßregelvollzugseinrichtung untergebracht sind, dazu angehalten werden sollen, freiwillig an einem in der Anstalt angebotenen Deutsch- bzw. Integrationsunterricht teilzunehmen, können schon nicht als (faktische) Eingriffe in die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 101 BV) der Betreffenden angesehen werden. Das persönliche Interesse, einer solchen Veranstaltung fernzubleiben, wird zwar vom Schutzbereich des Grundrechts umfasst. Eine Beeinträchtigung eines von Art. 101 BV geschützten Interesses kann aber nur angenommen werden, wenn der Grundrechtsberechtigte dieses Interesse, das zu realisieren er tatsächlich in der Lage und willens ist, nicht realisieren kann, weil er durch eine hoheitliche Maßnahme daran in irgendeiner Weise gehindert wird (Lindner in Lindner/Möstl/Wolff, Verfassung des Freistaates Bayern, Art. 101 Rn. 32). Davon kann hier keine Rede sein, da bei Nichtbefolgung der Empfehlung zur Kursteilnahme keine irgendwie geartete Sanktion droht. Die mit Art. 17 a Abs. 9, Abs. 10 Nr. 1 und Abs. 12 Nr. 2 BayIntG neu eingeführten Bestimmungen sind demzufolge auch nicht an dem für Eingriffsakte geltenden Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu messen.

24 8 c) Die durch Art. 17 a Abs. 10 Nr. 2 und Abs. 11 Nr. 1 BayIntG bewirkten Änderungen des Bayerischen Untersuchungshaftvollzugsgesetzes (BayUVollzG) und des Bayerischen Strafvollzugsgesetzes (BayStVollzG), aus denen sich für den betroffenen Personenkreis eine Teilnahmepflicht ergeben kann, sind ebenfalls verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

24 Nach Art. 40 Abs. 2 BayStVollzG, der für junge Untersuchungsgefangene (Art. 29

9 BayUVollzG) entsprechend gilt (Art. 33 Abs. 2 Satz 2 BayUVollzG), haben (Straf-) Gefangene an einem von der Anstalt angebotenen Deutschunterricht teilzunehmen, wenn sie der deutschen Sprache nicht ausreichend mächtig sind, um sich nach ihrer Entlassung im Alltag fließend in deutscher Sprache verständigen zu können, und wenn sie körperlich sowie geistig dazu in der Lage sind. Nach der – ebenfalls für junge Untersuchungsgefangene entsprechend anwendbaren – Vorschrift des Art. 40 Abs. 3 Satz 1 BayStVollzG haben die Gefangenen an einem von der Anstalt angebotenen Integrationsunterricht teilzunehmen, wenn sie Integrationsdefizite aufweisen und körperlich sowie geistig dazu in der Lage sind. Der Integrationsunterricht dient nach Art. 40 Abs. 3 Satz 2 BayIntG den in Art. 1 BayIntG genannten Integrationszielen.

250 Diese Bestimmungen genügen sowohl hinsichtlich der Tatbestandsvoraussetzungen als auch in Bezug auf die vorgesehenen Rechtsfolgen dem Grundsatz der Normbestimmtheit (aa)). Bei sachgerechtem Verständnis wird damit auch nicht in unverhältnismäßiger Weise in Rechte der Betroffenen eingegriffen (bb)).

251 aa) In welchen Fällen ein mangelhaftes sprachliches Kommunikationsvermögen nach Art. 40 Abs. 2 BayStVollzG als so gravierend anzusehen ist, dass die betreffende Person zur Teilnahme an einem Deutschunterricht verpflichtet werden kann, ist dem in der Vorschrift genannten Leitbild, sich im Alltag fließend in deutscher Sprache verständigen zu können, zu entnehmen. Bei der Anwendung dieses Maßstabs sind, wie der gesetzliche Hinweis auf die körperlichen und geistigen Mindestvoraussetzungen einer Kursteilnahme zeigt, die unterschiedlichen persönlichen Fähigkeiten der Gefangenen zu berücksichtigen. An diesen müssen sich notwendigerweise auch die jeweiligen Unterrichtsinhalte und pädagogischen Konzepte des Sprachkurses orientieren, sodass eine rechtssatzmäßige Präzisierung von Lernzielen und Lehrplänen nicht gefordert werden kann.

252 Auch das für die Anwendung des Art. 40 Abs. 3 Satz 1 BayStVollzG maßgebliche Kriterium, ob Strafgefangene bzw. junge Untersuchungsgefangene Integrationsdefizite aufweisen, lässt sich anhand des Regelungszusammenhangs konkretisieren. Wie sich der in Art. 40 Abs. 3 Satz 2 BayStVollzG vorgegebenen Zweckbestimmung des Integrationsunterrichts entnehmen lässt, liegt ein solches Defizit nach dem Verständnis des Gesetzgebers insbesondere dann vor, wenn die in Art. 1 BayIntG aufgeführten Integrationsziele bei dem betreffenden Gefangenen nicht erreicht worden sind (vgl. LT-Drs. 17/11362 S. 27), er also die für eine Eingliederung in die deutsche Gesellschaft notwendigen Anstrengungen nicht unternommen hat oder unternehmen will. Da Art. 40 Abs. 3 BayStVollzG nach Wortlaut und Sinn der Vorschrift nicht auf solche Ausländerinnen und Ausländer beschränkt ist, bei denen die unzureichende Integration auf der Herkunft aus einer anderen (Rechts-) Kultur beruht, kommt eine Anwendung auch bei anderen Personen infrage, die durch ein unangepasstes Verhalten zeigen, dass ihnen die bestehende gesellschaftliche Ordnung weitgehend fremd ist. Worin die zu erwartende Integrationsleistung im Einzelnen besteht, wird zwar im Gesetz nicht näher erläutert. Orientierungspunkte bieten insoweit aber das allgemeine Strafvollzugsziel, die Gefangenen zu befähigen, künftig in sozialer Verantwortung ein Leben ohne Straftaten zu führen (Art. 2 Satz 2 BayStVollzG), und der für junge Untersuchungsgefangene geltende Grundsatz eines erzieherisch gestalteten Vollzugs der Untersuchungshaft (Art. 30 Abs. 1 BayUVollzG), der eine Nachsozialisierung im Bereich von Bildung und Beschäftigung einschließt (vgl. Art.

33 Abs. 1 bis 3 BayUVollzG).

253 Ähnlich wie bei der im Aufenthaltsgesetz vorgesehenen Möglichkeit, Ausländer zur Teilnahme an einem Integrationskurs zu verpflichten, wenn sie in besonderer Weise integrationsbedürftig sind (§ 44 a Abs. 1 Nr. 3 AufenthG), lassen sich auch die in Art. 40 Abs. 3 BayStVollzG angesprochenen Integrationsdefizite angesichts der Vielzahl desintegrativer Grundhaltungen und Verhaltensweisen nicht abschließend normativ umschreiben. Im Kontext des Resozialisierungsziels des Strafvollzugs bzw. des Bildungsauftrags der Untersuchungshaft bei jungen Untersuchungsgefangenen kann das genannte Tatbestandsmerkmal aber jedenfalls nur dann als erfüllt angesehen werden, wenn eine über die konkrete Straftat bzw. den Straftatverdacht hinausgehende gravierende Fehleinstellung in Bezug auf das soziale Zusammenleben in der Gesellschaft erkennbar wird, die zumindest auch auf unzureichenden Kenntnissen über die hierzulande geltenden Grundregeln beruht und einen entsprechenden Unterricht als zielführend erscheinen lässt. Im Unterschied zu den – unzulässigerweise – auf eine Korrektur der inneren Einstellung abzielenden Grundkursen über die Rechts- und Werteordnung nach Art. 13 BayIntG steht somit beim Integrationsunterricht nach Art. 44 Abs. 3 BayStVollzG die Sachinformation über grundlegende rechtliche und gesellschaftliche Zusammenhänge im Vordergrund.

254 bb) In der Verpflichtung zur Teilnahme an einem solchen von der Anstalt angebotenen Unterricht liegt kein unverhältnismäßiger Grundrechtseingriff.

255 Die auf Art. 44 Abs. 2 und 3 BayStVollzG bzw. Art. 33 Abs. 2 Satz 2 BayUVollzG beruhenden Anordnungen zur Unterrichtsteilnahme greifen aus den oben genannten Gründen (V. 4. b)) nicht in die von Art. 102 Abs. 1 BV geschützte körperliche Fortbewegungsfreiheit, sondern lediglich in die allgemeine Handlungsfreiheit der Straf- bzw. Untersuchungsgefangenen nach Art. 101 BV ein. Sie sind ein Element des auf (Re-)Sozialisierung ausgerichteten Vollzugs der Straf- bzw. Untersuchungshaft und dienen somit einem verfassungsrechtlich legitimen Zweck. Da verpflichtende Aufforderungen nur gegenüber Personen ergehen dürfen, die zur Teilnahme an dem Sprach- oder Integrationsunterricht körperlich und geistig in der Lage, dazu aber nicht freiwillig bereit sind, bestehen an der Geeignetheit und Erforderlichkeit einer solchen Maßnahme keine Zweifel.

256 Die Verpflichtung zur Unterrichtsteilnahme stellt für die Anstaltsinsassen auch keine unzumutbare Belastung dar. Sie verlangt außer der körperlichen Anwesenheit und der prinzipiellen Bereitschaft zur Teilnahme am Unterrichtsgespräch kein sonstiges Verhalten. Anders als im Fall der verpflichtenden Integrationskurse nach § 44 a AufenthG, bei denen eine verweigerte oder erfolglose Teilnahme aufenthaltsrechtliche, kostenrechtliche und bußgeldrechtliche Folgen haben kann (§ 44 a Abs. 3, § 98 Abs. 2 Nr. 4 AufenthG), ist für die Nichtteilnahme an einem Sprach- oder Integrationsunterricht nach Art. 44 Abs. 2 und 3 BayStVollzG bzw. Art. 33 Abs. 2 Satz 2 BayUVollzG keine spezielle Sanktion vorgesehen, sodass hier allenfalls Disziplinarmaßnahmen in Betracht kommen (Art. 109 BayStVollzG, Art. 28 BayUVollzG). Da die Teilnahmeverpflichtung der Gefangenen erst entsteht, wenn die Anstalt ihnen einen Unterricht angeboten hat, kann schon durch das Absehen von einem solchen individuellen Angebot auf mögliche Härtefälle reagiert werden, in denen die Teilnahme eine unangemessene Belastung darstellen würde. Die gesetzliche Regelung bietet damit ausreichenden Spielraum für einen dem Übermaßverbot Rechnung tragenden grundrechtsschonenden Verwaltungsvollzug.

VII.

25 7 Die Verfahren sind kostenfrei (Art. 27 Abs. 1 Satz 1 VfGHG). Es ist angemessen, der Antragstellerin im Verfahren Vf. 6-VIII-17 die Hälfte und der Antragstellerin im Verfahren Vf. 7-VIII-17 ein Viertel der durch das jeweilige Verfahren entstandenen notwendigen Auslagen aus der Staatskasse zu erstatten (Art. 27 Abs. 5 VfGHG).

Zitiervorschlag:
BayVerfGH Entscheidung v. 3.12.2019 – Vf. 7-VIII-17, BeckRS 2019, 33112

BeckRS 2019, 47867

BFH (I. Senat), Urteil vom 27.11.2019 – I R 40/19 (I R 14/16)

Titel:
Verzicht auf Darlehenszinsen in grenzüberschreitenden Dreieckskonstellationen
Normenketten:
AStG § 1 Abs. 1, Abs. 4, § 21 Abs. 11 S. 1
KStG § 8 Abs. 3 S. 2
EStG § 6 Abs. 6 S. 2
EG Art. 43
AEUV Art. 49
Amtliche Leitsätze:
1. Für das Vorliegen einer Geschäftsbeziehung i.S. des § 1 Abs. 4 AStG kommt es seit der Neufassung durch das Steuervergünstigungsabbaugesetz nicht mehr darauf an, ob die Darlehensnehmerin ihre unternehmerische Funktion mangels Eigenkapitalausstattung nicht erfüllen könnte.
2. Wird die Einkünftekorrektur nach § 1 Abs. 1 AStG auf einen Zinsverzicht gegenüber einer ausländischen Darlehensnehmerin gestützt, muss dem Steuerpflichtigen die Möglichkeit eingeräumt werden, den Nachweis für etwaige wirtschaftliche Gründe für den Abschluss des (nicht fremdüblichen) Geschäfts zu erbringen (EuGH-Urteil Hornbach-Baumarkt vom 31.05.2018 - C-382/16, ECLI:EU:C:2018:366, HFR 2018, 580). Diese Prüfung ist den nationalen Gerichten vorbehalten und vorrangig Aufgabe der Finanzgerichte.
3. Die Bestimmungen des Unionsrechts sind vom Zeitpunkt des Beitritts eines Mitgliedstaats an verbindlich, so dass sie für zukünftige Auswirkungen vor dem Beitritt entstandener Sachverhalte gelten; demgegenüber entfalten diese keine "Vorwirkung" für vor dem Beitritt bereits abgeschlossene Sachverhalte.
4. Aus der Formulierung "unbeschadet anderer Vorschriften" in § 1 Abs. 1 AStG ergibt sich kein Vorrang des § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG. Beide Vorschriften überlagern einander vielmehr in dem Sinne, dass sich eine Gewinnkorrektur nach der einen Vorschrift erübrigt, wenn sie bereits nach der anderen vollzogen wurde. Soweit die Rechtsfolgen der beiden Vorschriften nicht voneinander abweichen, kann der Rechtsanwender wählen, welche von ihnen er vorrangig prüft.
Rechtsgebiete:
Körperschaftsteuer/Umwandlungsteuer, Europarecht, ausl. Recht, Völkerrecht, Verfahrensrecht (AO/FGO/Gemeinnützigkeitsrecht)
Schlagworte:

Außensteuer, Einkünftekorrektur, Geschäftsbeziehung

vorgehend:

FG Sachsen, Urteil vom 26.01.2016 - 3 K 653/11 (Rechtskraft: unbekannt)

Fundstellen:

BB 2020, 2528
BFH/NV 2020, 1307
BFHE 268, 1
BStBl. II 2024, 670
DB 2020, 2160
DStR 2020, 2012
DStRE 2020, 1207 (Ls.)
EStB 2020, 476 (Ls. m. Anm. Dr. Karl-Heinz Günther)
FR 2020, 1106 (m. Anm. Michael Kempermann)
GmbHR 2021, 40
GmbH-StB 2020, 350 (m. Anm. Dr. Martin Weiss)
GmbH-Stpr 2020, 377
HFR 2020, 987
IStR 2020, 840
LSK 2019, 47867
NWB 2020, 2797 (m. Anm. Klaus Korn)
RiW 2020, 713
StEd 2020, 593 (Ls.)
StuB 2020, 772 (Ls.)

Entscheidungsbesprechungen:

IStR 2020, 821
FR 2021, 145
NWB 2020, 3168
DStR 2021, 65
DStRK 2020, 295

ECLI:

ECLI:DE:BFH:2019:U.271119.IR40.19.0

Rechtskraft:

rechtskräftig

Text1

Bundesfinanzhof
BFH, Urteil vom 27.11.2019 - I R 40/19
Vorinstanz: Sächsisches FG, Urteil vom 26.01.2016 - 3 K 653/11

Tenor:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Sächsischen Finanzgerichts vom 26.01.2016 - 3 K 653/11 aufgehoben.
Die Sache wird an das Sächsische Finanzgericht zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen.
Diesem wird die Entscheidung über die Kosten des Verfahrens übertragen.

Tatbestand:

I.

1 Die Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin), eine inländische GmbH, war in den Jahren 2003 und 2004 (Streitjahre) Alleingesellschafterin und zugleich Organträgerin der A GmbH mit Sitz im Inland; daneben war sie Alleingesellschafterin der C s.r.o. mit Sitz in der Tschechischen Republik.

2 Zur Finanzierung eines Grundstückskaufs und zur Erschließung eines Grundstücks gewährten sowohl die Klägerin als auch die A GmbH der C s.r.o. Darlehen mit einer Laufzeit von zehn Jahren und einer Verzinsung von 6,3% p.a. Sämtliche Darlehen wurden durch Erklärung vom 18.09.2003 rückwirkend ab dem 01.01.2003 sowie für die Zukunft zinsfrei gestellt. Das ursprünglich zuständige Finanzamt X rechnete in den Streitjahren Zinseinnahmen in Höhe von jeweils 6,3% außerbilanziell wieder hinzu.

3 Die Klage hatte keinen Erfolg (Sächsisches Finanzgericht - FG -, Urteil vom 26.01.2016 - 3 K 653/11, Entscheidungen der Finanzgerichte 2016, 1328).

4 Hiergegen richtet sich die Revision der Klägerin. Die Klägerin rügt die Verletzung materiellen Rechts und beantragt, das Urteil des Sächsischen FG vom 26.01.2016 aufzuheben und die streitgegenständlichen Bescheide vom 06.12.2007 jeweils in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 28.03.2011 dergestalt abzuändern, dass die Körperschaftsteuer 2003 auf … €, die Körperschaftsteuer 2004 auf … €, der Gewerbesteuermessbetrag 2003 auf … € und der Gewerbesteuermessbetrag 2004 auf … € festgesetzt werden.

5 Während des Revisionsverfahrens ist infolge einer Neuorganisation der Finanzbehörden der nunmehrige Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt - FA -) für die Besteuerung der Klägerin zuständig geworden.

6 Das FA beantragt, die Revision zurückzuweisen.

7 Das Bundesministerium der Finanzen ist dem Verfahren beigetreten (§ 122 Abs. 2 der Finanzgerichtsordnung - FGO -). Es unterstützt, ohne einen eigenen Antrag zu stellen, das Vorbringen des FA.

Entscheidungsgründe:

II.

8 Das FA ist mit Wirkung zum 01.12.2018 aufgrund eines Organisationsaktes der Finanzverwaltung in die Zuständigkeit und hierdurch im Wege des gesetzlichen Beteiligtenwechsels in die Beteiligtenstellung des Finanzamts X eingetreten (vgl. Senatsbeschluss vom 31.08.2016 - I B 146/15, BFH/NV 2016, 1756, m.w.N.).

III.

9 Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Sächsische FG zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FGO).

10 1. Die vorinstanzlichen Feststellungen reichen nicht aus, um entscheiden zu können, ob einer außerbilanziellen Korrektur der Gewinnminderung, die auf der am 18.09.2003 vereinbarten zukünftigen Zinslosigkeit des Darlehens der Klägerin gegenüber der C s.r.o. beruht, ab dem 01.05.2004 das Unionsrecht entgegensteht.

11 a) Auf Grundlage des innerstaatlichen Rechts ist die vorgenannte Gewinnminderung nach § 1 Abs. 1 des Gesetzes über die Besteuerung bei Auslandsbeziehungen (Außensteuergesetz) i.d.F. des Gesetzes zum Abbau von Steuervergünstigungen und Ausnahmeregelungen (Steuervergünstigungsabbaugesetz - StVergAbG -) vom 16.05.2003 (BGBl I 2003, 660, BStBl I 2003, 321) - AStG - außerbilanziell zu korrigieren.

1 aa) Werden Einkünfte eines Steuerpflichtigen aus Geschäftsbeziehungen mit einer
2 ihm nahestehenden Person dadurch gemindert, dass er im Rahmen solcher Geschäftsbeziehungen zum Ausland Bedingungen vereinbart, die von denen abweichen, die voneinander unabhängige Dritte unter gleichen oder ähnlichen Verhältnissen vereinbart hätten, so sind seine Einkünfte unbeschadet anderer Vorschriften gemäß § 1 Abs. 1 AStG so anzusetzen, wie sie unter den zwischen unabhängigen Dritten vereinbarten Bedingungen angefallen wären.

1 bb) Das unverzinsliche Darlehen der Klägerin an die C s.r.o. ist Gegenstand einer
3 Geschäftsbeziehung im vorgenannten Sinne.

1 (1) Der Senat hat zwar zu der im Jahr 1985 geltenden Rechtslage entschieden,
4 dass die Garantieerklärung einer Konzern-Obergesellschaft zugunsten eines anderen konzernangehörigen Unternehmens nicht im Rahmen einer Geschäftsbeziehung zwischen den beiden Unternehmen abgegeben wird, wenn die begünstigte Gesellschaft mangels ausreichender Eigenkapitalausstattung ohne sie ihre konzerninterne Funktion nicht erfüllen könnte (Senatsurteil vom 29.11.2000 - I R 85/99, BFHE 194, 53, BStBl II 2002, 720). Er hat ferner erkannt, dass diese Beurteilung gleichermaßen für diejenige Fassung des Außensteuergesetzes gilt, die durch das Steueränderungsgesetz 1992 vom 25.02.1992 (BGBl I 1992, 297, BStBl I 1992, 146) geschaffen worden war und seit dem 01.01.1992 gegolten hatte (Senatsurteil vom 27.08.2008 - I R 28/07, BFH/NV 2009, 123). Danach konnten beispielsweise unverzinsliche Gesellschafterdarlehen dann nicht Gegenstand einer Geschäftsbeziehung sein, wenn sie entweder nach den Vorschriften des für die Darlehensnehmerin maßgeblichen Gesellschaftsrechts als Zuführung von Eigenkapital anzusehen sind (Senatsurteil vom 30.05.1990 - I R 97/88, BFHE 160, 567, BStBl II 1990, 875) oder wenn sie der Zuführung von Eigenkapital in einer Weise nahestehen, die eine steuerrechtliche Gleichbehandlung mit jener gebieten (Senatsurteil in BFH/NV 2009, 123). Letzteres ist insbesondere dann der Fall, wenn die Darlehensgewährung eine unzureichende Eigenkapitalausstattung der Kapitalgesellschaft ausgleicht und eine notwendige Bedingung dafür ist, dass diese Gesellschaft die ihr zugedachte wirtschaftliche Funktion erfüllen kann (Senatsurteile vom 23.06.2010 - I R 37/09, BFHE 230, 156, BStBl II 2010, 895; in BFHE 194, 53, BStBl II 2002, 720; in BFH/NV 2009, 123; Senatsbeschluss vom 29.04.2009 - I R 26/08, BFH/NV 2009, 1648).

1 (2) Das Außensteuergesetz ist jedoch mit erstmaliger Wirkung zum
5 Veranlagungszeitraum 2003 (§ 21 Abs. 11 Satz 1 AStG i.d.F. des StVergAbG) durch das Steuervergünstigungsabbaugesetz erneut geändert worden. Die Änderungen sind daher auch für die Streitjahre zu beachten.

1 Nach § 1 Abs. 4 AStG ist Geschäftsbeziehung seitdem jede den Einkünften
6 zugrunde liegende schuldrechtliche Beziehung, die keine gesellschaftsvertragliche Vereinbarung ist und entweder beim Steuerpflichtigen oder bei der nahestehenden Person Teil einer Tätigkeit ist, auf die die §§ 13, 15, 18 oder 21 des Einkommensteuergesetzes (EStG) anzuwenden sind oder im Fall eines ausländischen Nahestehenden anzuwenden wären, wenn die Tätigkeit im Inland vorgenommen würde. Ausweislich der Gesetzesbegründung hat es für das Bestehen einer Geschäftsbeziehung keine Bedeutung, ob sie betrieblich oder gesellschaftsrechtlich veranlasst ist, ob und inwieweit ihr also betriebliche oder gesellschaftliche Erwägungen zugrunde liegen. Deshalb sollen beispielsweise u.a. auch zinslose Darlehen zu den Geschäftsbeziehungen gehören, und zwar

„unabhängig davon, ob sie fehlendes Eigenkapital der Tochtergesellschaft ersetzen oder die wirtschaftliche Betätigung dieser Gesellschaft stärken sollen" (BTDrucks 15/119, S. 53).

17 (3) Entgegen der Auffassung der Klägerin kommt es daher nicht (mehr) darauf an, ob die C s.r.o. mangels Eigenkapitalausstattung ihre unternehmerische Funktion nicht erfüllen konnte. Vielmehr ist das zinslose Darlehen der Klägerin an die C s.r.o. im Rahmen einer Geschäftsbeziehung i.S. des § 1 Abs. 4 AStG gewährt worden.

18 cc) Nach den bindenden Feststellungen des FG (§ 118 Abs. 2 FGO) wäre unter unabhängigen Dritten - entsprechend der ursprünglichen Abrede zwischen der Klägerin und der C s.r.o…. ein Zinssatz in Höhe von 6,3% p.a. vereinbart worden. Die nachträgliche Vereinbarung weicht somit vom Fremdüblichen ab. Zudem sind die Klägerin und die C s.r.o. einander nahestehende Personen i.S. des § 1 Abs. 2 Nr. 1 - 3. Alternative AStG.

19 b) Eine Korrektur nach § 1 Abs. 1 AStG in der vom innerstaatlichen Recht vorgegebenen Höhe (6% p.a.) steht jedoch, soweit sie die Gewinnminderungen ab dem 01.05.2004 betrifft, mit unionsrechtlichen Anforderungen nicht uneingeschränkt in Einklang. Für eine Entscheidung hierüber bedarf es weiterer Sachaufklärung durch das FG.

20 aa) Zwar stellt nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union …früher: Europäischer Gerichtshof - (EuGH) eine Regelung wie diejenige des § 1 Abs. 1 AStG grundsätzlich eine zur Wahrung der ausgewogenen Aufteilung der Besteuerungsbefugnis zwischen den Mitgliedstaaten gerechtfertigte Beschränkung der Niederlassungsfreiheit (Art. 43 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft i.d.F. des Vertrags von Nizza zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union, der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften sowie einiger damit zusammenhängender Rechtsakte - EG -, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften - ABlEG - 2002, Nr. C 325, 1, jetzt Art. 49 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union i.d.F. des Vertrags von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft - AEUV -, Amtsblatt der Europäischen Union - ABlEU - 2008, Nr. C 115, 47) dar (EuGH-Urteil Hornbach-Baumarkt vom 31.05.2018 - C-382/16, ECLI:EU:C:2018:366, Höchstrichterliche Finanzrechtsprechung - HFR - 2018, 580).

21 bb) Allerdings müsse dem Steuerpflichtigen die Möglichkeit eingeräumt werden, Nachweise für etwaige wirtschaftliche Gründe für den Abschluss des Geschäfts zu erbringen (EuGH-Urteil Hornbach-Baumarkt, ECLI:EU:C:2018:366, Rz 57, HFR 2018, 580). Diese Prüfung sei dem nationalen Gericht vorbehalten und ist vorrangig Aufgabe des FG. Im Streitfall hat das FG indes keine Feststellungen zu etwaigen wirtschaftlichen Gründen für den Abschluss des zinslosen Darlehens zwischen der Klägerin und der C s.r.o. getroffen.

22 c) Das FG wird deshalb der Klägerin die Möglichkeit einzuräumen haben, wirtschaftliche Gründe für den Abschluss des zinslosen Darlehens vorzubringen.

23 aa) Dabei wird es zu berücksichtigen haben, dass die Niederlassungsfreiheit insofern erst auf die Gewinnminderungen anwendbar ist, die ab dem Unionsbeitritt der Tschechischen Republik und somit ab dem 01.05.2004 eintreten.

24 (1) Wie sich aus Art. 2 der Akte über die Bedingungen des Beitritts der Tschechischen Republik, u.a. und die Anpassungen der die Europäische Union begründenden Verträge - Beitrittsakte - (ABlEU 2003, Nr. L 236, 33) ergibt, sind

die Bestimmungen der ursprünglichen Verträge, u.a. die Art. 43 EG und Art. 49 AEUV, für die Tschechische Republik vom Zeitpunkt ihres Beitritts an verbindlich, so dass sie für zukünftige Auswirkungen vor dem Beitritt entstandener Sachverhalte gelten (vgl. EuGH-Urteile Milivojević vom 14.02.2019 - C-630/17, ECLI:EU:C:2019:123; Saldanha und MTS Securities Corporation/Hiross vom 02.10.1997 - C-122/96, ECLI:EU:C:1997:458, Slg. 1997, I-5325). Für die außerbilanziellen Korrekturen, die auf den Zeitraum vor dem Unionsbeitritt der Tschechischen Republik entfallen, gilt dies hingegen nicht, da die Beitrittsakte und demgemäß das Gemeinschaftsrecht insoweit keine „Vorwirkung" entfalten (vgl. EuGH-Urteile Varna Holideis vom 27.06.2018 - C-364/17, ECLI:EU:C:2018:500; Pokrzeptowicz-Meyer vom 29.01.2002 - C-162/00, ECLI:EU:C:2002, 57, Slg. 2002, I-1049).

25 (2) Das FG wird sodann davon auszugehen haben, dass die im EuGH-Urteil Hornbach-Baumarkt (ECLI:EU:C:2018:366, HFR 2018, 580) genannten wirtschaftlichen Gründe (hier: „gewisse" Finanzierungsverantwortung der Klägerin für C s.r.o.; Partizipation an deren Erfolg z.B. über Gewinnausschüttungen) nicht i.S. eines Automatismus Vorrang vor der Wahrung der territorialen Besteuerungsrechte der Mitgliedstaaten haben. Aus den Formulierungen des Urteils (vgl. dort Rz 54, 56 f.: „können") ergibt sich vielmehr zweifelsfrei, dass das nationale Gericht Gründe dieser Art zu berücksichtigen und damit im Rahmen einer Abwägung daran zu messen hat, mit welchem Gewicht die jeweils zu beurteilende Abweichung vom Maßstab des Fremdüblichen in den Territorialitätsgrundsatz und die hierauf gründende Zuordnung der Besteuerungsrechte eingreift (Senatsurteil vom 27.02.2019 - I R 73/16, BFHE 263, 525, BStBl II 2019, 394).

26 (3) Dieser Prüfungsauftrag lässt Raum für die der ständigen Spruchpraxis des erkennenden Senats entsprechende „geltungserhaltende Reduktion" einer nationalen Norm, um dem Anwendungsvorrang des unionsrechtlichen Primärrechts vor dem nationalen Recht durch das „Hineinlesen" der vom EuGH verbindlich formulierten gemeinschaftsrechtlichen Erfordernisse in die betroffene nationale Norm Rechnung zu tragen (vgl. z.B. Senatsurteile vom 21.10.2009 - I R 114/08, BFHE 227, 64, BStBl II 2010, 774; vom 10.01.2007 - I R 87/03, BFHE 216, 312, BStBl II 2008, 22; vom 09.08.2006 - I R 31/01, BFHE 214, 496, BStBl II 2007, 838).

27 bb) Demgegenüber würde einer Einkünftekorrektur bei der Klägerin gemäß § 1 Abs. 1 AStG hinsichtlich der Zinslosigkeit bis zum 30.04.2004 das Unionsrecht von vornherein nicht widerstreiten.

28 (1) Die angesichts der nach § 1 Abs. 2 AStG erforderlichen „wesentlichen Beteiligung" einschlägige Niederlassungsfreiheit (Art. 43 EG, jetzt Art. 49 AEUV) wäre insoweit nicht anwendbar, weil die Niederlassungsfreiheit nur im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten der Europäischen Union gewährleistet ist, zu denen die Tschechische Republik bis zum Beitritt am 01.05.2004 nicht gehörte (vgl. Senatsurteil vom 27.02.2019 - I R 51/17, BFHE 264, 292).

29 (2) Ebenso würde jedenfalls unter den im Streitfall gegebenen Umständen ein Freiheitsschutz aufgrund des zwischen den Europäischen Gemeinschaften und der Tschechischen Republik am 19.12.1994 geschlossenen Assoziationsabkommens (ABlEG 1994, Nr. L 360, 2) ausscheiden. Zwar sind Assoziationsabkommen nach der Rechtsprechung des EuGH „integrierende Bestandteile der Gemeinschaftsrechtsordnung" (vgl. Senatsurteil in BFHE 230, 156, BStBl II 2010,

895, m.w.N.); insbesondere die danach zu gewährende Niederlassungsfreiheit hat unmittelbare Wirkung und räumt den Angehörigen des Assoziierungsstaats entsprechende Rechte ein (z.B. EuGH-Urteile Jany u.a. vom 20.11.2001 - C-268/99, ECLI:EU:C:2001:616, Slg. 2001, I-8615; Barkoci und Malik vom 27.09.2001 - C-257/99, ECLI:EU:C:2001, 491, Slg. 2001, I-6557; Kondova vom 27.09.2001 - C-235/99, ECLI:EU:C:2001:489, Slg. 2001, I-6427; Gloszczuk vom 27.09.2001 - C-63/99, ECLI:EU:C:2001:488, Slg. 2001, I-6369). Doch gewähren die Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften nach Art. 45 Abs. 3 des Assoziationsabkommens mit der Tschechischen Republik nicht das von Art. 43 EG (jetzt Art. 49 AEUV) umfassend geschützte Recht auf freie Niederlassung, sondern (nur) im jeweiligen Mitgliedstaat für die Niederlassung tschechischer Gesellschaften und Staatsangehöriger sowie für deren Geschäftstätigkeit eine (eingeschränkte) Inländergleichbehandlung. Die Beteiligung eines Inländers an einer tschechischen Kapitalgesellschaft in der Tschechischen Republik ist hiernach nicht geschützt (s. bereits Senatsurteil in BFHE 230, 156, BStBl II 2010, 895; Senatsbeschlüsse vom 17.05.2005 - I B 108/04, BFH/NV 2005, 1778; vom 07.01.2004 - I S 5, 6/03 (PKH), BFH/NV 2004, 637, dort bezogen auf die Türkei).

30 2. Das FG hat im Rahmen der Gewinnermittlung ferner keine ausreichenden Feststellungen dazu getroffen, ob die bis zum 17.09.2003 entstandenen Zinsforderungen, auf die die Klägerin gegenüber der C s.r.o. verzichtet hat, im Zeitpunkt des Verzichts werthaltig waren.

31 a) Die Klägerin ermittelt ihren Gewinn nach § 8 Abs. 1 Satz 1 des Körperschaftsteuergesetzes (KStG) i.V.m. § 4 Abs. 1 EStG. Sie muss dabei gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 EStG für den Schluss eines jeden Wirtschaftsjahres das Betriebsvermögen ansetzen, das nach den handelsrechtlichen Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung auszuweisen ist und die Bewertung jenes Betriebsvermögens nach § 6 EStG vornehmen. Wird ein einzelnes Wirtschaftsgut im Wege des Tausches übertragen, bemessen sich gemäß § 6 Abs. 6 Satz 1 EStG die Anschaffungskosten nach dem gemeinen Wert des hingegebenen Wirtschaftsguts. Erfolgt die Übertragung im Wege der verdeckten Einlage, erhöhen sich die Anschaffungskosten der Beteiligung an der Kapitalgesellschaft gemäß § 6 Abs. 6 Satz 2 EStG um den Teilwert des eingelegten Wirtschaftsguts. Danach kommt eine Erhöhung des Beteiligungswerts der Klägerin an der C s.r.o. in Höhe der bis zum 17.09.2003 entstandenen Zinsforderungen aus den Darlehen der Klägerin gegenüber der C s.r.o. gemäß § 6 Abs. 6 Satz 2 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 Satz 1 KStG in Betracht, soweit die Forderungsverzichte steuerrechtlich zu verdeckten Einlagen der Klägerin in die C s.r.o. geführt haben.

32 b) Unter einer verdeckten Einlage ist die Zuwendung eines bilanzierbaren Vermögensvorteils aus gesellschaftsrechtlichen Gründen ohne Entgelt in Gestalt von Gesellschaftsrechten zu verstehen (vgl. z.B. Senatsurteil vom 27.05.2009 - I R 53/08, BFHE 226, 500, m.w.N.). Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Nach den bindenden Feststellungen des FG (§ 118 Abs. 2 FGO) hatte der Verzicht der Klägerin gegenüber der C s.r.o. auf die entstandenen Zinsen seine Ursache im Gesellschaftsverhältnis, so dass - dem Grunde nach - eine verdeckte Einlage der Klägerin in die C s.r.o. vorliegt.

33 c) Den Feststellungen des FG lässt sich indes nicht entnehmen, ob und ggf. inwieweit die bis zum 17.09.2003 entstandenen Zinsforderungen werthaltig waren. Nach der Rechtsprechung des Großen Senats des Bundesfinanzhofs (BFH) führt ein

durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasster Forderungsverzicht zu einer verdeckten Einlage (nur) in Höhe des Teilwerts der Forderung im Zeitpunkt des Verzichts (Beschluss vom 09.06.1997 - GrS 1/94, BFHE 183, 187, BStBl II 1998, 307). Soweit die Forderung zu diesem Zeitpunkt nicht (mehr) werthaltig war, kommt es hingegen zu keiner Erhöhung des Beteiligungswerts der C s.r.o. bei der Klägerin.

34 aa) Den hiernach maßgeblichen Teilwert einer erlassenen Gesellschafterforderung im Zeitpunkt des Erlasses zu ermitteln, ist im gerichtlichen Verfahren vorrangig Aufgabe des FG. Die von diesem getroffene Wertbestimmung kann im Revisionsverfahren nur daraufhin überprüft werden, ob sie verfahrensfehlerhaft zustande gekommen ist und ob sie gegen Denkgesetze oder gegen allgemeine Erfahrungssätze verstößt.

35 bb) Im Streitfall hat das FG indes keine Feststellungen zur Werthaltigkeit der Zinsforderung getroffen; es hat sich lediglich darauf gestützt, dass die Klägerin hierzu nichts vorgetragen habe, aus den Akten nichts ersichtlich sei und die Darlehen später zurückgeführt worden seien. Dabei berücksichtigt das FG nicht ausreichend, dass im Streitfall zwischen der Forderung auf Rückzahlung des Darlehens und der Forderung auf Zahlung der vereinbarten Darlehenszinsen zu unterscheiden ist. Bei der Darlehensforderung handelt es sich ebenso wie bei der Zinsforderung um jeweils eigenständige Forderungen; diese sind getrennt voneinander zu bilanzieren (vgl. Senatsurteil vom 11.11.2015 - I R 5/14, BFHE 252, 353, BStBl II 2016, 491, Rz 16, m.w.N.).

36 d) Das FG wird im zweiten Rechtsgang zu prüfen haben, ob und ggf. inwieweit die bis zum 17.09.2003 entstandenen Zinsforderungen im Zeitpunkt des Verzichts werthaltig waren.

37 aa) Der Teilwert der erlassenen Zinsforderungen, auf den es für die Frage nach dem Vorliegen und Umfang einer verdeckten Einlage ankommt, ist nach Maßgabe des § 6 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 EStG (i.V.m. § 8 Abs. 1 Satz 1 KStG) zu bestimmen. Danach ist Teilwert der Betrag, den ein Erwerber des Betriebs für das einzelne Wirtschaftsgut ansetzen würde; dabei ist davon auszugehen, dass der Erwerber den Betrieb fortführt. Maßgeblich ist hiernach nicht derjenige Betrag, für den das betreffende Wirtschaftsgut im Fall der Zerschlagung des Betriebs veräußert werden könnte (Liquidationswert), sondern der an den objektiven Gegebenheiten des Betriebs orientierte Fortführungswert (Senatsurteil vom 31.05.2005 - I R 35/04, BFHE 210, 487, BStBl II 2006, 132). Im Allgemeinen ist der Teilwert einer Forderung mit Null anzusetzen, wenn sich die Forderungen gegen eine überschuldete Kapitalgesellschaft richten und Gläubiger ein Gesellschafter dieser Gesellschaft ist (Senatsurteile in BFHE 210, 487, BStBl II 2006, 132; vom 15.10.1997 - I R 103/93, BFH/NV 1998, 572). Bei Auslandsforderungen können neben der Bonität des Schuldners zusätzliche Umstände zu berücksichtigen sein, die sich aus einer erschwerten oder geminderten Realisierbarkeit der Forderung unter den besonderen Bedingungen im Ausland in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht ergeben (Senatsurteil vom 20.08.2003 - I R 49/02, BFHE 203, 319, BStBl II 2003, 941). Demgegenüber ist ein Ansatz des Teilwerts einer Forderung unter dem Nennwert ausgeschlossen, soweit deren Tilgung durch eine (werthaltige) Sicherheit gewährleistet ist.

38 bb) Falls und soweit die Zinsforderungen wertlos waren und insbesondere keine werthaltige Besicherung der Zinszahlungen bestand, wird das FG zu prüfen haben,

ob eine fehlende Besicherung dem entspricht, was ein fremder, nicht durch ein Gesellschaftsverhältnis mit der C s.r.o. verbundener Darlehensgeber (ex ante) vereinbart hätte. Sollte die fehlende Besicherung der Zinsforderungen im Zeitpunkt des Darlehensabschlusses nicht fremdüblich gewesen sein, wird das FG zu berücksichtigen haben, dass die Gewinnminderung, die hierauf beruht, außerbilanziell gemäß § 1 Abs. 1 AStG zu korrigieren ist. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird insoweit auf die Ausführungen unter III.1. verwiesen; insbesondere würde einer Einkünftekorrektur bei der Klägerin hinsichtlich der bis zum 17.09.2003 entstandenen Zinsforderungen das Unionsrecht nicht widerstreiten.

39 3. Die vorinstanzlichen Feststellungen reichen ebenfalls nicht aus, um entscheiden zu können, ob einer außerbilanziellen Korrektur der Gewinnminderung, die auf der am 18.09.2003 vereinbarten zukünftigen Zinslosigkeit des Darlehens der A GmbH gegenüber der C s.r.o. beruht, ab dem 01.05.2004 das Unionsrecht entgegensteht.

40 a) Auf Grundlage des innerstaatlichen Rechts ist die vorgenannte Gewinnminderung nach § 1 Abs. 1 AStG außerbilanziell zu korrigieren.

41 aa) Das unverzinsliche Darlehen der A GmbH an die C s.r.o. ist Gegenstand einer Geschäftsbeziehung i.S. des § 1 Abs. 1, Abs. 4 AStG. Nach den bindenden Feststellungen des FG (§ 118 Abs. 2 FGO) wäre unter unabhängigen Dritten - entsprechend der ursprünglichen Abrede zwischen der A GmbH und der C s.r.o.... ein Zinssatz in Höhe von 6,3% p.a. vereinbart worden. Die nachträgliche Vereinbarung weicht somit vom Fremdüblichen ab. Zudem sind die A GmbH und die C s.r.o. einander nahestehende Personen i.S. des § 1 Abs. 2 Nr. 2 AStG. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auch insoweit auf die Ausführungen unter III.1. verwiesen.

42 bb) Zwar ist § 1 Abs. 1 AStG nur „unbeschadet anderer Vorschriften" anzuwenden und es käme auf Ebene der A GmbH auch eine Korrektur gemäß § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG in Betracht. Nach Ansicht des Senats ergibt sich aus dieser Formulierung jedoch kein Vorrang des § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG. Beide Vorschriften überlagern einander vielmehr in dem Sinne, dass sich eine Gewinnkorrektur nach der einen Vorschrift erübrigt, wenn sie bereits nach der anderen vollzogen wurde. Soweit die Rechtsfolgen der beiden Vorschriften nicht voneinander abweichen, kann der Rechtsanwender wählen, welche von ihnen er vorrangig prüft (vgl. Senatsurteil vom 04.12.1996 - I R 54/95, BFHE 182, 123, zum Verhältnis des § 4 Abs. 5 EStG zu § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG).

43 (1) Hierfür spricht bereits der Wortlaut des § 1 Abs. 1 AStG. Hat der Begriff „unbeschadet" nach dem allgemeinen Sprachgebrauch möglicherweise keine einheitliche Wortbedeutung (vgl. z.B. Duden, Die deutsche Sprache, Band 3, 2014), so wird diese Formulierung im juristischen und gesetzestechnischen Kontext ausschließlich i.S. eines Nebeneinander verwendet (Bundesministerium der Justiz, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. Aufl., Rz 87). Sollte sich aus dem Senatsurteil vom 09.11.1988 - I R 335/83 (BFHE 155, 101, BStBl II 1989, 510) etwas anderes ergeben, hält der Senat hieran nicht fest.

44 (2) Dies entspricht auch dem Gesetzeszweck. Die Regelung des § 1 Abs. 1 AStG sollte der „Erfassung des zutreffenden Inlandsgewinns dienen" (BTDrucks VI/2883, S. 23 Rz 49). Der Inlandsgewinn soll somit so erfasst werden, wie er sich ergeben hätte, wenn die Geschäftsbeziehung (Darlehensverhältnis) zwischen der A GmbH und der C s.r.o. „zutreffend", d.h. wie beabsichtigt, durchgeführt worden wäre; in

diesem Fall hätte die A GmbH Zinseinnahmen erzielt, die der Klägerin als Organträgerin gemäß § 14 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 17 Abs. 1 Satz 1 KStG zugerechnet worden wären. Dieser „zutreffende Inlandsgewinn" wird jedoch … jedenfalls im Streitfall - ausschließlich durch Anwendung des § 1 Abs. 1 AStG erreicht.

45 Zwar würde die Anwendung des § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG auf Ebene der A GmbH zunächst ebenfalls zu einer Einkommenserhöhung führen, die der Klägerin als Organträgerin gemäß § 14 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 17 Abs. 1 Satz 1 KStG zugerechnet würde. Da es sich bei dem Vorteil, das Darlehen zinslos nutzen zu können, jedoch steuerrechtlich um kein einlagefähiges Wirtschaftsgut handelt und dieser im Zusammenhang mit der Beteiligung der Klägerin an der C s.r.o. „verbraucht" wird, würde hierdurch zugleich das Einkommen der Klägerin gemindert (Beschluss des Großen Senats des BFH vom 26.10.1987 - GrS 2/86, BFHE 151, 523, BStBl II 1988, 348; vgl. auch Senatsurteil vom 04.02.2014 - I R 32/12, BFH/NV 2014, 1090, m.w.N.) mit der weiteren Folge, dass die Zinseinnahmen im Ergebnis nicht erfasst würden (vgl. auch Dötsch in Dötsch/Pung/ Möhlenbrock, Die Körperschaftsteuer, § 14 KStG Rz 782; Rödder/Liekenbrock in Rödder/Herlinghaus/ Neumann, KStG, § 14 Rz 552; a.A. Brinkmann, Die steuerliche Betriebsprüfung, 2015, S. 33, 37) und demgemäß auch der „zutreffende Inlandsgewinn" nicht besteuert würde.

46 (3) Bestätigt wird dieses Ergebnis schließlich durch das - erst nach den Streitjahren erlassene - Unternehmensteuerreformgesetz 2008 vom 14.08.2007 (BGBl I 2007, 1912, BStBl I 2007, 630). Führt danach die Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes zu weitergehenden Berichtigungen als die anderen Vorschriften, sind die weitergehenden Berichtigungen neben den Rechtsfolgen der anderen Vorschriften durchzuführen (BTDrucks 16/4841, S. 85). Ein solcher Rechtsfolgenvergleich zwischen § 1 Abs. 1 AStG und § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG führt - wie vorstehend ausgeführt - zu weitergehenden Berichtigungen über § 1 Abs. 1 AStG.

47 b) Die Korrektur nach § 1 Abs. 1 AStG in der vom innerstaatlichen Recht vorgegebenen Höhe könnte jedoch - wie aufgezeigt - den unionsrechtlichen Anforderungen ab dem 01.05.2004 widerstreiten. Für eine Entscheidung hierüber bedarf es weiterer Sachaufklärung durch das FG. Auch insoweit wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Ausführungen unter III.1. verwiesen, die entsprechend gelten.

48 4. Schließlich hat das FG im Rahmen der Gewinnermittlung keine ausreichenden Feststellungen dazu getroffen, ob die bis zum 17.09.2003 entstandenen Zinsforderungen, auf die die A GmbH gegenüber der C s.r.o. verzichtet hat, im Zeitpunkt des Verzichts werthaltig waren.

49 a) Dieser Verzicht führt nach den bindenden Feststellungen des FG (§ 118 Abs. 2 FGO) - dem Grunde nach - zu einer verdeckten Einlage der Klägerin in die C s.r.o. Nach ständiger Rechtsprechung ist die Vorteilszuwendung zwischen Schwestergesellschaften so zu beurteilen, dass die leistende Tochtergesellschaft den Vorteil zunächst an die gemeinsame Muttergesellschaft - im Wege einer verdeckten Gewinnausschüttung (vGA)… leitet, die diesen sodann der anderen Tochtergesellschaft zuführt (vgl. Beschluss des Großen Senats des BFH in BFHE 151, 523, BStBl II 1988, 348; vgl. auch Senatsurteile vom 13.06.2018 - I R 94/15, BFHE 262, 79; vom 20.08.1986 - I R 150/82, BFHE 149, 25, BStBl II 1987, 455).

50 aa) Danach führt der Verzicht der A GmbH auf die entstandenen Zinsen bei dieser zunächst zu einer vGA an die Klägerin, die das Einkommen der A GmbH nicht mindern darf (§ 8 Abs. 3 Satz 2 KStG).

51 bb) Bei der Klägerin als Organträgerin der A GmbH ist die vGA als vorweggenommene Gewinnabführung anzusehen (vgl. Senatsurteil vom 22.08.2007 - I R 32/06, BFHE 218, 523, BStBl II 2007, 961; a.A. wohl noch Senatsurteil in BFHE 149, 25, BStBl II 1987, 455). Da ein der vorweggenommenen Gewinnabführung entsprechender Betrag jedoch bereits im gemäß § 14 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 17 Abs. 1 Satz 1 KStG zuzurechnenden Einkommen der A GmbH enthalten ist und die Einkommenszurechnung nicht dazu führen darf, dass das von der Organgesellschaft erzielte und der Organträgerin zugerechnete Einkommen doppelt besteuert wird, ist die vorweggenommene Gewinnabführung bei der Ermittlung des eigenen Einkommens der Klägerin außer Ansatz zu lassen (vgl. Senatsurteil vom 18.12.2002 - I R 51/01, BFHE 201, 221, BStBl II 2005, 49; vgl. auch R 14.6 Abs. 1 Satz 2, Abs. 4 Satz 1 der Körperschaftsteuer-Richtlinien …KStR - 2015; Dötsch in Dötsch/Pung/Möhlenbrock, a.a.O., § 14 KStG Rz 772; Gosch, KStG, 3. Aufl., § 8 Rz 1045, 1048).

52 cc) Die Weiterleitung des erhaltenen Vorteils von der Klägerin an die C s.r.o. ist sodann - in Höhe des werthaltigen Teils - als verdeckte Einlage zu bewerten, die bei der Klägerin den Beteiligungswert an der C s.r.o. erhöht. Da der Klägerin jedoch - wie bereits ausgeführt - das die vGA enthaltende Einkommen der A GmbH gemäß § 14 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 17 Abs. 1 Satz 1 KStG zugerechnet wird, ist zur Vermeidung der Doppelbelastung wiederum ein Betrag in Höhe der vGA außer Ansatz zu lassen. Offen bleiben kann vorliegend, ob diese Kürzung aus dem hinzuzurechnenden Einkommen der A GmbH (so noch Senatsurteil in BFHE 149, 25, BStBl II 1987, 455) oder bei der Einkommensermittlung der Klägerin selbst erfolgt (R 14.7 Abs. 2 Satz 2 KStR 2015; Dötsch in Dötsch/Pung/Möhlenbrock, a.a.O., § 14 KStG Rz 773, 780 f.; Rödder/Liekenbrock in Rödder/Herlinghaus/Neumann, a.a.O., § 14 Rz 541) oder ob es sich hierbei um einen Vorgang handelt, der lediglich rein vermögensumschichtenden Charakter hat; jedenfalls bliebe die durch die verdeckte Einlage bewirkte Erhöhung des Beteiligungswerts nach sämtlichen Varianten insgesamt außer Ansatz.

53 b) Den Feststellungen des FG lässt sich jedoch wiederum nicht entnehmen, ob und ggf. inwieweit die bis zum 17.09.2003 entstandenen Zinsforderungen werthaltig waren. Auch dies wird das FG im zweiten Rechtsgang zu prüfen haben.

54 c) Soweit die Zinsforderungen wertlos waren und insbesondere keine werthaltige Besicherung bestand, käme es zwar - wie erläutert - auf Ebene der A GmbH zu einer vGA an die Klägerin; diese wäre auf Ebene der Klägerin wiederum als vorweggenommene Gewinnabführung anzusehen und - zur Vermeidung der doppelten Erfassung - bei der Ermittlung des eigenen Einkommens der Klägerin außer Ansatz zu lassen. Mangels Werthaltigkeit der Zinsforderung würde es sich steuerrechtlich jedoch um kein einlagefähiges Wirtschaftsgut handeln, so dass insoweit auf Ebene der Klägerin auch keine weitere Korrektur anzusetzen wäre. Demgemäß wird das FG zu prüfen haben, ob i.S. von § 1 AStG die fehlende Besicherung dem entspricht, was ein fremder, nicht durch ein Gesellschaftsverhältnis mit der A GmbH verbundener Darlehensgeber (ex ante) vereinbart hätte. Insoweit wird zur Vermeidung von Wiederholungen wiederum auf die Ausführungen unter III.3. verwiesen.

5 5. Das FG ist von einer anderen rechtlichen Beurteilung ausgegangen. Sein Urteil
5 ist daher aufzuheben. Die Sache ist aus vorgenannten Gründen nicht entscheidungsreif.
5 6. Die Übertragung der Kostenentscheidung beruht auf § 143 Abs. 2 FGO.

Zitiervorschlag:
BFH Urt. v. 27.11.2019 – I R 40/19, BeckRS 2019, 47867

BeckRS 2019, 6964

VG Hannover (17. Kammer), Beschluss vom 08.04.2019 - 17 A 4016/18

Titel:
Beamter auf Widerruf, mittlerer Dienst, Vorbereitungsdienst, Weiterbeschäftigung, Berufung, Beamte, Weiterbeschäftigungsschutz, Arbeitsverhältnis, Ausbildung, Beamtenverhältnis, Jugendvertreter
Normenketten:
GG § 33 Abs. 2
NPersVG § 50, § 58 Abs. 1, Abs. 2
BPersVG § 8, § 9 Abs. 1
Amtlicher Leitsatz:
Jugend- und Auszubildendenvertreter, die im Beamtenverhältnis auf Widerruf einen Vorbereitungsdienst absolviert haben, genießen keinen personalvertretungsrechtlichen Weiterbeschäftigungsschutz. Dies gilt auch bei einem Vorbereitungsdienst für das zweite Einstiegsamt der ersten Laufbahngruppe (ehemaliger mittlerer Dienst).
Rechtsgebiete:
Sonstiges besonderes Verwaltungsrecht, Verwaltungsverfahren und -prozess, Arbeitsrecht
Schlagworte:
Beamter auf Widerruf, mittlerer Dienst, Vorbereitungsdienst, Weiterbeschäftigung, Berufung, Beamte, Weiterbeschäftigungsschutz, Arbeitsverhältnis, Ausbildung, Beamtenverhältnis, Jugendvertreter
ECLI:
ECLI:DE:VGHANNO:2019:0408.17A4016.18.00
Rechtskraft:
unbekannt

Tenor:

Es wird festgestellt, dass zwischen der Antragstellerin und der Beteiligten zu 1. durch deren Weiterbeschäftigungsverlangen kein Arbeitsverhältnis begründet wurde.

Gründe:

I.

1 Die Antragstellerin begehrt die Feststellung, dass zwischen ihr und der Beteiligten zu 1. kein unbefristetes Arbeitsverhältnis begründet worden sei, hilfsweise das unbefristete Arbeitsverhältnis aufzulösen.

2 Die Beteiligte zu 1. absolvierte bei der Antragstellerin als Beamtin auf Widerruf den zweijährigen Vorbereitungsdienst als Stadtsekretär-Anwärterin, welchen sie - nach

Verlängerung aufgrund erheblicher krankheitsbedingter Fehlzeiten (insgesamt über 36%) - am 4. Juni 2018 erfolgreich abschloss.

3 Die Stadtsekretär-Anwärter erwerben während ihres Vorbereitungsdienstes die Laufbahnbefähigung für die Fachrichtung allgemeine Dienste der Laufbahngruppe 1, zweites Einstiegsamt. Darüber hinaus erlangen sie nach erfolgreich bestandener Laufbahnprüfung den Berufsabschluss „Verwaltungswirt", der gleichermaßen zur Wahrnehmung von Aufgaben des mittleren allgemeinen Verwaltungsdienstes berechtigt. Die Ausbildung gliedert sich in den Besuch eines Grund- und Abschlusslehrgangs am Niedersächsischen Studieninstitut für kommunale Verwaltung e.V. sowie eine zwölfmonatige berufspraktische Ausbildungszeit in mindestens zwei verschiedenen Fachbereichen der Stadtverwaltung. Als ausbildungsbegleitende Maßnahmen sind darüber hinaus betriebsinterner Unterricht, eine Studienfahrt sowie ein mehrtätiger Workshop zur interkulturellen Kompetenz vorgesehen. Die Vermittlung der theoretischen Lerninhalte erfolgt - anders als im Falle der Ausbildung zum Verwaltungsfachangestellten, welche bei der Antragstellerin derzeit nicht stattfindet - ausschließlich am Niedersächsischen Studieninstitut für kommunale Verwaltung e.V.. Eine Übernahme in das Beamtenverhältnis nach Abschluss der Ausbildung ist bei der Antragstellerin nur noch für Fälle vorgesehen, in denen dies zur Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben erforderlich ist. Mit den Stadtsekretär-Anwärtern wird nach Abschluss der Ausbildung regelmäßig ein unbefristeter Arbeitsvertrag geschlossen.

4 Kurz vor Schluss ihrer Ausbildung wurde die Beteiligte zu 1. am 11. April 2018 in die D. der Antragstellerin gewählt, welche sich am 20. April 2018 neu konstituierte und deren Mitglied sie bis zum Ende des Vorbereitungsdienstes war. Mit Schreiben vom 29. Mai 2018, welches am Folgetag bei der Antragstellerin einging, beantragte die Beteiligte zu 1. unter Berufung auf § 58 Abs. 2 NPersVG die Übernahme in ein unbefristetes Vollzeitarbeitsverhältnis. Am 5. Juni 2018 schloss sie - vorbehaltlich einer unbefristeten Weiterbeschäftigung - mit der Antragstellerin einen bis zum 4. Juni 2019 befristeten Arbeitsvertrag.

5 Am 13. Juni 2018 hat die Antragstellerin das personalvertretungsrechtliche Beschlussverfahren eingeleitet. Ein Rechtsschutzbedürfnis für ihren negativen Feststellungsantrag sei gegeben, weil die Beteiligte zu 1. sich ihr gegenüber auf § 58 NPersVG berufe, obwohl mangels der tatbestandlichen Voraussetzungen von vornherein kein Arbeitsverhältnis gesetzlich begründet worden sei. Als Beamtin auf Widerruf sei die Beteiligte zu 1. nicht vom Anwendungsbereich des § 58 NPersVG erfasst. Deshalb sei deren Übernahmeverlangen nicht geeignet gewesen, ein gesetzliches Arbeitsverhältnis nach § 58 Abs. 2 NPersVG zu begründen. Eine Benachteiligung der Beteiligten zu 1. ergebe sich aus der Entscheidung, grundsätzlich keine Verbeamtungen vorzunehmen, nicht. Zum einen sei ihr eine Anschlussbeschäftigung angeboten worden, zum anderen wäre auch bei einer Übernahme in ein Beamtenverhältnis ein solches zunächst auf Probe begründet worden. Weder sei ein erhöhtes Risiko für die Beteiligte zu 1. zu erkennen, nach Abschluss der Ausbildung über einen nennenswerten Zeitraum ohne Beschäftigung zu bleiben, noch ein erhöhtes Schutzbedürfnis ihrer Person „vor den nachteiligen Folgen der Amtsausübung als Jugendvertreter". Sollte aber ein gesetzliches Arbeitsverhältnis zustande gekommen sein, wäre dieses aufzulösen, weil der Antragstellerin aufgrund der häufigen krankheitsbedingten Fehlzeiten der Beteiligten zu 1. eine unbefristete Weiterbeschäftigung nicht zugemutet werden

könne. Der Verlauf des Vorbereitungsdienstes sei von Anfang an durch die beträchtlichen Fehlzeiten geprägt gewesen. Diese begründeten auch für die Zukunft gewichtige Zweifel an der persönlichen Eignung und einem störungsfreien Verlauf eines künftigen Beschäftigungsverhältnisses. Die Antragstellerin habe die ihr möglichen Anstrengungen unternommen, um es der Beteiligten zu 1. zu ermöglichen, den Vorbereitungsdienst erfolgreich abzuschließen. Sie habe den Vorbereitungsdienst verlängert und der Beteiligten zu 1. ein betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM) angeboten. Letzteres Angebot habe die Beteiligte zu 1. nicht wahrgenommen. Da ihr die Gründe, die einer unbefristeten Übernahme entgegenstanden, bereits vor ihrer Kandidatur für die Jugend- und Auszubildendenvertretung bekannt gewesen seien, verlange der Schutzzweck des § 58 NPersVG, Benachteiligungen wegen einer personalvertretungsrechtlichen Tätigkeit vorzubeugen, in ihrem Falle keine unbefristete Weiterbeschäftigung.

6 Die Antragstellerin beantragt,
festzustellen, dass zwischen ihr und der Beteiligten zu 1. durch deren Weiterbeschäftigungsverlangen kein Arbeitsverhältnis begründet wurde,
hilfsweise,
das zwischen ihr und der Beteiligten zu 1. infolge deren Weiterbeschäftigungsverlangens begründete Arbeitsverhältnis aufzulösen.

7 Die Beteiligte zu 1. beantragt,
den Antrag abzulehnen.

8 Sie vertritt die Auffassung, vom Anwendungsbereich des § 58 NPersVG erfasst zu werden. Zwar habe sie ihre Ausbildung im Beamtenverhältnis auf Widerruf absolviert. Jedoch sei von vorneherein im Anschluss an die Anwärterzeit die unbefristete Übernahme im Beschäftigungsverhältnis in der Entgeltgruppe 5 des TVöD geplant gewesen. Demgemäß hätten ihre Kollegen auch unbefristete Verträge erhalten. Ihr selbst sei lediglich ein auf ein Jahr befristeter Arbeitsvertrag angeboten worden mit der internen Begründung, dass dies immer so gehandhabt werde, wenn die Fehlzeitenquote mehr als 10% betragen hätte. Da es in ihrem Falle um den Vorbereitungsdienst für den mittleren Dienst gehe, sei der Fall anders zu bewerten als derjenige, in welchem das Bundesverwaltungsgericht mit Beschluss vom 30. Mai 2012 - 6 PB 7.12 - darauf verwiesen hat, dass grundsätzlich Jugendvertreter, die im Beamtenverhältnis auf Widerruf einen Vorbereitungsdienst für den gehobenen Dienst absolviert haben, nicht den Weiterbeschäftigungsschutz nach § 9 BPersVG genießen. Da sie als Stadtsekretär-Anwärterin keine Ausbildung mit Hochschulniveau absolviert habe, erfordere der Schutz vor den nachteiligen Folgen der Amtsausübung als Jugendvertreter die Anwendung des § 58 NPersVG. Die krankheitsbedingten Fehlzeiten in der Vergangenheit rechtfertigten auch keine Auflösung des gesetzlichen Arbeitsverhältnisses. Sie habe seinerzeit an einer Grunderkrankung gelitten, welche inzwischen ausgeheilt sei. Weder habe sie ein betriebliches Eingliederungsmanagement abgelehnt, noch bestehe eine negative Gesundheitsprognose.

9 Die Beteiligten zu 2. und zu 3. haben keinen Antrag gestellt.

10 Der Beteiligte zu 2. hat sich nicht zur Sache geäußert. Der Beteiligte zu 3. hält den Anwendungsbereich von § 58 NPersVG für eröffnet. Da im Anschluss an die Ausbildung der Stadtsekretär-Anwärter, die im Beamtenverhältnis auf Widerruf stattfinde, kein Beamtenverhältnis begründet werde, laufe der ansonsten durch Art. 33 GG vermittelte Schutz der Betroffenen davor, aus sachfremden Erwägungen

nicht in das Beamtenverhältnis auf Probe übernommen zu werden, im Ergebnis leer. Diese besondere Situation gebiete es, den Anwendungsbereich des § 58 NPersVG zumindest entsprechend zu erweitern, zumal die Vorschrift anders als § 9 BPersVG ausdrücklich nicht nur Auszubildende nach dem BBiG erfasse. Aus welchen Gründen die Beteiligte zu 1. sich habe in die Jugend- und Auszubildendenvertretung wählen lassen, spiele für das Entstehen eines gesetzlichen Arbeitsverhältnisses ebensowenig eine Rolle wie die Dauer der Mitgliedschaft. Der Schutz der Norm beginne unmittelbar und sofort. Anders sei der Schutzzweck nicht umfassend zu erreichen.

11 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhaltes und des Vorbringens wird auf
1 die von der Antragstellerin und von den Beteiligten zur Gerichtsakte gereichten Schriftsätze und deren Anlagen Bezug genommen.

II.

12 Der Hauptantrag hat Erfolg; ein Arbeitsverhältnis zwischen der Antragstellerin und
2 der Beteiligten zu 1. ist nicht begründet worden.

13 Die Antragstellerin begehrt in erster Linie die Feststellung, dass mit ihr kein
3 Arbeitsverhältnis durch das Weiterbeschäftigungsverlangen der Beteiligten zu 1. begründet wurde und begehrt hilfsweise für den Fall, dass das Gericht von einem Zustandekommen ausgeht, die Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Die Stellung der Anträge in ein derartiges Alternativverhältnis ist zulässig. Der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zufolge unterliegt es der freien Dispositionsbefugnis des Arbeitgebers, ob er einen Auflösungs- und/oder Feststellungsantrag stellt und in welchem Verhältnis diese als Haupt- und Hilfsantrag zueinander stehen sollen (BVerwG, Beschluss vom 1. Oktober 2013 - 6 P 6/13 -, BVerwGE 148, 89-106, Rn. 15; vgl. aber auch Beschluss der Kammer vom 24. Juni 2015 - 17 A 11060/14 -, juris).

14 Es fehlt vorliegend auch nicht bereits am Rechtsschutzbedürfnis, weil es der
4 Inanspruchnahme gerichtlicher Hilfe nicht bedürfte. Wäre der Anwendungsbereich von § 58 NPersVG bzw. § 9 BPersVG schon dem Grunde nach nicht eröffnet, könnte der (ehemalige) Dienstherr zwar schlichtweg die Annahme von Arbeitsleistungen verweigern und keine Vergütung zahlen. Wurde jedoch wie vorliegend ein Weiterbeschäftigungsverlangen geäußert, kann ähnlich wie in den Konstellationen, in denen es etwa um die Fragen geht, ob das Weiterbeschäftigungsverlangen form- und fristgerecht geäußert wurde und ob der Auszubildenden überhaupt Mitglied der Jugend- und Auszubildendenvertretung geworden ist oder nicht (vgl. dazu BVerwG, Beschluss vom . August 2010 - 6 P 15/09 -, juris Rn. 16), auch bei der hier zu beantwortenden Frage, ob die Beteiligte zu 1. als Beamtin auf Widerruf sich auf die personalvertretungsrechtlichen Schutzvorschriften berufen kann, ein Rechtsschutzinteresse für die gerichtliche Klärung im Wege des negativen Feststellungsantrages nicht verneint werden.

15 Gem. § 9 Abs. 1 BPersVG, der gem. § 107 Satz 2 BPersVG in den Ländern
5 unmittelbar anwendbar ist, bzw. gem. § 58 Abs. 1 NPersVG hat ein Arbeitgeber Auszubildenden, die Mitglieder einer Personalvertretung oder einer Jugend- und Auszubildendenvertretung sind, drei Monate vor Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses schriftlich mitzuteilen, wenn er beabsichtigt, sie nach erfolgreicher Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses nicht in ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit zu übernehmen. Verlangen die genannten Auszubildenden innerhalb der letzten drei Monate vor Beendigung des

Berufsausbildungsverhältnisses schriftlich vom Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung, so gilt nach § 9 Abs. 2 BPersVG bzw. § 58 Abs. 2 NPersVG zwischen den Auszubildenden und dem Arbeitgeber im Anschluss an das erfolgreiche Berufsausbildungsverhältnis ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit als begründet.

16 Zwar hat die Beteiligte zu 1., nachdem sie am 11. April 2018 in die Jugend- und Auszubildendenvertretung gewählt worden war und noch bevor sie am 4. Juni 2018 ihre Ausbildung abgeschlossen hatte, unter Berufung auf § 58 Abs. 2 NPersVG gegenüber der Antragstellerin ein Weiterbeschäftigungsverlangen geäußert. Als Beamtin auf Widerruf war sie vom Anwendungsbereich des § 58 NPersVG jedoch von vornherein nicht erfasst. § 58 NPersVG gilt wie § 9 BPersVG von vornherein nicht für Beamte auf Widerruf im Vorbereitungsdienst, da § 9 BPersVG ausdrücklich ein Berufsausbildungsverhältnis nach dem Berufsbildungsgesetz oder weitere spezifische Ausbildungsverhältnisse voraussetzt (vgl. auch BVerwG, Beschluss vom 04.09.1995 - 6 P 20/93 -, juris Rn. 34; zu ausnahmsweise gleichzustellenden Ausbildungen: BVerwG, Beschluss vom 31.05.1990 - 6 P 16/88 -, juris). § 58 NPersVG enthält zwar keine entsprechende ausdrückliche Beschränkung. Die Bestimmung kann aber nur die ohnehin gemäß § 107 Satz 2 BPersVG auch nach der Föderalismusreform 2006 gemäß Art. 125a Abs. 1 Satz 1 GG weiterhin unmittelbar in den Ländern geltende Vorschrift des § 9 BPersVG widerspiegeln. Um dies deutlich zu machen, werden in der Rechtsprechung der Kammer auch beide Vorschriften genannt (vgl. etwa VG Hannover, Beschluss vom 24.06.2015 - 17 A 11060/14 -, juris). Von der in Art. 125a Abs. 1 Satz 2 GG eingeräumten Befugnis, weitergeltendes Bundesrecht durch Landesrecht zu ersetzen, ist in Niedersachsen bislang kein Gebrauch gemacht worden. § 58 NPersVG ist seit seiner Erstfassung unverändert geblieben. Der Umstand, dass zwischenzeitlich nach anderen Änderungen vom Innenministerium aufgrund einer Ermächtigung durch den Gesetzgeber konsolidierte Fassungen des gesamten Personalvertretungsgesetzes bekanntgemacht worden sind, stellt keine Ersetzung des § 9 BPersVG durch § 58 NPersVG dar. Eine Bekanntmachungserlaubnis begründet nämlich keine Rechtsetzungsbefugnis; ihre Ausübung lässt die Rechtslage unberührt, sie gestattet ausschließlich eine im Interesse der Rechtssicherheit gebotene deklaratorische Feststellung des Gesetzestextes zu einem bestimmten Stichtag (vgl. Handbuch der Rechtsförmlichkeit des BMJV, 3. Aufl., Rn. 698, http://hdr.bmj.de/sitemap.html). § 58 Abs. 1 NPersVG stellt wie § 9 Abs. 1 BPersVG auf die Übernahme in ein (privatrechtliches) Arbeitsverhältnis nach erfolgreicher Ausbildung ab. Darauf ist der Vorbereitungsdienst nicht ausgerichtet; ihm folgt typischerweise ein Beamtenverhältnis auf Probe, welches letztlich in ein Beamtenverhältnis auf Lebenszeit mündet. Der Wortlaut des § 9 Abs. 1 BPersVG erfasst Beamte auf Widerruf eindeutig nicht. Für § 58 Abs. 1 NPersVG gilt im Ergebnis nichts Anderes. Anders als § 9 BPersVG betrifft § 58 NPersVG nicht nur in einem Berufsausbildungsverhältnis nach dem Berufsbildungsgesetz, dem Krankenpflegegesetz oder dem Hebammengesetz stehende Beschäftigte, die § 9 Abs. 1 BPersVG als Auszubildende definiert, sondern erfasst allgemein Auszubildende nach erfolgreicher Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses, die nicht in ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit übernommen werden sollen. Auszubildende sind nach der Legaldefinition in § 50 NPersVG zwar alle Beschäftigten, „die sich im Vorbereitungsdienst oder einer sonstigen

Berufsausbildung befinden", mithin auch Beamte. Diese Legaldefinition hat aber keine vom Gesetzgeber beabsichtigte Erweiterung des durch § 58 NPersVG geschützten Personenkreises zur Folge, sondern betrifft lediglich die Bildung sowie das aktive und passive Wahlrecht für die Jugend- und Auszubildendenvertretungen. Die Wendung „Vorbereitungsdienst oder einer sonstigen Berufsausbildung" wurde erst während der parlamentarischen Beratungen aus redaktionellen Gründen eingefügt (LT-Drs. 12/6206, S. 34). Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass dadurch gegenüber dem Gesetzentwurf, der zu § 58 Abs. 1 NPersVG lediglich von „Berufsausbildungsverhältnis" spricht (LT-Drs. 12/4370, S. 136), eine Erweiterung des geschützten Personenkreises auch auf Beamte auf Widerruf im Vorbereitungsdienst beabsichtigt war. Da zu dem Kreis der durch § 58 NPersVG geschützten Personen nur die Personen zählen, die „nicht in ein Arbeitsverhältnis übernommen werden sollen", betrifft dies also von vornherein 1. nicht Beamte im Vorbereitungsdienst sowie 2. nicht Beschäftige, deren Ausbildungsverhältnis von vornherein mit dem Ziel einer späteren Verwendung als Beamter begründet wird (Dembowski/Ladwig/Sellmann, Nds. Personalvertretungsrecht, § 58 Rn 4 m.w.N.). Da die Beteiligte zu 1. ihren Vorbereitungsdienst als Beamtin auf Widerruf geleistet hat, gilt § 58 NPersVG für sie mithin von vornherein nicht.

17 Eine Gleichstellung mit Auszubildenden in einem Berufsausbildungsverhältnis nach dem Berufsbildungsgesetz lässt sich auch nicht im Wege einer Analogie rechtfertigen. Mit Beschluss vom 30. Mai 2012 (- 6 PB 7.12 -, juris, Rn 5-10) hat das Bundesverwaltungsgericht im Hinblick auf eine analoge Anwendung von § 9 BPersVG auf Ausbildungen im Beamtenverhältnis ausgeführt wie folgt:

„3. Für die analoge Anwendung der Regelung in § 9 BPersVG auf Ausbildungen im Beamtenverhältnis fehlt es an einer planwidrigen Lücke.

a) Dagegen spricht schon die Bezugnahme auf das Berufsbildungsgesetz mit seinem Ausschluss öffentlich-rechtlicher Ausbildungsverhältnisse und auf zwei weitere Spezialgesetze über privatrechtlich zu gestaltende Berufsausbildungen. Die Gesetzgebungsgeschichte bestätigt dies. Durch das Gesetz zur Bildung von Jugend- und Auszubildendenvertretungen in den Verwaltungen vom 13. Juli 1988, BGBl I S. 1037, ist § 9 Abs. 1 BPersVG um die Ausbildungen nach dem Krankenpflegegesetz und dem Hebammengesetz ergänzt worden. Damit hat der Gesetzgeber darauf reagiert, dass die Auszubildenden nach dem Krankenpflegegesetz und dem Hebammengesetz mit der Novellierung dieser Gesetze aus dem Schutzbereich des § 9 BPersVG herausgefallen waren (vgl. § 22 KrPflG und § 26 HebG; BTDrucks 11/2480 S. 4 und 11). Daran wird deutlich, dass der Gesetzgeber im Hinblick auf Ausbildungen, die denjenigen nach dem Berufsbildungsgesetz vergleichbar sind, um Vollständigkeit bemüht war (vgl. in diesem Zusammenhang Urteil vom 31. Mai 1990 - BVerwG 6 P 16.88 - Buchholz 250 § 9 BPersVG Nr. 8 S. 26 ff.). Auf Berufsausbildungen, welche ihre Grundlage in den Beamtengesetzen des Bundes und der Länder finden, bezog sich diese Einstellung des Gesetzgebers offensichtlich nicht.

b) Die Annahme einer planwidrigen Lücke verbietet sich ebenfalls mit Blick auf die allgemeine Systematik des Bundespersonalvertretungsgesetzes. Danach hat der Gesetzgeber berücksichtigt, dass es in der öffentlichen Verwaltung mit den Beamten und Arbeitnehmern zwei durchaus verschiedene Gruppen von Beschäftigten gibt (§§ 4, 5 BPersVG), und dementsprechend sowohl gruppenübergreifende als auch gruppenspezifische Regelungen getroffen.

Gruppenspezifisch angelegt sind namentlich beteiligungspflichtige personelle Einzelmaßnahmen, welche ausdrücklich oder sinngemäß entweder für Arbeitnehmer (§ 75 Abs. 1, § 79 Abs. 1 und 2 BPersVG) oder für Beamte (§ 76 Abs. 1, § 78 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 BPersVG) vorgesehen sind. Eine differenzierende Regelung betrifft die Rechtsstellung der Personalratsmitglieder selbst. Während sich der Schutz vor außerordentlicher Kündigung naturgemäß nur auf die Arbeitnehmervertreter beziehen kann (§ 47 Abs. 1 BPersVG), erstreckt sich der Schutz vor Versetzungen und Abordnungen auf Arbeitnehmer- und Beamtenvertreter gleichermaßen (§ 47 Abs. 2 BPersVG). Im vorliegenden Zusammenhang besonders auffällig ist, dass der Gesetzgeber beim aktiven und passiven Wahlrecht für die Jugend- und Auszubildendenvertretungen nicht den engen Auszubildendenbegriff in § 9 Abs. 1 BPersVG zu Grunde legt, sondern auf den weiten, Berufsausbildungen aller Art umfassenden Beschäftigtenbegriff in § 4 Abs. 1 BPersVG zurückgreift (§§ 57, 58 BPersVG). Die bewusste, das Gesetz als Ganzes durchziehende Unterteilung der Regelungen in gruppenübergreifende und gruppenspezifische schließt die Annahme aus, der Gesetzgeber habe den Weiterbeschäftigungsschutz in § 9 BPersVG nicht auf privatrechtliche Ausbildungsverhältnisse beschränken wollen.

c) Eine Analogie ist schließlich nicht zur Herbeiführung eines verfassungskonformen Ergebnisses geboten. Dies gilt jedenfalls, soweit es wie im vorliegenden Fall um den Vorbereitungsdienst für den gehobenen Dienst geht. Dass die Absolventen einer solchen Ausbildung nicht den Weiterbeschäftigtenschutz des § 9 BPersVG genießen, verstößt nicht gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, weil es dafür eine sachliche Rechtfertigung gibt.

Der Beteiligte zu 1 hat nach Maßgabe der einschlägigen laufbahnrechtlichen Bestimmungen einen dreijährigen Vorbereitungsdienst in einem Studiengang am Fachbereich Sozialversicherung der Fachhochschule des Bundes für öffentliche Verwaltung absolviert. Seine Ausbildung war daher durch ein Hochschulstudium geprägt und unterfiel auch aus diesem Grunde nicht dem Anwendungsbereich des Berufsbildungsgesetzes (§ 3 Abs. 2 Nr. 1 BBiG). Absolventen von Ausbildungen eines derartigen Qualifikationsniveaus sind unter dem Gesichtspunkt des § 9 BPersVG nicht in gleicher Weise schutzwürdig wie nach dem Berufsausbildungsgesetz ausgebildete Personen.

Sinn und Zweck der Regelung in § 9 BPersVG gehen dahin, den Jugendvertreter von nachteiligen Folgen seiner Amtsausübung zu schützen und die Kontinuität der Gremienarbeit sicherzustellen (vgl. Beschluss vom 21. Februar 2011 a.a.O. Rn. 30 m.w.N.). Der letztgenannte „kollektive" Schutzzweck ist unabhängig vom Qualifikationsniveau der jeweiligen Ausbildung gewahrt. Für den erstgenannten „individuellen", auf die Person des Jugendvertreters bezogenen Schutzzweck gilt das nicht in gleicher Weise. Bei typisierender Betrachtungsweise darf der Gesetzgeber zu Grunde legen, dass Absolventen einer berufsqualifizierenden Ausbildung mit Hochschulniveau im Vergleich zu Absolventen anderer Ausbildungen einem geringeren Risiko ausgesetzt sind, nach Abschluss der Ausbildung über einen nennenswerten Zeitraum ohne Beschäftigung zu bleiben. Dies rechtfertigt zugleich die Annahme, dass Auszubildende für den gehobenen Dienst als Jugendvertreter sich auch ohne den besonderen Weiterbeschäftigungsschutz nach § 9 BPersVG durchweg nachhaltig für die Belange der von ihnen vertretenen jugendlichen Beschäftigten und Auszubildenden einsetzen werden (§§ 57, 61 BPersVG).

Schutzlos sind auch solche Jugendvertreter nicht. Sie dürfen bei der Entscheidung über eine etwaige Anschlussbeschäftigung nicht wegen ihrer personalvertretungsrechtlichen Funktion benachteiligt werden (§ 8 BrbgPersVG und § 107 Satz 1 BPersVG).“

18 Eine Verfassungsbeschwerde in dieser Angelegenheit wurde vom Bundesverfassungsgericht nicht zur Entscheidung angenommen. Mit Beschluss vom 21. März 2015 (-1 BvR 2031/12 -, juris) hat das Bundesverfassungsgericht die in § 9 BPersVG getroffene Differenzierung zwischen angestellten und verbeamteten Auszubildenden als verhältnismäßig angesehen und ausgeführt wie folgt (Fn 9-13):

„aa) Die Ungleichbehandlung verfolgt legitime Zwecke. Schon im Ausgangspunkt bestehen grundlegende strukturelle Unterschiede zwischen Beamten- und Arbeitsverhältnissen im öffentlichen Dienst, die grundsätzlich geeignet sind, eine unterschiedliche Behandlung zu rechtfertigen (vgl. BVerfGE 52, 303 <345 f.>; 63, 152 <166 ff.>; BVerfG, Nichtannahmebeschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 20. Februar 2008 - 2 BvR 1843/06 -, juris, Rn. 15 ff.).

(1) Ein Grund für den geringeren Schutz von engagierten beamteten Auszubildenden liegt in den ungleich besseren Chancen auf eine Übernahme in ein Arbeitsverhältnis. So stellt das Verwaltungsgericht in der angegriffenen Entscheidung darauf ab, Auszubildende im Beamtenverhältnis auf Widerruf hätten sehr viel bessere Aussichten als andere, in ein Beamtenverhältnis auf Lebenszeit übernommen zu werden. Obwohl statistische Belege fehlen, erscheint diese Einschätzung plausibel. Dabei ist zu berücksichtigen, dass dem Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des öffentlichen Dienstes ein erheblicher Spielraum zukommt (vgl. BVerfGE 76, 256 <330>; 103, 310 <319 f.>), er sachgerecht typisierende Regelungen vornehmen kann (vgl. BVerfGE 120, 1 <30>; 126, 268 <279> m.w.N.) und dies hier vom Beschwerdeführer auch nicht in Zweifel gezogen wurde.

(2) Zudem zielt die Ausbildung in einem Beamtenverhältnis auf Widerruf vorrangig auf eine spätere Übernahme in ein Beamtenverhältnis auf Lebenszeit ab. Bestünde darauf ein regelmäßiger Anspruch, wie ihn § 9 BPersVG für Ausbildungsverhältnisse nach dem Berufsbildungsgesetz normiert, verschaffte dies verbeamteten Auszubildenden eine ungleich stärkere Rechtsposition als anderen Auszubildenden, die lediglich in regulär kündbare Arbeitsverhältnisse übernommen werden müssen.

(3) Ein weiterer legitimer Differenzierungsgrund liegt darin, dass ein Abschluss der Ausbildung auf Hochschulniveau ein erheblich geringeres Risiko als andere mit sich bringt, im Anschluss kein Erwerbsarbeitsverhältnis eingehen zu können. So führt das Bundesverwaltungsgericht in der angegriffenen Entscheidung in nachvollziehbarer Weise aus, jedenfalls bei typisierender Betrachtung könne davon ausgegangen werden, dass Personen mit einem Hochschulabschluss einem geringeren Risiko ausgesetzt sind, nach ihrem Abschluss einen nennenswerten Zeitraum ohne Beschäftigung zu bleiben. Dies belegen auch aktuelle empirische Untersuchungen (vgl. den Bericht der Autorengruppe Bildungsberichterstattung, Bildung in Deutschland 2014, S. 135 f.). bb) Die Begrenzung des Anspruchs auf Übernahme in ein Arbeitsverhältnis auf Auszubildende nach dem Berufsbildungsgesetz genügt auch den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit. Werden beamtete und an Hochschulen qualifizierte Auszubildende aus dem besonderen Schutz bei der Übernahme in ein Beschäftigungsverhältnis herausgenommen, ist dies ohne weiteres geeignet, eine am Arbeitsmarkt bei typisierender Betrachtung im Vergleich schlechter gestellte Personengruppe zu

fördern. Insbesondere ist die Differenzierung auch zumutbar, denn Auszubildende wie der Beschwerdeführer, die nicht unter § 9 BPersVG fallen, sind nicht schutzlos gestellt. Für sie gilt das allgemeine Benachteiligungsverbot des § 8 BPersVG, wonach an die Tätigkeit in der Personalvertretung keine Nachteile geknüpft werden dürfen. Zudem garantiert Art. 33 Abs. 2 GG für den Bereich der öffentlichen Ämter das Prinzip der Bestenauslese, das ebenfalls Schutz davor bietet, aufgrund einer Mitgliedschaft in der Jugend- und Ausbildungsvertretung benachteiligt zu werden."

19 Eine hiervon abweichende Einschätzung ist auch im Hinblick auf die Besonderheiten des vorliegenden Falles nicht geboten. In der den Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesverfassungsgerichts zugrunde liegenden Fallkonstellation ist - wie hier - eine Ausbildung im Beamtenverhältnis erfolgt, obwohl im Anschluss daran kein Beamtenverhältnis begründet werden sollte. Zwar ist in die Betrachtung einzubeziehen, dass die Beteiligte zu 1. anders als ein Anwärter für den ehemaligen gehobenen Dienst keine Ausbildung auf Hochschulniveau absolviert hat; gleichwohl unterscheidet sich die Ausbildung der Sekretäranwärter (Laufbahngruppe 1, ehemaliger mittlerer Dienst) von der dualen Ausbildung zu Verwaltungsfachangestellten nach dem Berufsbildungsgesetz. Während die Ausbildungsdauer bei den Verwaltungsfachangestellten drei Jahre beträgt und in Praxiszeiten, Berufsschulunterricht sowie je eine Zwischen- und Abschlusslehrgang am Niedersächsischen Studieninstitut für kommunale Verwaltung e.V. gegliedert ist, dauert der Vorbereitungsdienst für Sekretäranwärter im Beamtenverhältnis auf Widerruf zwei Jahre und umfasst einen Grundlehrgang (350 Lehrstunden) zu Beginn der Ausbildung, sodann eine zwölfmonatige berufspraktische Ausbildung und einen Abschlusslehrgang (720 Lehrstunden) am Ende der Ausbildung. Grund- und Abschlusslehrgang werden am Niedersächsischen Studieninstitut für kommunale Verwaltung e.V. absolviert. Die bestandene Laufbahnprüfung berechtigt dazu, die Berufsbezeichnung „Verwaltungswirt" zu führen. Diese Unterschiede in der Ausbildung rechtfertigen es, dass Absolventen einer Ausbildung für den ehemaligen mittleren wie auch für den ehemaligen gehobenen Verwaltungsdienst keinen Weiterbeschäftigungsschutz gemäß § 9 Abs. 1 BPersVG bzw. § 58 Abs. 1 NPersVG genießen. Auf das Hochschulniveau der Ausbildung hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 21. März 2015 auch nur bei einem von drei Gründen abgestellt. Darüber hinaus hat es die strukturellen Unterschiede zwischen Beamten- und Arbeitsverhältnissen im öffentlichen Dienst als wesentlich angesehen, welche eine Ungleichbehandlung grundsätzlich rechtfertigen, zumal - unabhängig ob im ehemaligen gehobenen oder wie hier im ehemaligen mittleren Dienst - Beamte auf Widerruf bessere Aussichten haben, in ein Beamtenverhältnis auf Lebenszeit übernommen zu werden als andere Auszubildende. Unabhängig davon, dass die Antragstellerin nach Abschluss der Ausbildung nur noch in ein Beamtenverhältnis übernimmt, wenn dies zur Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben erforderlich ist, zielt dennoch die Ausbildung in einem Beamtenverhältnis auf Widerruf vorrangig auf eine spätere Übernahme ins Beamtenverhältnis auf Lebenszeit ab. Ausgehend von dieser typisierenden Betrachtung hat das Bundesverfassungsgericht die Herausnahme beamteter Auszubildender aus dem besonderen Schutz bei der Übernahme in ein Beschäftigungsverhältnis auch als verhältnismäßig angesehen, zumal für diese weiterhin das allgemeine Benachteiligungsverbot gemäß § 8 BPersVG bzw. § 41 Abs. 1 NPersVG gilt und Art. 33 Abs. 2 GG für den Bereich der öffentlichen Ämter

das Prinzip der Bestenauslese garantiert. Der Umstand, dass die Antragstellerin keine Verwaltungsfachangestellten ausbildet, sondern stattdessen Stadtsekretär-Anwärter im Beamtenverhältnis auf Widerruf, mit welchen sie nach Abschluss der Ausbildung regelmäßig unbefristete Arbeitsverträge schließt, lässt die besondere Rechtsnatur des Beamtenverhältnisses auf Widerruf, also eines spezifischen öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnisses, unberührt. Allein diese bleibt maßgebend dafür, dass eine Regelungslücke, welche zur Herbeiführung eines verfassungskonformen Zustandes im Wege der Analogie zu schließen wäre, nicht besteht. Die Frage, ob für Beamte auf Widerruf im Vorbereitungsdienst der Anwendungsbereich des § 58 NPersVG eröffnet ist, kann grundsätzlich auch nicht etwa arbeitgeberspezifisch beantwortet werden, sondern ist normativer Natur. Ob ausnahmsweise der Anwendungsbereich des § 58 NPersVG als eröffnet angesehen werden kann, wenn es dem Dienstherrn bzw. Arbeitgeber ausschließlich darum geht, die Entstehung von Weiterbeschäftigungsansprüchen zu verhindern, kann vorliegend offenbleiben. Denn für eine solche Annahme gibt im Falle der Antragstellerin keinerlei Anhaltspunkt. Nach ihren überzeugenden Ausführungen im Anhörungstermin geht die prinzipielle Entscheidung für die Durchführung der Ausbildung für die mittlere Verwaltungsebene im Beamtenverhältnis darauf zurück, dass der Vorbereitungsdienst kürzer ist und zugleich als besser strukturiert sowie insgesamt effektiver betrachtet wird. So gebe es etwa kein Nebeneinander von theoretischen Inhalten, die vom Studieninstitut einerseits und der Berufsschule andererseits vermittelt werden, was bei der Ausbildung der Verwaltungsfachangestellten der Fall sei. Diese Überlegungen sind nachvollziehbar und haben mit einer gezielten Verhinderung von Weiterbeschäftigungsverlangen erkennbar nichts zu tun.

20 Da der Hauptantrag Erfolg hat, kommt es auf den hilfsweise gestellten Antrag nicht weiter an.

21 Einer Kostenentscheidung bedarf es im personalvertretungsrechtlichen Beschlussverfahren nicht, weil Gerichtskosten nicht erhoben werden und eine gerichtliche Festsetzung der den Verfahrensbeteiligten entstandenen Kosten nicht vorgesehen ist.

Zitiervorschlag:
VG Hannover Beschl. v. 8.4.2019 – 17 A 4016/18, BeckRS 2019, 6964

BeckRS 2019, 3799

VG Lüneburg (6. Kammer), Beschluss vom 07.03.2019 - 6 B 17/19

Titel:
Anhörungsmangel, EIA, Equine infektiöse Anämie, FLI, LAVES, Radar-Bulletin, Rotz, Schleppjagd, aufschiebende Wirkung, Pferdseuche, Teilnehmerliste, Verbraucherschutz, Tierseuchenrechtliche Überwachungsmaßnahme, Anordnung der Führung von Teilnehmerlisten für eine Schleppjagd zum Schutz vor Pferdseuchen, Überwachungsmaßnahme, Pferdseuchen, Anfechtungsklage, Verfahrensfehler, Verletzung

Normenketten:
TierGesG § 43 Abs. 4
ViehVerkV § 2, § 4 Abs. 1, Abs. 2
VwGO § 80 Abs. 2, Abs. 5
VwVfG § 28

Rechtsgebiete:
Verwaltungsverfahren und -prozess, Sonstiges besonderes Verwaltungsrecht
Schlagworte:
Anhörungsmangel, EIA, Equine infektiöse Anämie, FLI, LAVES, Radar-Bulletin, Rotz, Schleppjagd, aufschiebende Wirkung, Pferdseuche, Teilnehmerliste, Verbraucherschutz, Tierseuchenrechtliche Überwachungsmaßnahme, Anordnung der Führung von Teilnehmerlisten für eine Schleppjagd zum Schutz vor Pferdseuchen, Überwachungsmaßnahme, Pferdseuchen, Anfechtungsklage, Verfahrensfehler, Verletzung
nachfolgend:
OVG Lüneburg, Beschluss vom 15.03.2019 - 10 ME 37/19 (rechtskräftig)
ECLI:
ECLI:DE:VGLUENE:2019:0307.6B17.19.00
Rechtskraft:
rechtskräftig

Gründe:

1 Der Antragsteller wendet sich gegen eine tierseuchenrechtliche Anordnung des Antragsgegners.

2 Der Antragsteller ist ein Verein mit Sitz in Hamburg, der nach § 2 seiner Satzung die Förderung des Sports zum Zweck hat. Der Satzungszweck wird verwirklicht insbesondere durch die Veranstaltung von Schleppjagden, regelmäßig stattfindenden Trainingseinheiten und sportlicher Betätigung ähnlicher Art.

3 Im Rahmen dieses Zweckes plant der Antragsteller drei Veranstaltungen, die am 10. März 2019 in C., am 17. März 2019 in D. und am 24. März 2019 in E. stattfinden sollen. Pro Veranstaltung werden nach Angaben des Antragstellers zwischen 20 und 80 Teilnehmer erwartet.

4 Mit Schreiben vom 28. Januar 2019 zeigte der Antragsteller beim Antragsgegner die drei Veranstaltungen an.

5 Mit Bescheid vom 20. Februar 2019 traf der Antragsgegner folgende Anordnungen:
„1. Sie haben vollständige Turnier- bzw. Tierlisten anzulegen und zu führen. Diese Listen müssen folgende Informationen/Daten enthalten:
a. Sämtliche zum Zwecke des Turniers verbrachten Pferde unabhängig von ihrem tatsächlichen Einsatz unter Angabe
- des Namens des Pferdes
- Lebensnummer bzw. Passnummer
- Transponder-Nummer, falls dem Pferd ein Transponder implantiert wurde
- des Haltungsbetriebes/der Haltungseinrichtung (Bezeichnung des Betriebes/ Haltung und vollständige Adresse (Ort der Unterbringung des Pferdes) sowie Name des Betreibers
b. den Veranstaltungsplan für sämtliche Veranstaltungstage.
2. Sie haben diese Unterlagen während der Veranstaltung aktuell zu führen, zur Vorlage bereitzuhalten sowie auf Verlangen dem zuständigen Amtstierarzt vorzulegen.
3. Diese Unterlagen sind mindestens für 2 Jahre aufzubewahren und auf Verlangen dem Veterinäramt zu übersenden, welches für den jeweiligen Veranstaltungsort zuständig ist.“

6 Ferner ordnete der Antragsgegner unter 4. die sofortige Vollziehung der Maßnahme zu 1. an.

7 Am 26. Februar 2019 hat sich der Antragsteller sowohl mit einer Klage, über die noch nicht entschieden ist (6 A 85/19), als auch mit einem Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung dieser Klage an das Gericht gewandt.

8 Er trägt vor, die Anordnung sei schon formell fehlerhaft, da weder eine Anhörung noch eine fallbezogene Ermessensausübung erfolgt sei. Der Antragsgegner verschicke seine Verfügung schematisch bei allen reiterlichen Veranstaltungen und trage noch nicht einmal das zuständige Verwaltungsgericht in seine Rechtsbehelfsbelehrung:ein. Die Anordnung belaste ihn bei den ehrenamtlich organisierten Veranstaltungen mit einem großen Verwaltungsaufwand von ca. 6 Minuten pro Pferd. Die Listen könnten nur auf dem freien Feld handschriftlich erstellt werden. Für den Antragsgegner sei es faktisch unmöglich, die bei den an jedem Wochenende in Niedersachsen stattfindenden Veranstaltungen in großer Zahl anfallenden handschriftlichen Daten sinnvoll auszuwerten. Es bestehe tatsächlich keinerlei Tierseuchengefahr; die Equine infektiöse Anämie (EIA) werde nach der offiziellen Einschätzung des Friedrich-Löffler-Instituts (FLI) hauptsächlich durch große blutsaugende Insekten übertragen und trete in Deutschland aufgrund der klimatischen Verhältnisse nur in vereinzelten Fällen, nicht aber seuchenartig auf. Im März träten die genannten Insekten aber noch gar nicht auf. Ferner sei die EIA seit einem Einzelfall im März 2018 in Deutschland nicht mehr aufgetreten und werde vom FLI in seinem Radarbulletin von Januar 2019 bereits gar nicht mehr erwähnt. Auch die Erkrankung „Rotz" - eine bakterielle Infektion - sei in Deutschland schon lange nicht mehr aufgetreten und werde vom FLI nicht gelistet. Der Antragsgegner spreche nach 8 Monaten in seinen Bescheiden immer noch von „Verdachtsfällen", während sich der Verdacht tatsächlich wohl nicht bestätigt habe.

9 Der Antragsgegner hat sich innerhalb der ihm gesetzten Frist nicht zur Sache geäußert.

II.

10 Der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der vom Antragsteller erhobenen Anfechtungsklage hinsichtlich der Ziffer 1 der Verfügung vom 14. März 2018, für die allein die sofortige Vollziehung angeordnet worden ist, hat Erfolg.

11 Das Gericht kann gemäß § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO die aufschiebende Wirkung einer Klage in den Fällen des § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO ganz oder teilweise wiederherstellen. Bei dieser vom Gericht zu treffenden Entscheidung sind die einander widerstreitenden beiderseitigen Interessen gegeneinander abzuwägen. Dabei sind der Zweck des Gesetzes und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen. Im Rahmen der Abwägung kommt dem voraussichtlichen Ausgang des Hauptsacheverfahrens besondere Bedeutung zu. Je größer die Erfolgsaussichten im Hauptsacheverfahren, desto geringer sind die an das Aussetzungsinteresse des Antragstellers zu stellenden Anforderungen. Das öffentliche Interesse wiegt demgemäß umso schwerer, je größer die Wahrscheinlichkeit ist, dass der angefochtene Verwaltungsakt rechtmäßig ist (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 24. Aufl. 2018, § 80 Rdnr. 158 m.w.N.).

12 Bei Anwendung dieser Maßstäbe überwiegt vorliegend das Aussetzungsinteresse des Antragstellers. Denn die Anordnung zu Ziffer 1 der Verfügung vom 14. März

2018 erweist sich bei der im vorliegenden Verfahren nur möglichen summarischen Prüfung als rechtswidrig.

13 Der angefochtene Bescheid ist bereits formell rechtswidrig, weil der Antragsgegner den Antragsteller nicht im Sinne des § 1 Abs. 1 NVwVfG i.V.m. § 28 Abs. 1 VwVfG angehört hat. Nach der zuletzt genannten Vorschrift ist, bevor ein Verwaltungsakt erlassen wird, der in Rechte eines Beteiligten eingreift, diesem Gelegenheit zu geben, sich zu den für die Entscheidung erheblichen Tatsachen zu äußern.

14 Es ist auch weder ersichtlich noch vom Antragsgegner dargelegt worden, dass er gemäß § 1 Abs. 1 NVwVfG i.V.m. § 28 Abs. 2 VwVfG von der Anhörung absehen konnte. Insbesondere erschien eine sofortige Entscheidung wegen Gefahr im Verzug oder im öffentlichen Interesse nicht notwendig (Abs. 2 Nr. 1). Denn ungeachtet der Frage, ob die übrigen Tatbestandsmerkmale vorlagen, bestand im Zeitraum von der Anmeldung (28. Januar 2019) bis zur Entscheidung (20. Februar 2019) ausreichend Zeit für den Antragsgegner, den Antragsteller beispielsweise per E-Mail über die beabsichtigte Maßnahme zu informieren und ihm Gelegenheit zu geben, hierzu Stellung zu nehmen. Des Weiteren ist nicht ersichtlich, dass der Anhörung ein zwingendes öffentliches Interesse entgegenstand (§ 28 Abs. 3 VwVfG).

15 Der Antragsgegner holte die erforderliche Anhörung auch nicht gemäß § 1 Abs. 1 NVwVfG i.V.m. § 45 Abs. 1 Nr. 3 und Abs. 2 VwVfG nach, sodass der ursprüngliche Mangel unbeachtlich wäre. Eine Heilung des Anhörungsmangels tritt nur ein, soweit die Anhörung nachträglich ordnungsgemäß durchgeführt und ihre Funktion für den Entscheidungsprozess der Behörde uneingeschränkt erreicht wird. Äußerungen und Stellungnahmen von Beteiligten im gerichtlichen Verfahren stellen keine nachträgliche Anhörung im Sinne dieser Regelung dar (vgl. BVerwG, Urt. v. 24.6. 2010 - 3 C 14.09 -, juris, Rn. 37; Beschluss vom 18. 4. 2017 - 9 B 54.16 -, juris, Rn. 4).

16 Die fehlende Anhörung ist außerdem nicht gemäß § 1 Abs. 1 NVwVfG i.V.m. § 46 VwVfG unbeachtlich. Nach dieser Regelung kann die Aufhebung eines Verwaltungsakts, der nicht nach § 44 nichtig ist, nicht allein deshalb beansprucht werden, weil er unter Verletzung von Vorschriften über das Verfahren, die Form oder die örtliche Zuständigkeit zustande gekommen ist, wenn offensichtlich ist, dass die Verletzung die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat. Die Annahme der „Offensichtlichkeit" in diesem Sinne ist bereits dann ausgeschlossen, wenn nach den Umständen des Falls die konkrete Möglichkeit besteht, dass ohne den Verfahrensfehler eine andere Entscheidung getroffen worden wäre (vgl. BVerwG, Beschluss vom 5.11.2013 - 2 B 60.13 -, juris, Rn. 11). In diesem Zusammenhang ist zu prüfen, was der Betroffene bei fehlerfreier Anhörung vorgetragen hätte und ob dieser Vortrag objektiv geeignet gewesen wäre, die Sachentscheidung der Behörde zu beeinflussen. Beispielsweise genügt die Feststellung, dass die Behörde eine zuvor politisch getroffene Entscheidung lediglich umgesetzt hat, nicht, um eine Beeinflussung der Sachentscheidung durch den Anhörungsfehler auszuschließen. Auch in einem solchen Fall muss der hypothetische Vortrag des Betroffenen gewürdigt werden. Die Kausalität eines Anhörungsfehlers für die zu treffende Sachentscheidung kann nicht schon deshalb verneint werden, weil die Behörde nicht nur die Notwendigkeit der Anhörung, sondern darüber hinaus verkannte, dass sie nicht rechtlich gebunden war, sondern das ihr vom Gesetz eingeräumte Ermessen auszuüben hatte. Bei Verfahrensfehlern

kann grundsätzlich nur bei einem gebundenen Verwaltungsakt oder bei einer Ermessensreduzierung auf Null von einem mangelnden Einfluss dieser Fehler auf die Sachentscheidung ausgegangen werden. Hingegen ist bei einem Verwaltungsakt, der nach Ermessen der Behörde oder unter Anwendung eines unbestimmten Gesetzesbegriffs mit einem Beurteilungsspielraum erlassen wird, von der Möglichkeit des Einflusses auf das Entscheidungsergebnis auszugehen (vgl. Stelkens/Bonk/Sachs/Sachs, 9. Aufl. 2018, § 46 VwVfG Rn. 23, der die Auffassung vertritt, der Verfahrensfehler müsse für die mit dem Verwaltungsakt getroffene Entscheidung nur ursächlich gewesen sein können). Für die Beurteilung der Kausalität sind in zeitlicher Hinsicht allein die bei Erlass des Verwaltungsakts vorliegenden Tatsachen und Erwägungen zu berücksichtigen.

17 Ausgehend von diesem Maßstab ist die Kammer nicht davon überzeugt, dass es aufgrund des Vortrags des Antragstellers im Rahmen einer durchgeführten Anhörung bei objektiver Betrachtung - also nicht aus Sicht des Antragsgegners - nicht möglich gewesen wäre, dessen Entscheidung zu beeinflussen.

18 Auch materiell ist die angefochtene Verfügung rechtswidrig.

19 Rechtsgrundlage für die angefochtene Regelung zu Ziffer 1. ist § 4 Abs. 2 der Verordnung zum Schutz gegen die Verschleppung von Tierseuchen im Viehverkehr (Viehverkehrsverordnung, abgekürzt ViehVerkV) in der Fassung vom 3. März 2010 (BGBl. I, S. 203). Danach kann die zuständige Behörde, bei der nach Absatz 1 Viehausstellungen, Viehmärkte und Veranstaltungen ähnlicher Art vom Veranstalter unter Angabe der Veranstaltungen mindestens vier Wochen vor dem jeweiligen Beginn schriftlich anzuzeigen sind, Veranstaltungen nach Absatz 1 beschränken oder verbieten, soweit dies aus Gründen der Tierseuchenbekämpfung erforderlich ist.

20 Die sachliche Zuständigkeit des Antragsgegners beruht auf § 2 Nr. 7 der Verordnung über die Zuständigkeiten auf dem Gebiet des Tiergesundheitsrechts und des Rechts der Beseitigung tierischer Nebenprodukte (ZustVO-Tier) vom 18. Juli 2011 (Nds. GVBl. 2011, S. 270) in der Fassung der Änderung durch Verordnung vom 22. August 2017 (Nds. GVBl. S. 278). Danach ist das Landesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit zuständig für die Aufgaben nach § 4 und § 6 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 der Viehverkehrsverordnung, wenn auf die Veranstaltung voraussichtlich Tiere aus einem Zuständigkeitsbereich außerhalb des Landkreises oder der kreisfreien Stadt, in dem oder der die Veranstaltung stattfindet, aufgetrieben werden. Demgegenüber sind nach § 1 Abs. 1 des Ausführungsgesetzes zum Tiergesundheitsgesetz in der Fassung vom 23. Oktober 2014 (Nds. GVBl. 2014, S. 276) die Landkreise und die kreisfreien Städte zuständig für die behördlichen Aufgaben aufgrund des Tiergesundheitsgesetzes (TierGesG), aufgrund der nach dem Tiergesundheitsgesetz erlassenen Rechtsvorschriften und aufgrund der unmittelbar geltenden Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaft oder der Europäischen Union im Anwendungsbereich des Tiergesundheitsgesetzes, soweit in diesen Vorschriften nichts anderes bestimmt ist. Dementsprechend sind die Landkreise und kreisfreien Städte zuständig, soweit es um Anordnungen nach der Verordnung zum Schutz gegen die Ansteckende Blutarmut der Einhufer (Einhufer-Blutarmut-Verordnung) vom 4. Oktober 2010 (BGBl. I S. 1326) geht. Diese sieht vor amtlicher Feststellung der Einhufer Blutarmut in § 4 Blutprobeentnahmen, in § 5 Schutzmaßnahmen im betroffenen Betrieb und in § 6 Reinigung und Desinfektion sowie nach amtlicher Feststellung der Einhufer-

Blutarmut in § 7 die öffentliche Bekanntmachung, in § 8 Schutzmaßnahmen in dem betroffenen Betrieb, in § 9 serologische Untersuchungen und in § 10 die Festlegung von Sperrbezirken vor. Aus der Systematik dieser Zuständigkeitsregelungen ergibt sich, dass die Landkreise und kreisfreien Städte in konkreten regional begrenzten Einzelfällen für bestimmte Maßnahmen zuständig sind; die Zuständigkeit schließt aber ein Handeln des Antragsgegners im überregionalen Bereich und im Bereich der Vorbeugung, wie es hier vorliegt, nicht aus. Aus der Zusammenschau der o.g. Regelungen ergibt sich keine Unzuständigkeit des Antragsgegners, der vielmehr berechtigt ist, Anordnungen insbesondere bei kreisübergreifenden Veranstaltungen zu treffen, wie dies bei den geplanten Schleppjagden des in Hamburg ansässigen Antragstellers der Fall ist. Die Einhufer-Blutarmut-Verordnung sieht anders als die Viehverkehrsverordnung auch keine Rechtsgrundlage für Verbote oder Einschränkungen von Veranstaltungen wie den geplanten Reitkursen vor. Den Landkreisen wäre es daher gar nicht möglich, eine gleichlautende Anordnung zu erlassen.

21 Bei der Prüfung des Vorliegens der Voraussetzungen des Tatbestandes des § 4 Abs. 2, Abs. 1 ViehVerkV ist zunächst zu beachten, dass bei der Definition und Auslegung der einzelnen Voraussetzungen das Tiergesundheitsgesetz (TierGesG) heranzuziehen ist. Ursprünglich wurde die Viehverkehrsverordnung auf der Ermächtigungsgrundlage von § 7 Abs. 1, § 17b Abs. 1, § 17h Nr. 1, § 73a, § 79 Abs. 1 Tierseuchengesetz erlassen. Das TierGesG ist am 1. Mai 2014 in Kraft getreten und hat das Tierseuchengesetz damit abgelöst. Soll anstelle des neuen Rechts etwas Anderes gelten, muss dies ausdrücklich bestimmt werden (Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. Aufl. 2008, Rn. 412 ff.). Eine gegenteilige Übergangsregelung gibt es nicht, vielmehr bestimmt § 43 Abs. 4 TierGesG, dass das Bundesministerium ermächtigt wird, durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates in Rechtsverordnungen, die auf Grund des Tierseuchengesetzes erlassen worden sind, die Anpassungen vorzunehmen, die erforderlich sind, um die jeweilige Rechtsverordnung an die Ablösung des ermächtigenden Gesetzes durch dieses Gesetz anzupassen. Aus dieser Übergangsregelung folgt letztlich, dass die auf der Grundlage des Tierseuchengesetzes erlassenen Rechtsverordnungen - unter anderem die Viehverkehrsverordnung - weitergelten sollen, nunmehr auf der Grundlage des TierGesG, da ansonsten eine andere Regelung getroffen worden wäre.

22 Der Anwendungsbereich des § 4 Abs. 2, Abs. 1 ViehVerkV i.V.m. § 1 Satz 1 TierGesG ist gegeben, da die Anordnung des Antragsgegners eine Maßnahme zur Vorbeugung vor Tierseuchen und deren Bekämpfung ist.

23 a) Bei den Schleppjagden handelt es sich auch um eine einer Viehausstellung ähnliche Veranstaltung im Sinne des § 4 Abs. 2, Abs. 1 ViehVerkV i.V.m. § 2 Nr. 4 Buchst. f TierGesG. Nach der Legaldefinition des § 2 Nr. 4 Buchst. a TierGesG unterfallen dem Begriff des Viehs auch die Pferde. Als einer Viehausstellung ähnliche Veranstaltung sind auch die geplanten Schleppjagden anzusehen, da die Pferde aus anderen Orten zum Veranstaltungsort transportiert werden und dort gemeinsam an der Veranstaltung teilnehmen.

24 b) Im Zeitpunkt des Erlasses der Anordnung lag jedoch weder eine Tierseuche bei Pferden vor noch drohte eine solche auszubrechen. Nach § 2 Nr. 1 TierGesG ist eine Tierseuche eine Infektion oder Krankheit, die von einem Tierseuchenerreger

unmittelbar oder mittelbar verursacht wird, bei Tieren auftritt und auf Tiere oder Menschen (Zoonosen) übertragen werden kann. Für die Bejahung des Begriffs des Vorliegens einer Tierseuche reicht insofern bereits die realistische Möglichkeit der Weiterverbreitung einer übertragbaren Krankheit auch auf der Grundlage weniger Einzelfälle aus; der Ausbruch einer Epidemie im großen Umfang ist dafür nicht erforderlich. Andernfalls würde der Schutzzweck, der mit den nach dem Tierseuchengesetz maßgeblichen vorbeugenden Schutzmaßnahmen erreicht werden soll, verfehlt (Hessischer VGH, Beschluss vom 25.4.1997 - 11 TG 1050/97 - juris Rn.10). Die Maßnahmen, zu denen § 4 Abs. 2 ViehVerkV ermächtigt, erfordern allerdings stets einen konkreten und aktuellen Anlass für Anordnungen zur Tierseuchenbekämpfung. Eine „Erforderlichkeit" von Beschränkungen aus Gründen der Tierseuchenbekämpfung setzt damit voraus, dass die Veranstaltung im konkreten Einzelfall allgemeine oder besondere Gefahren tierseuchenrechtlicher Art begründet, die es rechtfertigen, sie zu verbieten oder zu beschränken. Diese Gefahren müssen über die einer jeden solchen Veranstaltung allgemein innewohnenden Gefahr hinausgehen, die sich daraus ergibt, dass auf solchen Veranstaltungen Tiere aus unterschiedlichen Beständen und unterschiedlichen Regionen zusammenkommen. § 4 Abs. 2 ViehVerkVO ermächtigt die zuständige Behörde zu anlassbezogenen Einzelfallmaßnahmen als Reaktion auf eine Situation, in der konkrete tatsächliche Anhaltspunkte oder jedenfalls Verdachtsmomente für das Vorliegen oder baldige Auftreten einer Tierseuchengefahr bestehen (vgl. VG Hannover, Beschluss vom 11.8.2018 - 11 B 4891/18 -, nicht veröffentlicht).

25 Ein konkreter Anlass für Anordnungen aus Gründen der Tierseuchenbekämpfung kann insbesondere dann vorliegen, wenn das Friedrich-Löffler-Institut eine Empfehlung ausspricht, Maßnahmen zum Schutz von Tierbeständen zu treffen (vgl. VG Würzburg, Urt. v. 6.11.2017 - W 8 K 16.1289 -, juris Rn. 51; vgl. auch VG Lüneburg, Beschluss vom 25.04 2018 - 6 B 50/18, Beschlussabdruck S. 7). Das Friedrich-Löffler-Institut (FLI) als Bundesforschungsinstitut für Tiergesundheit ist nach § 27 Abs. 2 Nr. 2 TierGesG zuständig für die Erstellung von Risikobewertungen auf dem Gebiet der Tierseuchenbekämpfung und veröffentlicht monatlich ein sog. Radar Bulletin, in dem Aussagen zu aktuell auftretenden Tierseuchen getroffen werden. Ihm kommt insoweit nach der gesetzlichen Regelung in § 27 TierGesG für die fachliche Beurteilung von tierischen Seuchengeschehen eine vorrangige fachliche Beurteilungskompetenz zu (VG Würzburg, Urt. V. 6.11.2017 - W 8 K 16.1289 -, juris Rn. 51).

26 Nach dem auf der Internetseite des FLI veröffentlichten „Radar Bulletin Januar 2019 (21.12.2018 - 31.1.2019) besteht für Deutschland derzeit keine Gefahr einer Pferdeseuche; weder die EIA noch „Rotz" werden in dem monatlichen Bericht über das Tierseuchengeschehen überhaupt auch nur erwähnt. Aus Sicht des Friedrich-Löffler-Instituts sind damit derzeit keine Maßnahmen zur Bekämpfung der EIA erforderlich. Dass der Antragsgegner diese Gefahreneinschätzung nicht teilt, ist nicht dargelegt und erläutert worden.

27 Nach der Begründung des angefochtenen Bescheides sollen die Ausbrüche von Equiner infektiöser Anämie (EIA) im Juni 2017 in Niedersachsen und April 2018 in Mecklenburg-Vorpommern sowie die Verdachtsfälle von Rotz (Malleus) im Juni und im November 2018 innerhalb der Population von in Deutschland gehaltenen Pferden gezeigt haben, dass jederzeit mit dem Auftreten von infizierten Equiden mit bekämpfungsrelevanten Tierseuchen zu rechnen sei.

Auf der Internetseite des Antragsgegners (Stand 6.2.2018) heißt es dazu:

„Am 8. Juni 2017 wurde die Ansteckende Blutarmut der Einhufer erstmals bei einem Pferd in Niedersachsen amtlich festgestellt.

Die Ansteckende Blutarmut der Einhufer (Syn. Equine Infektiöse Anämie, Infektiöse Anämie der Einhufer) ist eine durch ein Lentivirus, Familie Retroviridae, hervorgerufene Erkrankung von Tieren der Familie Equidae (u. a. Pferde, Esel, Maultiere). Das Virus wird durch das Blut infizierter Equiden übertragen. Infizierte Tiere sind dauerhaft Virusträger.

Die Ansteckende Blutarmut der Einhufer kommt weltweit vor, tritt jedoch regional gehäuft in Nord- und Südamerika, Asien, Afrika, Australien sowie Süd- und Osteuropa auf. In Rumänien ist sie endemisch.

In Deutschland wurde die Seuche in den letzten Jahren vereinzelt in Baden-Württemberg, Bayern, Hessen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Sachsen und Thüringen beobachtet. Für das Jahr 2017 verzeichnet die zentrale Tierseuchendatenbank des Friedrich-Loeffler-Instituts 14 Seuchenfeststellungen in Deutschland. Erstmals wurde die Ansteckende Blutarmut auch in Niedersachsen, Hamburg und Schleswig-Holstein festgestellt.

Übertragung

Der Erreger, der sich im Blut von Equiden vermehrt, wird durch große stechend-saugende Insekten wie Pferdebremsen oder Stechfliegen übertragen. Die Anwendung von kontaminierten Medizinprodukten sowie Geräten und Instrumenten ist mit einem großen Risiko einer Virusübertragung verbunden. Das Virus kann auch mit Milch, Speichel, Harn und Kot sowie intrauterin oder per Deckakt übertragen werden. Eine Übertragung von Tier zu Tier, etwa im Rahmen von Pferdesportveranstaltungen, ist möglich, erfordert aber einen engen Kontakt der Tiere."

Nach einem Bericht der Internet-Seite „wir-sind-tierarzt.de" sind amtlich bestätigt für 2017 elf Fälle von Equiner Infektiöser Anämie (EIA) in fünf Ställen (Tierzahlen in Klammern): Verden (1), Düsseldorf (3), Bentheim (1), Hamburg (3), Tagmersheim (Landkreis Donau-Ries / 3) aufgetreten. Den Zusammenhang mit dem Polosport habe inzwischen auch das Friedrich-Loeffler-Institut (FLI - Nationales Referenzlabor für EIA) der Nachrichtenagentur dpa bestätigt. In F. (Landkreis Lüneburg/Nds.) seien zwei Kontaktpferde (Polo-Turnier) identifiziert worden. Die ersten Blutuntersuchungen seien aber negativ gewesen. Trotzdem hätten die Behörden bis zu den Nachuntersuchungen Ende August für den Stall ein Verbringungsverbot ausgesprochen und eine Stallpflicht angeordnet. Gleiches gelte für einen weiteren Stall in G.

Auch Holland habe inzwischen einen bestätigten Ausbruch gemeldet. Ob ein Zusammenhang mit den Fällen in Deutschland bestehe, sei (noch) offen. Nach weiteren Berichten dieser Seite soll es 2017 weitere Fälle in der Schweiz, in Spanien und in Mazedonien gegeben haben, und zwar jeweils bei Polopferden.

Ende März 2018 ist in Mecklenburg-Vorpommern bei einem Bestand aus Ludwigslust-Parchim ein Fall der Equinen Infektiösen Anämie (EIA) nachgewiesen worden. Nach einem Bericht der SVZ vom 4. April 2018 hat der Landkreis Ludwigslust-Parchim das Pferd töten lassen und um den Betrieb des erkrankten Pferdes einen Sperrbezirk mit einem Radius von 1 Km eingerichtet. Ferner müssten alle Einhufer der Region eingestallt werden und Ausstellungen, Märkte und Veranstaltungen seien verboten worden.

3 Weitere Fälle sind nach Recherchen des Gerichts nicht bekannt geworden.
23 Demgegenüber weist die detaillierte Auswertung der Pferdeseuchen des schweizer
3 Bundesamtes für Lebensmittelsicherheit und Veterinärwesen (Stand 6.3.2019) in der Schweiz nur einen einzigen Fall von EIA am 7. Juli 2017 seit 1991 auf.
3 Zu der Erkrankung „Rotz" heißt es auf der Internetseite des Antragsgegners:
4 „Rotz bei einem Pferd in Niedersachsen
Stand: 03.03.2015 Bei einem Pferd aus Niedersachsen hat sich der Verdacht auf die Infektionskrankheit „Rotz" bestätigt. Es war im Rahmen einer routinemäßigen Untersuchung für den Export in die USA Ende November 2014 aufgefallen. Die Infektion wurde nach weitergehenden Untersuchungen des ...-Instituts (FLI) jetzt amtlich festgestellt. Das Pferd wurde seit November 2014 in einem Bestand im Landkreis Osnabrück gehalten. In Deutschland war die Infektionskrankheit seit 1956 nicht mehr nachgewiesen worden.
Das Pferd zeigte während des gesamten Untersuchungszeitraumes keine klinischen Erscheinungen. Vor dem Hintergrund der unerklärlichen positiven Ergebnisse und der epidemiologischen Rotzsituation in Deutschland wurde das Pferd am 13. Dezember 2014 diagnostisch getötet. Die bakteriologischen und molekularbiologischen Untersuchungen der Organe verliefen negativ; im Rahmen der immunhistologischen Untersuchungen war keine eindeutige Aussage bezüglich des Nachweises von Burkholderia mallei möglich. Daraufhin wurden gezielt Hautproben molekularbiologisch untersucht. In diesen Proben hat das FLI nun „Rotz"-spezifische DNA nachgewiesen, die Infektion wurde somit am 27.01.2015 amtlich bestätigt.
Die übrigen Pferde des Bestandes wurden zwischenzeitlich dreimal mit negativem Ergebnis im Abstand von jeweils zwei Wochen untersucht. In Beständen, in denen sich das Pferd vorher befand, werden nun weitere Untersuchungen durchgeführt. Wie sich das betroffene Pferd infiziert hat, ist bisher nicht geklärt.
Die bakterielle Infektionskrankheit „Rotz" (Burkholderia Mallei) ist eine anzeigepflichtige Tierseuche, tritt vornehmlich bei Einhufern (Pferde, Esel, Maultiere, Zebras) auf und wird durch Körpersekrete übertragen. Die Erkrankung kann in Form knotiger und geschwülstiger Entzündungen in der Haut (Hautrotz), der Nasenschleimhaut (Nasenrotz) und der Lunge (Lungenrotz) auftreten. Bei Pferden dominiert die chronische oder latente Verlaufsform, wodurch sich die Krankheit manchmal auch unerkannt verbreitet.
„Rotz" kann auch auf andere Säugetiere und - bei engem direktem Kontakt zu erkrankten Tieren - auch auf den Menschen übertragen werden, etwa über kleine Hautläsionen. In der Vergangenheit waren Ansteckungen bei Menschen selbst bei hohen Erkrankungshäufigkeiten in der Pferdepopulation aber sehr selten. Bis Anfang des 20. Jahrhunderts war „Rotz" weltweit verbreitet, wurde in Westeuropa und Nordamerika aber in den fünfziger Jahren weitgehend ausgerottet. In Deutschland trat der letzte Fall bei Pferden 1956 auf. Zuletzt war die Krankheit in Südamerika und Asien wieder vermehrt aufgetaucht."
3 Angesichts des Umstandes, dass die Pferdeseuche „Rotz" nur in einem einzigen
5 bestätigten Fall Ende 2014 auftrat und aktuelle Fälle weder bekannt noch etwa vom FLI gelistet sind, vermag die Kammer keine hinreichend gegenwärtige Gefahr des Ausbruchs dieser Seuche festzustellen, der mit Anordnungen zu begegnen wäre.
3 Auch die Gefahr einer Ausbreitung der EIA kann gegenwärtig - anders als zum
6 Zeitpunkt der Kammerentscheidung vom 25. April 2018 (6 B 50/18) - nicht mehr

angenommen werden, denn der damals bestätigte Fall von März 2018 ist vereinzelt geblieben. Danach ist die Erkrankung in Deutschland nicht mehr aufgetreten. Die Kammer schließt sich daher der schon im August 2018 vom Verwaltungsgericht Hannover (a.a.O.) vertretenen Auffassung an, dass aktuell nicht festgestellt werden kann, dass aus tierseuchenrechtlichen Gründen derzeit besondere Maßnahmen zum Schutz von Pferden erforderlich sind.

37 Im Übrigen hält die Kammer auch das Argument des Antragstellers für zutreffend, dass gegenwärtig - im März 2019 - noch nicht mit einer Übertragung der Krankheit zu rechnen ist, weil derzeit noch keine blutsaugenden Insekten, die wesentlichen Überträger der EIA, aktiv sind. Für die Nacht vom 9. auf den 10. März 2019 sind für C. Temperaturen von 3 Grad vorhergesagt.

38 Schließlich bestehen auch erhebliche Zweifel an der Eignung der angeordneten Maßnahme zur effektiven Seuchenbekämpfung. Dazu hat die Kammer noch in ihrem Beschluss vom 25. April 2018 ausgeführt:

„Die Anordnung zur Erstellung von Turnier-/Tierlisten war nach der anzuwendenden ex-ante Betrachtungsweise erforderlich zur Bekämpfung der EIA. Aufgrund des dynamischen Seuchengeschehens und der daher bestehenden aktuellen Gefahrenlage mit kurzfristigem Handlungsbedarf war die Beurteilung der Erforderlichkeit durch den Antragsgegner rechtlich nicht zu beanstanden. Insbesondere bei der uneingeschränkten gerichtlichen Nachprüfung der Erforderlichkeit (BVerfG, Beschluss vom 20.4.2017 - 2 BvR 1754/14 - juris Orientierungssatz 2b und 2c) kommt es, da eine Prognoseentscheidung getroffen werden muss, darauf an, ob aus der ex-ante-Sicht eines objektiven Betrachters im Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung die Voraussetzungen für die Anordnung der Turnier-/Tierlisten vorlagen (VG Gera, Urt. v. 17.3.2008 - 3 K 1513/07 Ge - juris Rn. 138). Die Erforderlichkeit der Anordnung zur Tierseuchenbekämpfung liegt vor, wenn das gewählte Mittel für diesen bestimmten Zweck geeignet ist und kein milderes Mittel existiert. Der Zweck wird bereits durch § 4 Abs. 2 ViehVerkV bestimmt, der vorsieht, dass die Beschränkung oder das Verbot der Viehausstellung nur zum Zwecke der Tierseuchenbekämpfung angeordnet werden darf. Die Erstellung von Turnier-/Tierlisten wurde vom Antragsgegner zur Bekämpfung der EIA angeordnet. Insbesondere zielte die Maßnahme darauf ab, die weitere Verbreitung der Tierseuche und ein Einschleppen in und von anderen Gebieten zu verhindern (vgl. OVG Brandenburg, Beschluss vom 5.6.1997 - 4 B 65/97 - NVwZ 1997, 811-815). Die vom Antragsteller verlangten Turnier-/Tierlisten sind erforderlich, um Herkunftsorte und Bewegungen der gehaltenen Pferde zu ermitteln und auf diese Weise Erkenntnisse über mögliche Verbreitungswege und die Herkunft der Erkrankung zu gewinnen. So ist es keineswegs fernliegend, dass etwa Pferde aus Ludwigslust oder aus anderen Beständen in Mecklenburg-Vorpommern auch an Reitveranstaltungen in Niedersachsen teilnehmen. Eine solche Beteiligung kann aber nur mit den gewünschten Listen festgestellt werden. Es gibt aktuell auch keine Erkenntnisse darüber, dass - wie offenbar 2017 - die Erkrankung nur im Zusammenhang mit Polopferden auftritt."

39 Mittlerweile hat der Antragsgegner seine Verfügung zu 3. abgeändert; im Bescheid vom 14. März 2018 wurde dem Veranstalter noch aufgegeben, bis spätestens drei Tage nach Ende der Veranstaltung alle Unterlagen dem zuständigen Veterinäramt zu übersenden. Darauf wie auf die Anordnung der sofortigen Vollziehung der Regelungen zu 2. und 3., die die Einsichtsrechte der Amtsveterinäre begründen

sollen, hat der Antragsgegner nunmehr verzichtet. Ob die Unterlagen, deren Führung der Antragsgegner seit Januar 2018 bei jeder Anzeige im Sinne des § 4 ViehVerkVO automatisch anordnet, überhaupt von den Veterinärämtern angefordert und bearbeitet worden sind, ist nicht bekannt. Angesichts der großen Menge handschriftlicher Aufzeichnungen, deren Umfang der Antragsteller eingehend dargelegt hat, ist zweifelhaft, ob eine systematische Auswertung überhaupt möglich ist. Geeignet für die schnelle Eingrenzung einer Seuche sind die Unterlagen nicht.

40 Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO. Die Festsetzung des Streitwerts folgt aus §§ 53 Abs. 2, 52 Abs. 1 und 2 GKG.

Zitiervorschlag:
VG Lüneburg Beschl. v. 7.3.2019 – 6 B 17/19, BeckRS 2019, 3799

BeckRS 2018, 28599

VGH Mannheim, Beschluss vom 09.11.2018 - 10 S 1808/18

Titel:
Luftreinhalteplanung, Immissionsgrenzwerte, Fortschreibung, Verkehrsverbot, Vollstreckung
Normenkette:
VwGO § 113 Abs. 5 S. 2, § 122 Abs. 2 S. 3, § 146, § 147
Amtliche Leitsätze:
1. Das verfassungsrechtlich gewährleistete Gebot effektiven Rechtsschutzes verlangt eine wirkungsvolle Vollstreckung, die verhindern helfen soll, dass sich die Behörde über rechtskräftige Gerichtsentscheidungen hinwegsetzt, etwa indem sie die titulierte Verpflichtung nur zum Teil oder nur verzögert erfüllt.
2. Die Rechtskraft eines Bescheidungsurteils umfasst die Verpflichtung der Behörde, die im Urteilstenor geforderte Entscheidung "unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts" zu treffen. Der Umfang der materiellen Rechtskraft und damit der Bindungswirkung lässt sich dabei noch nicht aus dem Tenor selbst, sondern erst in einer Zusammenschau mit den Entscheidungsgründen entnehmen.
3. Aus dem zu vollstreckenden Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 27.02.2018 - 7 C 30.17 - ist das Land verpflichtet, bei der Fortschreibung des Luftreinhalteplans für Stuttgart bereits jetzt ein Verkehrsverbot auch für Euro-5-Dieselfahrzeuge verbindlich vorzusehen (mit den nach Maßgabe des Urteils zulässigen Einschränkungen).
Rechtsgebiet:
Verwaltungsverfahren und -prozess
Schlagworte:
Zwangsgeld, Behörde, Dieselfahrverbot
vorgehend:
VG Stuttgart, Beschluss vom 26.07.2018 - 13 K 3813/18 (Rechtskraft: unbekannt)
Fundstellen:
DÖV 2019, 164 (Ls.)
KommJur 2019, 214

LSK 2018, 28599
NVwZ-RR 2019, 405
VBlBW 2019, 155
ZfS 2019, 54
Entscheidungsbesprechungen:
NZV 2019, 159
ECLI:
ECLI:DE:VGHBW:2018:1109.10S1808.18.0A
Rechtskraft:
rechtskräftig

Text1

VGH Baden-Württemberg Beschluss vom 9.11.2018, 10 S 1808/18

Tenor:

Die Beschwerde des Vollstreckungsschuldners gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Stuttgart vom 26. Juli 2018 - 13 K 3813/18 - wird zurückgewiesen.
Der Vollstreckungsschuldner trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen, die diese selbst trägt.

Gründe:

1 Die Beschwerde des Vollstreckungsschuldners gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Stuttgart vom 26.07.2018 - 13 K 3813/18 -, mit welchem dem Land Baden-Württemberg für den Fall, dass es der im Urteil des Verwaltungsgerichts Stuttgart vom 26.07.2017 - 13 K 5412/15 - auferlegten Verpflichtung zur Fortschreibung des Luftreinhalteplans für den Regierungsbezirk S./Teilplan Landeshauptstadt S. unter Beachtung der Maßgaben des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 27.02.2018 - 7 C 30.17 - nicht bis zum 31.08.2018 nachkommt, die Festsetzung eines Zwangsgelds in Höhe von 10.000,-- EUR angedroht wurde, ist zulässig (§§ 146, 147 VwGO), aber unbegründet.

2 Das Verwaltungsgericht hat im angegriffenen Beschluss vom 26.07.2018 im Wesentlichen ausgeführt, dass der Vollstreckungsschuldner seiner in den genannten Urteilen ausgesprochenen Verpflichtung zur Fortschreibung des (Teil-)Luftreinhalteplans für Stuttgart mit dem Planentwurf zur 3. Fortschreibung nicht in vollem Umfang nachgekommen sei, weil dieser Planentwurf keine verbindlichen Regelungen über ein zonales Verkehrsverbot für Dieselfahrzeuge der Abgasnorm Euro 5/V vorsehe. Die dem Vollstreckungsschuldner in dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts eingeräumten Handlungsspielräume beträfen die nähere Ausgestaltung dieses Verkehrsverbots für Dieselfahrzeuge der Abgasnorm Euro 5/V; so seien in Bezug auf ein solches Verkehrsverbot (in bestimmten Grenzen) Übergangsregelungen, Ausnahmen und Vorbehalte teils nötig, teils möglich. Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts befreie den Vollstreckungsschuldner aber nicht von seiner Verpflichtung, bereits jetzt ein solches Verkehrsverbot im Rahmen der Fortschreibung der Luftreinhalteplanung verbindlich zu regeln.

3 Demgegenüber macht der Vollstreckungsschuldner mit seiner Beschwerde unter

anderem geltend: Das Bundesverwaltungsgericht habe in seinem Urteil entschieden, dass für „die noch neueren Euro-5-Fahrzeuge zonale Verbote jedenfalls nicht vor dem 01.09.2019 in Betracht" kommen würden und dass bei „der Festlegung des Zeitpunkts der Geltung von etwaigen Verkehrsverboten für Dieselfahrzeuge insbesondere der Abgasnorm Euro 5 [...] der Beklagte anhand aktueller Erhebungen zudem die zwischenzeitliche Entwicklung der Grenzwertüberschreitungen zu berücksichtigen haben" werde; sollten „Grenzwertüberschreitungen deutlich stärker als bisher prognostiziert abnehmen, wäre hierauf gegebenenfalls mit einem Verzicht auf die oder einer späteren Einführung eines Verkehrsverbotes jedenfalls für Dieselfahrzeuge, die der Abgasnorm Euro 5 gerecht werden, zu reagieren". Wie der Plangeber diese Reaktionsmöglichkeit ausgestalte, habe das Bundesverwaltungsgericht offengelassen und bewusst davon abgesehen, insoweit nähere Vorgaben zum Verfahren oder zu den materiellen Voraussetzungen zu machen. In dem Urteil habe das Bundesverwaltungsgericht Verkehrsverbote für Dieselfahrzeuge der Abgasnorm Euro 5 nicht gefordert, sondern nur deren generelle rechtliche Zulässigkeit bejaht. Es habe dabei klargestellt, dass solche Verkehrsverbote nur ultima ratio zur Grenzwerteinhaltung seien und aus Gründen der Verhältnismäßigkeit frühestens ab 01.09.2019 ergriffen werden dürften, selbst dies aber dann nicht, wenn „Grenzwertüberschreitungen deutlich stärker als bisher prognostiziert abnehmen" würden. Wenn aber das Bundesverwaltungsgericht ein Szenario aufzeige, wie auf Verkehrsverbote für Euro-5-Dieselfahrzeuge gänzlich verzichtet werden könne, und eben dieses Szenario angestrebt werde, insbesondere durch das von der Bundesregierung am 01.10.2018 vorgestellte „Konzept für saubere Luft und die Sicherung der individuellen Mobilität in unseren Städten" („Diesel-Papier"), bestehe kein Grund und keine Pflicht, ein Verkehrsverbot für Euro-5-Dieselfahrzeuge, welches möglicherweise niemals greifen werde, bereits jetzt in den fortzuschreibenden Luftreinhalteplan aufzunehmen.

4 Das Vorbringen des Vollstreckungsschuldners vermag der Beschwerde nicht zum Erfolg zu verhelfen. Der Vollstreckungsschuldner stützt sich mit seinem Vorbringen auf einzelne Aussagen im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, die aus dem Zusammenhang herausgelöst interpretiert werden, und verkennt damit den Inhalt dieser Entscheidung, wie sich dieser mit Blick auf das gesamte Urteil ergibt. Dies alles ist mit einer zutreffenden Begründung bereits vom Verwaltungsgericht im angegriffenen Beschluss vom 26.07.2018 (Beschlussabdruck S. 11 ff., BeckRS 2018, 17398 Rn. 37 ff.) und ergänzend im Beschluss vom 21.09.2018 - 13 K 8951/18 - (Beschlussabdruck S. 7 ff., BeckRS 2018, 22863 Rn. 22 ff.), der Gegenstand des Beschwerdeverfahrens 10 S 2316/18 ist, ausgeführt worden; um Wiederholungen zu vermeiden, wird zunächst auf diese - überzeugenden - Ausführungen verwiesen (§ 122 Abs. 2 Satz 3 VwGO).

5 § 172 Satz 1 VwGO setzt für die Vollstreckung voraus, dass die Behörde der ihr im Vollstreckungstitel auferlegten Verpflichtung trotz ausreichender Zeit nicht vollständig nachkommt, mithin eine grundlose Säumnis vorliegt. Besteht die Verpflichtung darin, einen Luftreinhalteplan in einer bestimmten Weise fortzuschreiben, so liegt eine grundlose Säumnis bereits dann vor, wenn die Behörde davon absieht, die zur Erfüllung der konkreten Verpflichtung erforderlichen Schritte jeweils zeitnah vorzunehmen. Das verfassungsrechtlich gewährleistete Gebot effektiven Rechtsschutzes verlangt eine wirkungsvolle Vollstreckung (vgl.

BVerfG, Beschluss vom 09.08.1999 - 1 BvR 2245/98 - NVwZ 1999, 1330), die verhindern helfen soll, dass sich die Behörde über rechtskräftige Gerichtsentscheidungen hinwegsetzt, etwa indem sie die titulierte Verpflichtung nur zum Teil oder nur verzögert erfüllt (vgl. OVG Hamburg, Beschluss vom 14.02.2017 - 1 So 63/16 - juris Rn. 39, 43; Heckmann in Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl., § 172 Rn. 58 f., 62; W.-R. Schenke in Kopp/Schenke, VwGO, 24. Aufl., § 172 Rn. 6, 6b; Porz in Fehling/Kastner/Störmer, Verwaltungsrecht, 4. Aufl., VwGO § 172 Rn. 6).

6 Mit dem Verwaltungsgericht ist auch der Senat der Auffassung, dass der Vollstreckungsschuldner mit der von ihm in Gang gesetzten 3. Fortschreibung des Luftreinhalteplans die titulierte Verpflichtung aus den Bescheidungsurteilen nur unvollkommen erfüllt. Die Rechtskraft eines Bescheidungsurteils umfasst die Verpflichtung der Behörde, die im Urteilstenor geforderte Entscheidung „unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts" zu treffen (vgl. § 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO, der bei einer allgemeinen Leistungsklage entsprechend gilt). Da diese Rechtsauffassung sich nicht aus dem Urteilstenor selbst entnehmen lässt, ergibt sich der Umfang der materiellen Rechtskraft und damit der Bindungswirkung notwendigerweise aus den Entscheidungsgründen, in denen die - von der Behörde zu beachtende - Rechtsauffassung des Gerichts im Einzelnen dargelegt wird (stRspr, vgl. nur BVerwG, Urteile vom 27.01.1995 - 8 C 8.93 - NJW 1996, 737 und vom 03.11.1994 - 3 C 30.93 - NVwZ 1996, 66; Beschluss vom 22.04.1987 - 7 B 76.87 - Buchholz 310 § 121 VwGO Nr. 54). Entsprechend ist anerkannt, dass auch bei einer Verurteilung zur Fortschreibung eines Luftreinhalteplans der Behörde im Sinne eines Bescheidungsurteils hinsichtlich der in Betracht zu ziehenden Maßnahmen verbindliche Vorgaben gemacht werden können, die dann in einem Vollstreckungsverfahren zu beachten sind (vgl. BVerwG, Urteil vom 05.09.2013 - 7 C 21.12 - BVerwGE 147, 312).

7 Zu den verbindlichen Vorgaben, die dem Vollstreckungsschuldner in dem maßgeblichen Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 27.02.2018 - 7 C 30.17 - unter Berücksichtigung des Urteils des Verwaltungsgerichts Stuttgart vom 26.07.2017 - 13 K 5412/15 - gemacht worden sind, gehört auch die Pflicht, bei der vorzunehmenden Fortschreibung des Luftreinhalteplans für Stuttgart bereits jetzt ein (mögliches) Verkehrsverbot für Euro-5-Dieselfahrzeuge verbindlich vorzusehen. Dies ergibt sich aus dem Folgenden:

8 Das Verwaltungsgericht hat in seinem Urteil vom 26.07.2017 den Vollstreckungsschuldner verurteilt, den geltenden Luftreinhalteplan für Stuttgart so fortzuschreiben, dass dieser die erforderlichen Maßnahmen zur schnellstmöglichen Einhaltung des über ein Kalenderjahr gemittelten Immissionsgrenzwerts für NO2 i. H. v. 40 µg/m³ und des Stundengrenzwerts für NO2 von 200 µg/m³ bei maximal 18 zugelassenen Überschreitungen im Kalenderjahr in der Umweltzone Stuttgart enthält. In den Entscheidungsgründen hat es festgestellt, dass dieses Ziel der Einhaltung der überschrittenen NO2-Immissionsgrenzwerte nach derzeitigem Erkenntnisstand nur durch die Festlegung eines ganzjährigen Verkehrsverbots in der gesamten Umweltzone Stuttgart für alle Kraftfahrzeuge mit benzin- oder gasbetriebenen Ottomotoren unterhalb der Schadstoffklasse Euro 3/III sowie für alle Kraftfahrzeuge mit Dieselmotoren unterhalb der Schadstoffklasse Euro 6/VI (bei Gewährung bestimmter Ausnahmen) erreicht oder zumindest annähernd erreicht werden kann; weiter hat das Verwaltungsgericht ausgeführt, dass das zur schnellstmöglichen Einhaltung der überschrittenen NO2-Immissionsgrenzwerte in

Betracht zu ziehende Verkehrsverbot rechtlich zulässig, insbesondere verhältnismäßig sei, und es auch nicht geboten sei, das Verkehrsverbot generell auf den 01.01.2020 zu verschieben (juris Rn. 236 ff., 290 ff., 312 ff., 330 ff., 356).

9 In dem als Vollstreckungstitel maßgeblichen Urteil vom 27.02.2018 (im Folgenden zitiert nach juris) hat das Bundesverwaltungsgericht auf die Revision des Vollstreckungsschuldners das Urteil des Verwaltungsgerichts vom 26.07.2017 geändert und den Vollstreckungsschuldner verurteilt, den Luftreinhalteplan für Stuttgart unter Beachtung der Rechtsauffassung des Bundesverwaltungsgerichts zur Zulässigkeit und Verhältnismäßigkeit von Verkehrsverboten fortzuschreiben. Gleichzeitig wurde im Urteilstenor die Revision im Übrigen zurückgewiesen und wegen überwiegender Unbegründetheit der Revision dem Vollstreckungsschuldner zusammen mit der beigeladenen Landeshauptstadt Stuttgart ¾ und dem Vollstreckungsgläubiger ¼ der Verfahrenskosten auferlegt. Gleich zu Beginn der Entscheidungsgründe hat das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil ausgeführt (juris Rn. 13):

10 Die zulässige Revision ist überwiegend nicht begründet. In Übereinstimmung mit Bundesrecht hat das Verwaltungsgericht entschieden, dass der Beklagte den am 1. Januar 2006 in Kraft getretenen und derzeit in seiner Fassung der 1. und 2. Fortschreibung vom Februar 2010 bzw. Oktober 2014 geltenden Teilplan Landeshauptstadt Stuttgart des Luftreinhalteplans für den Regierungsbezirk S. so fortzuschreiben bzw. zu ergänzen hat, dass dieser die erforderlichen Maßnahmen zur schnellstmöglichen Einhaltung des über ein Kalenderjahr gemittelten Immissionsgrenzwerts für Stickstoffdioxid (NO2) in Höhe von 40 µg/m³ und des Stundengrenzwerts für NO2 von 200 µg/m³ bei maximal 18 zugelassenen Überschreitungen im Kalenderjahr in der Umweltzone Stuttgart enthält. Im Rahmen dieser Fortschreibung hat der Beklagte ein ganzjähriges Verkehrsverbot in der Umweltzone Stuttgart für alle Kraftfahrzeuge mit benzin- oder gasbetriebenen Ottomotoren (einschließlich Hybrid-Fahrzeugen) unterhalb der Abgasnorm Euro 3 sowie für alle Kraftfahrzeuge mit Dieselmotoren unterhalb der Abgasnorm Euro 6 in Betracht zu ziehen. [...]

11 In dem Urteil (juris Rn. 18) heißt es weiter, das Verwaltungsgericht habe in tatsächlicher Hinsicht für das Bundesverwaltungsgericht bindend festgestellt, „dass ein solches Verkehrsverbot die effektivste und am besten geeignete Maßnahme ist und keine andere gleichwertige Maßnahme zur Verfügung steht, das Ziel zu erreichen (juris Rn. 243, 294)". Dies ist im Übrigen vom Vollstreckungsschuldner konzediert worden. Die - im Urteil wiedergegebene - Revisionsbegründung lautet insoweit (juris Rn. 8):

12 Zur Einhaltung des Jahresmittelgrenzwerts sei allein ein ganzjähriges zonales Verkehrsverbot für Fahrzeuge mit einer Abgasnorm schlechter als Euro 6 (Diesel) bzw. Euro 3 (Benziner) geeignet. Der mit dem Klageantrag geltend gemachte Anspruch könne nicht anders erfüllt werden als mit diesem Verkehrsverbot [...]

13 Nach den Entscheidungsgründen des Urteils (juris Rn. 13) war die Revision des Vollstreckungsschuldners nur „insoweit begründet, als das Verwaltungsgericht bei der Prüfung der Zulässigkeit und Ausgestaltung eines Verkehrsverbots dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht in vollem Umfang Rechnung getragen hat". Das Bundesverwaltungsgericht hat vor allem die Annahme des Verwaltungsgerichts, „ein sofortiges Verkehrsverbot für Kraftfahrzeuge mit Dieselmotoren unterhalb der Abgasnorm Euro 6 begegne keinen rechtlichen

Bedenken (juris Rn. 312 ff.)", nicht in jeder Hinsicht mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der auch zur Rechtsordnung der Europäischen Union gehöre, für vereinbar erklärt (juris Rn. 38 bis 40).

14 Dass das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil den Vollstreckungsschuldner nicht davon dispensiert hat, in der Fortschreibung des Luftreinhalteplans für Stuttgart, zu der er konkret verurteilt worden ist, auch die Einführung eines Verkehrsverbots für Euro-5-Dieselfahrzeuge zu regeln (es sei denn, die maßgebliche Sach- oder Rechtslage hätte sich in einer relevanten Weise geändert), hat - wie ausgeführt - bereits das Verwaltungsgericht in den vollstreckungsrechtlichen Beschlüssen vom 26.07.2018 und 21.09.2018 mit zutreffender Begründung dargelegt.

15 Die Einschränkungen, die der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit den vom Verwaltungsgericht für erforderlich erachteten Verkehrsverboten setzt, werden vom Bundesverwaltungsgericht im Wesentlichen in den Entscheidungsgründen unter der Gliederungsnummer B.1. (juris Rn. 38 bis 46) abgehandelt. Dort beginnt die weitere Untergliederung unter a), die auch die vom Vollstreckungsschuldner zur Begründung seiner Beschwerde angeführten Passagen enthält, mit dem Satz: „Mithin muss die nähere Ausgestaltung des in Betracht zu ziehenden Verkehrsverbots angemessen und für die vom Verbot Betroffenen zumutbar sein". Bereits nach dem Wortlaut dieses Einleitungssatzes geht es hier also nicht darum, ob das (nach dem Urteil des Verwaltungsgerichts vom Vollstreckungsschuldner) in Betracht zu ziehende Verkehrsverbot überhaupt in die Fortschreibung des Luftreinhalteplans aufzunehmen sein wird, sondern nur noch darum, dass dieses Verkehrsverbot in einer dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung tragenden Weise näher ausgestaltet werden muss. Insoweit verlangt das Bundesverwaltungsgericht „für zonale Verkehrsverbote eine phasenweise Einführung" dergestalt zu prüfen, „dass in einer ersten Stufe nur ältere Fahrzeuge (etwa bis zur Abgasnorm Euro 4) von Verkehrsverboten erfasst werden", während für „die noch neueren Euro-5-Fahrzeuge ... zonale Verbote jedenfalls nicht vor dem 1. September 2019 in Betracht" zu ziehen seien. Weiter wird ausgeführt, dass es für Dieselfahrzeuge der Abgasnorm Euro 4 und schlechter „keiner Übergangsfristen" bedürfe, sondern insoweit sofortige Verkehrsverbote möglich seien. Die in diesem Zusammenhang vom Bundesverwaltungsgericht mehrfach verwendeten juristischen Fachbegriffe „Übergangsfristen" bzw. „Übergangsregelungen" (juris Rn. 43, 44, 48) bezeichnen dabei Bestimmungen, die neuen Regelungen beigefügt werden, um den Übergang vom alten zum neuen Recht besonders zu gestalten (vgl. Handbuch der Rechtsförmlichkeit, hrsg. vom Bundesministerium der Justiz, 3. Auflage, Rn. 412 ff.). Von „Übergangsfristen" bzw. „Übergangsregelungen" kann überhaupt nur gesprochen werden, wenn sie zusammen mit der neuen Verbotsregelung, auf die sie sich beziehen, in den fortzuschreibenden Luftreinhalteplan aufgenommen werden (vgl. Burgi/Pöhlmann, GewArch 2018, 361, 364, die „Übergangsfrist" als „eine zeitlich definierte Nicht-Anordnung des Verkehrsverbots bereits im Luftreinhalteplan" beschreiben). Entsprechendes gilt hinsichtlich der unter B.1.b) in den Entscheidungsgründen angeführten Ausnahmen von einem Verkehrsverbot, die zur Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in den Blick zu nehmen sind. Dort heißt es unter anderem (juris Rn. 45): „Auch Ausnahmeregelungen in Gestalt der Einräumung von Übergangsfristen für die Nachrüstung von Dieselfahrzeugen

namentlich der Abgasnorm Euro 5 mit geeigneter Abgasreinigungstechnik können ein Baustein zur Herstellung der Verhältnismäßigkeit des in Betracht zu ziehenden Verkehrsverbots darstellen". Diese Ausführungen setzen denklogisch die Geltung eines Verkehrsverbots für Euro-5-Dieselfahrzeuge voraus.

16 Auch die vom Bundesverwaltungsgericht in seiner Entscheidung angeführten Belegstellen zu einer phasenweisen bzw. gestuften Einführung von zonalen Verkehrsverboten (juris Rn. 42 und 47) vermögen die hieran anknüpfende Argumentation des Vollstreckungsschuldners nicht zu stützen: Das Urteil des OVG Lüneburg vom 12.05.2011 (- 12 LC 143/09 - juris Rn. 73) hatte einen am 12.07.2007 beschlossenen Luftreinhalte-Aktionsplan zum Gegenstand, der verbindlich die phasenweise Einführung von Verkehrsverboten vorsah, nämlich zeitlich gestuft für die Schadstoffgruppen 1 bis 3. In der weiteren Belegstelle für ein nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes mögliches Vorgehen in mehreren Stufen (BVerwG, Urteil vom 05.09.2013 - 7 C 21.12 - BVerwGE 147, 312 Rn. 59) wird insoweit lediglich auf den Aufsatz von Köck/Lehmann (ZUR 2013, 67, 71) verwiesen, in dem ausgeführt wird, dass „Stufenmodelle im Sinne der Gewährung von Übergangszeiten" geradezu prädestiniert dafür seien, Verhältnismäßigkeit herzustellen, „wenn der Plan aufzeigt, dass die Einhaltung [der Grenzwerte] nach Abschluss des Stufenprozesses zu erwarten ist".

17 Überdies verlangt auch die - vom Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil herausgestellte (juris Rn. 32, 34 f., 67) - unionsrechtliche Verpflichtung, den Zeitraum für die Nichteinhaltung der Grenzwerte für Stickstoffdioxid so kurz wie möglich zu halten, dass der Vollstreckungsschuldner bereits jetzt die zur Zielerreichung am besten geeigneten Luftreinhaltemaßnahmen zur schnellstmöglichen Einhaltung der überschrittenen Grenzwerte in den Luftreinhalteplan aufnimmt (unter Berücksichtigung zulässiger Einschränkungen). Würde sich der Plangeber erst im Lauf des zweiten Halbjahrs 2019 damit befassen, ob und mit welchen Einschränkungen das aus heutiger Sicht notwendige Verkehrsverbot für Euro-5-Dieselfahrzeuge in die Luftreinhalteplanung aufgenommen werden müsste, wäre die Einhaltung der im Urteil ausgesprochenen Verpflichtung zur schnellstmöglichen Reduktion der NO2-Immissionen zumindest ernsthaft in Frage gestellt (vgl. Hofmann, NVwZ 2018, 928).

18 Schließlich hat der Vollstreckungsgläubiger zutreffend darauf hingewiesen, dass schon aus dem Tenor des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts eindeutig hervorgehe, dass der Vollstreckungsschuldner nicht zu gestuften bzw. mehreren (ggf. auch nur eventuellen) Fortschreibungen des Luftreinhalteplans für Stuttgart verurteilt worden sei, sondern nur zu einer Fortschreibung, bei der allerdings die in dem Urteil zum Ausdruck gebrachte Rechtsauffassung des Bundesverwaltungsgerichts zu beachten sei, weshalb grundsätzlich ein Verkehrsverbot für Euro-5-Dieselfahrzeuge bereits jetzt in den Plan aufgenommen werden müsse. Richtig ist auch das weitere Argument des Vollstreckungsgläubigers, dass allein dieses Verständnis den beiden Leitsätzen entspricht, die das Bundesverwaltungsgericht seinem Urteil beigefügt hat.

19 Zu Unrecht wird dies alles vom Vollstreckungsschuldner weitgehend ausgeblendet. Die von ihm zur Begründung seiner abweichenden Auffassung selektiv herangezogenen Passagen erscheinen indessen bei der gebotenen Gesamtbetrachtung des Urteils in einem anderen Licht. So decken sich insbesondere die Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts zur Festlegung des

Zeitpunkts der Geltung von etwaigen Verkehrsverboten [im Sinne der Gewährung von Übergangszeiten] und zur Wahrnehmung der Reaktionsmöglichkeit [nicht: „Aktionsmöglichkeit"] in dem Fall, dass Grenzwertüberschreitungen deutlich stärker abnehmen als bisher prognostiziert (juris Rn. 44), ohne weiteres mit dem Verständnis von den tragenden Gründen des Urteils, wie es das Verwaltungsgericht seinen vollstreckungsrechtlichen Beschlüssen vom 26.07.2018 und 21.09.2018 zugrunde gelegt hat. Dass bei der vom Vollstreckungsschuldner im Zusammenhang mit der Aufnahme von Verkehrsverboten im Luftreinhalteplan vorzunehmenden Abwägung divergierender Interessen im grundrechtsrelevanten Bereich eine möglichst aktuelle und auch ansonsten belastbare Erhebung und Prognose hinsichtlich der Grenzwertüberschreitungen heranzuziehen ist, ist im Übrigen eine Selbstverständlichkeit. Nichts anderes gilt mit Blick auf die im Urteil angesprochene Pflicht des Vollstreckungsschuldners, darauf zu reagieren, wenn sich eine Prognose im Nachhinein als unrichtig erweist (vgl. Schink/Fellenberg, NJW 2018, 2016, 2018). Ein Anspruch auf Fortschreibung des Luftreinhalteplans unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts steht, auch wenn er tituliert ist, unter dem Vorbehalt, dass sich die Sach- und Rechtslage nicht in rechtlich relevanter Weise ändert (vgl. BVerwG, Beschluss vom 01.06.2007 - 4 B 13.07 - BauR 2007, 1709). Dass eine solche rechtlich relevante Änderung der Sach- oder Rechtslage seit der Titulierung des Anspruchs auf Fortschreibung schon eingetreten wäre, vermag der Senat nach derzeitigem Erkenntnisstand (trotz des vom Vollstreckungsschuldner vorgelegten „Diesel-Papiers") schon im Ansatz nicht zu erkennen. Dies würde insbesondere die (derzeit allerdings nicht vorhandene) gesicherte Prognose voraussetzen, dass die vom Unionsrecht vorgegebene und vom Bundesverwaltungsgericht seinem Urteil zugrunde gelegte Verpflichtung zur schnellstmöglichen Einhaltung der überschrittenen NO2-Immissionsgrenzwerte auch anders, aber im Wesentlichen gleich wirksam erfüllt werden kann als mit einer zeitnahen Einführung eines Fahrverbots (auch) für Euro-5-Dieselfahrzeuge. Keinesfalls darf die Nichtdurchführung einer der im Urteil vorgegebenen Maßnahmen die Erreichung der angestrebten schnellstmöglichen Reduktion der NO2-Immissionen gefährden (vgl. Hofmann, NVwZ 2018, 928, 932). Die Frage, ob dem Einwand einer nachträglichen erheblichen Änderung der Sach- oder Rechtslage im Vollstreckungsverfahren nach § 172 VwGO nachzugehen ist oder ob die Behörde insoweit eine Vollstreckungsgegenklage (§ 767 ZPO i. V. m. § 167 Abs. 1 VwGO) erheben muss, braucht daher hier nicht entschieden zu werden.

20 Das Verwaltungsgericht hat in seinem Beschluss vom 26.07.2018 die Frage, ob die im Planentwurf zur 3. Fortschreibung enthaltene befristete Ausnahme für Anwohner der Landeshauptstadt Stuttgart von der als Maßnahme M1 vorgesehenen Einführung eines ab dem 01.01.2019 geltenden ganzjährigen Verkehrsverbots in der Umweltzone Stuttgart für alle Kraftfahrzeuge mit Dieselmotoren unterhalb der Abgasnorm Euro 5/V im Einklang mit den durch die Urteile auferlegten Pflichten steht, offengelassen (juris Rn. 35 f.). Vor dem Hintergrund der Verpflichtung zur schnellstmögliche Reduktion der NO2-Immissionen hält der Senat diese angesichts ihrer Weite nicht unproblematische Ausnahme deshalb im Sinne des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts als „nähere Ausgestaltung" noch von dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gedeckt, weil die dieser Gruppe (Personen, die ihren [melderechtlichen] Wohnsitz in Stuttgart haben) gewährte Übergangszeit bereits am 31.03.2019 ablaufen soll.

2 Dem verfassungsrechtlichen Gebot, effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten, kann
1 vor dem Hintergrund des schon fortgeschrittenen Verfahrens der 3. Fortschreibung des Luftreinhalteplans für Stuttgart nur so Rechnung getragen werden, dass der Vollstreckungsschuldner das Aufstellungsverfahren zügig zu Ende führt und den so aufgestellten Plan ordnungsgemäß öffentlich bekannt macht und in Kraft setzt. Daneben ist der Vollstreckungsschuldner gehalten, umgehend ein weiteres Planaufstellungsverfahren einzuleiten, um den (künftigen) Luftreinhalteplan für Stuttgart in der Fassung der 3. Fortschreibung so zu ergänzen, dass den verbindlichen Vorgaben, die dem Vollstreckungsschuldner in dem maßgeblichen Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 27.02.2018 unter Berücksichtigung des Urteils des Verwaltungsgerichts Stuttgart vom 26.07.2017 gemacht worden sind, in vollem Umfang genügt wird. Der Vollstreckungsschuldner hat die ihm im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts auferlegte Verpflichtung, bei der Fortschreibung des Luftreinhalteplans für Stuttgart bereits jetzt ein Verkehrsverbot für Euro-5-Dieselfahrzeuge (mit zulässigen Einschränkungen) verbindlich vorzusehen, so zu erfüllen, dass der durch die teilweise Nichtbefolgung des Urteils schon eingetretene Schaden nicht durch etwaige weitere Verzögerungen bei der Umsetzung des Urteils in einer dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit widersprechenden Weise vertieft wird.

2 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO. Es entsprach hier nicht der
2 Billigkeit, die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen für erstattungsfähig zu erklären (§ 162 Abs. 3 VwGO).

2 Eine Streitwertfestsetzung ist nicht erforderlich, da bei Erfolglosigkeit der
3 Beschwerde nach Nr. 5502 des Kostenverzeichnisses (Anlage 1 zu § 3 Abs. 2 GKG) lediglich eine Festgebühr erhoben wird.

2 Dieser Beschluss ist unanfechtbar.

Zitiervorschlag:
VGH Mannheim Beschl. v. 9.11.2018 – 10 S 1808/18, BeckRS 2018, 28599

BeckRS 2018, 41607

FG Hessen, Urteil vom 07.11.2018 - 4 K 1549/16

Titel:
Anwendbarkeit des § 8b Abs. 7 KStG auf im Drittland ansässige Gesellschaften
Normenketten:
KStG § 8b Abs. 7
KWG § 1 Abs. 3
Redaktioneller Leitsatz:
In Drittstaaten ansässige Unternehmen (ohne Zweigniederlassung im Inland), die die Voraussetzungen des § 1 Abs. 3 KWG erfüllen, sind nicht von § 8b Abs. 7 KStG erfasst.
Rechtsgebiete:
Einkommensteuer, Europarecht, ausl. Recht, Völkerrecht, Steuerrecht alt, Ausländer- und Asylrecht, Wertpapier-, Bank-, Börsen-, Währungsrecht, Verfahrensrecht (AO/FGO/Gemeinnützigkeitsrecht)
Schlagworte:
Gesellschaftsanteil, Firmenunternehmen, Drittstaat
Fundstellen:
EFG 2019, 926 (m. Anm. Lars Loewens)

LSK 2018, 41607
StEd 2019, 342 (Ls.)
ECLI:
ECLI:DE:FGHE:2018:1107.4K1549.16.00
Rechtskraft:
unbekannt

Tenor:

Die Körperschaftsteuerbescheide für 2005 vom 14. Dezember 2012, für 2007 vom 14. Juni 2013 und für 2009 vom 24. Juli 2013 - ergänzt durch den Vorläufigkeitsvermerk vom 05.07.2016 - jeweils in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 29. Juli 2016 werden dahingehend geändert, dass die festgesetzte Körperschaftsteuer auf 0 € herabgesetzt wird.
Die Kosten des Verfahrens hat der Beklagte zu tragen.
Die Zuziehung eines Bevollmächtigten für das Vorverfahren war notwendig.
Das Urteil ist hinsichtlich der Kosten vorläufig vollstreckbar. Der Beklagte darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe der erstattungsfähigen Kosten abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in dieser Höhe leistet.
Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

1 Die Beteiligten streiten darüber, ob § 8b Abs. 7 S. 2 KStG in den in den Streitjahren geltenden Fassungen dahingehend auszulegen sind, dass auch Körperschaften mit Sitz in einem Drittstaat, die über keine Niederlassung im Inland verfügen, von der Vorschrift erfasst sind.

2 Die Klägerin ist eine Kapitalgesellschaft in der Rechtsform einer Limited nach dem Recht der Cayman Islands. Sie wurde dort 199X unter der Nummer X im Gesellschaftsregister eingetragen. Die Klägerin investierte in den Streitjahren das bei ihr von einer Vielzahl von Gesellschaftern, bei denen es sich um Investoren handelt, angelegte Kapital. Dazu schloss die Klägerin ein Investment Management Agreement mit der A LLC; einer Limited Liability Company nach dem Recht des US-Bundesstaates C, als Investmentmanager und der B LP, einer Limited Partnership nach dem Recht des US-Bundesstaates C, als Management Company ab. Diese beiden Gesellschaften waren in den Streitjahren in D in dem US-Bundesstaat E ansässig. Das Tagesgeschäft der Klägerin wurde dementsprechend aus D, E geführt. Für die steuerliche Behandlung in den Vereinigten Staaten von Amerika wurde das Einkommen der Klägerin unmittelbar den Gesellschaftern zugerechnet. Insoweit kam es in Deutschland zu einer Freistellung. Die Klägerin investierte auch in Deutschland in Aktien börsennotierter Gesellschaften, so in die F AG, in die G AG, in die H SE & KGaA sowie in die J AG & KGaA. Dabei wurde die 1%-Grenze des § 17 EStG erreicht. In den Jahren 2005, 2007 und 2009 erzielte die Klägerin Veräußerungsgewinne aus ihren Aktiengeschäften.

3 Der dargestellte Sachverhalt ist zwischen den Beteiligten unstreitig. Zwischen den Beteiligten ist auch unstreitig, dass es sich bei einem Rechtstypenvergleich bei der Klägerin um eine der Rechtsform der deutschen GmbH vergleichbare Rechtsform und mithin steuerlich um eine Kapitalgesellschaft handelt. Ebenfalls unstreitig ist,

dass die Klägerin Sitz und Ort der Geschäftsleitung außerhalb des EU/EWR-Raumes hat. Ferner ist die Ermittlung der mit den Aktien erzielten Veräußerungsgewinne unstreitig.

4 Nachdem die Klägerin auf die ihr zuvor nicht bekannten, möglichen deutschen Steuerpflichten hingewiesen wurde, reichte sie am 27. Oktober 2010 unter anderem für die Veranlagungszeiträume 2005, 2007 und 2009 Körperschaftsteuererklärungen beim Beklagten ein und erklärte 5 % des Veräußerungsgewinns als in Deutschland zu versteuerndes Einkommen nach § 8b Abs. 2 und 3 S. 1 KStG. Mit Datum vom 19. November 2010 erließ der Beklagte erklärungsgemäß Körperschaftsteuerbescheide unter anderem für die Veranlagungszeiträume 2005, 2007 und 2009 gemäß § 164 AO unter dem Vorbehalt der Nachprüfung. Mit Prüfungsanordnung vom 19. April 2011 ordnete der Beklagte für die streitgegenständlichen Veranlagungszeiträume eine Außenprüfung an, die zu keinen abweichenden Feststellungen führte. Der Vorbehalt der Nachprüfung wurde jedoch nicht aufgehoben. Mit Datum vom 14. Dezember 2012 änderte der Beklagte die Körperschaftsteuerfestsetzungen für die streitgegenständlichen Veranlagungszeiträume nach § 164 AO. Zur Begründung führte der Beklagte aus, dass § 8b Abs. 7 KStG zur Anwendung komme, und zwar mit der Folge, dass sämtliche Veräußerungsgewinne und nicht lediglich 5 % die Bemessungsgrundlage der inländischen Besteuerung bilden.

§ 8b Abs. 7 KStG lautete im Jahr 2005 wie folgt:

"Die Absätze 1 bis 6 sind nicht auf Anteile anzuwenden, die bei Kreditinstituten und Finanzdienstleistungsinstituten nach § 1 Abs. 12 des Gesetzes über das Kreditwesen dem Handelsbuch zuzurechnen sind. Gleiches gilt für Anteile, die von Finanzunternehmen im Sinne des Gesetzes über das Kreditwesen mit dem Ziel der kurzfristigen Erzielung eines Eigenhandelserfolges erworben werden.

Satz 2 gilt auch für Kreditinstitute, Finanzdienstleistungsinstitute und Finanzunternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft oder in einem anderen Vertragsstaat des EWR-Abkommens."

5 Für die Streitjahre 2007 und 2009 galt eine an das geänderte KWG angepasste Fassung des § 8b Abs. 7 KStG:

"Die Abs. 1 bis 6 sind nicht auf Anteile anzuwenden, die bei Kreditinstituten und Finanzdienstleistungsinstituten nach § 1a des Kreditwesengesetzes dem Handelsbuch zuzurechnen sind. Gleiches gilt für Anteile, die von Finanzunternehmen im Sinne des Gesetzes über das Kreditwesen mit dem Ziel der kurzfristigen Erzielung eines Eigenhandelserfolges erworben werden. Satz 2 gilt auch für Kreditinstitute, Finanzdienstleistungsinstitute und Finanzunternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der europäischen Gemeinschaft oder in einem anderen Vertragsstaat des EWR-Abkommens."

6 Gegen die Änderungsbescheide erhob die Klägerin mit Schreiben vom 9. Januar 2013 Einsprüche.

7 Im Rahmen des Einspruchsverfahrens setzte der Beklagte die Körperschaftsteuer mit Bescheiden vom 14. Juni 2013 betreffend 2007 und vom 24. Juli 2013 betreffend 2009 neu fest, indem Veräußerungsverluste aus den Jahren 2008 und 2010 Berücksichtigung fanden. Mit Bescheid vom 5. Juli 2016 änderte der Beklagte (im Einvernehmen mit der Klägerin) den Körperschaftsteuerbescheid für 2009 (neben den nunmehr auf 0 € lautenden Bescheiden für 2008 und 2010) dahingehend, dass die darin bereits enthaltene teilweise Vorläufigkeit auf die Frage

erweitert wurde, ob die in § 17 Abs. 2 S. 6 Buchst. b) EStG im Einzelnen in Bezug genommenen Voraussetzungen in tatsächlicher Hinsicht vorliegen.

8 Soweit der Beklagte diesbezüglich während des Einspruchsverfahrens bei der Klägerin Anfragen stellte, teilte diese mit, dass sich der Streitfall an der Frage der grundsätzlichen Anwendbarkeit des § 8b Abs. 7 KStG auf im Drittland ansässige Finanzunternehmen entscheiden werde und dass sie aufgrund dieses Umstandes sowie aus Gründen der Verfahrensökonomie darauf verzichte, ihr Vorbringen zum Nichtbestehen einer Erwerbsabsicht zur Erzielung eines kurzfristigen Eigenhandelserfolges weiter zu substantiieren.

9 Die Einsprüche gegen die (geänderten) Körperschaftsteuerbescheide der Streitjahre wurden als unbegründet zurückgewiesen. Der Beklagte ist im Rahmen des Rechtsbehelfsverfahrens zur Auffassung gelangt, dass § 8b Abs. 7 S. 2 KStG auf die Klägerin als in einem Drittstaat ansässige Gesellschaft anzuwenden sei. Zur Begründung verweist er darauf, dass die Klägerin als ein Finanzunternehmen im Sinne des § 1 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 und Nr. 5 KWG und damit im Sinne des § 8b Abs. 7 S. 2 KStG zu qualifizieren sei. Daran könne § 8b Abs. 7 S. 3 KStG nichts ändern. Dass § 8b Abs. 7 S. 3 KStG die Anwendung des § 8b Abs. 7 S. 2 KStG auf Finanzunternehmen mit Sitz in einem anderen EU/EWR-Staat anordne, bedeute im Umkehrschluss nicht, dass im Drittland ansässige Finanzunternehmen nicht unter die Regelung fielen. Es gebe keine derartige Bikonditionalität von Tatbestand und Rechtsfolge in § 8b Abs. 7 S. 3 KStG, sondern die Gesamtkonzeption lasse auf einen globalen Wirkungsrahmen schließen. Der BFH und das FG Hamburg hätten dem Wortlaut des § 8b Abs. 7 S. 2 KStG eine Eindeutigkeit beigemessen, die einer Einschränkung der Vorschrift nach § 8b Abs. 7 S. 3 KStG diametral entgegenstehe. Auch sei ein Finanzunternehmen aus einem Drittstaat ein Finanzunternehmen im Sinne des KWG. Dies ergebe sich auch aus § 10a KWG. Der § 8b Abs. 2 S. 1 KStG enthalte erkennbar keine Beschränkung auf rein inländische Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute. Denn nach § 53 Abs. 1 S. 1 KWG würden inländische Zweigstellen eines im Ausland ansässigen Unternehmens als Kredit- oder Finanzdienstleistungsinstitute fingiert. Dabei seien aber im europäischen Wirtschaftsraum ansässige Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute aufgrund des sogenannten Europäischen Bankenpasses von der inländischen Finanzaufsicht und damit auch der Führung eines Handelsbuches über § 53b Abs. 1 S. 1 und 3 KWG ausgenommen. Nachdem bereits § 8b Abs. 7 S. 1 KStG keinen alleinigen Fokus auf im Inland ansässige Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute habe, müsse gleiches auch für den § 8b Abs. 7 S. 2 KStG gelten. Das werde dann auch durch § 8b Abs. 7 S. 3 KStG bestätigt, der Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute sowie Finanzunternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der EU oder des EWR den Finanzunternehmen des § 8b Abs. 7 S. 2 KStG gleichstelle. Insoweit sei § 8b Abs. 7 S. 3 KStG für die betreffenden Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute aus der EU/EWR konstitutiv und für die betreffenden Finanzunternehmen aus der EU/EWR deklaratorisch. Es könne dahinstehen, ob dieses Ergebnis dem Zeitdruck im Gesetzgebungsverfahren geschuldet sei. Es ergebe sich daraus, dass § 8b KStG kein positiv-determiniertes Regelungskonzept enthalte, sondern dass § 8b Abs. 7 KStG eine Ausnahmevorschrift zu den § 8b Abs. 1 bis 6 KStG darstelle, die ohne Zweifel auch im Drittland ansässige Körperschaften umfassten. Die Aufführung der Finanzunternehmen in § 8b Abs. 7 S. 3 KStG sei eine entbehrliche Doppelung. Soweit die Klägerin auf bei dieser Rechtsauffassung entstehende Verwerfungen

zwischen § 8b Abs. 7 S. 1 KStG (nur für im Drittland ansässige Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute mit inländischer Betriebsstätte) und § 8b Abs. 7 S. 2 KStG (alle Finanzunternehmen aus Drittstaaten unabhängig von einer Zweigniederlassung im Inland) hinweise, werde verkannt, dass es keine vollständige Kongruenz zwischen den Bereichen gebe. Schließlich würden auch Finanzunternehmen aus der EU oder dem EWR von § 8b Abs. 7 S. 3 KStG erfasst, soweit sie keine inländische Betriebsstätte hätten. Das müsse dann auch für Finanzunternehmen aus Drittstaaten gelten. Auch aus der Entstehungsgeschichte des § 8b Abs. 7 KStG ergäben sich keine anderweitigen Anhaltspunkte für eine abweichende Behandlung von im Drittland ansässigen Unternehmen. Die Vorschrift sei auf Betreiben der Kreditwirtschaft aufgenommen worden, damit Verluste im Aktien- und Derivatehandel Berücksichtigung finden könnten. Der Gesetzgeber habe bei Einführung der Regelung nicht ausdrücklich hervorgehoben, dass er das Regelungskonzept auf im Inland sowie im europäischen Wirtschaftsraum ansässige Steuerpflichtige beschränkt wissen wollte. Auch Akteure aus Drittstaaten würden am inländischen Finanzmarkt auftreten. Das entspreche auch der Teleologie der Vorschrift, die auf den Schutz des inländischen Finanzmarktes gerichtet sei. Nach dem Rechtsverständnis der Klägerin seien Finanzunternehmen aus Drittstaaten mit oder ohne inländische Betriebsstätte so zu behandeln, dass Gewinne steuerfrei, Verluste nicht abziehbar und Ergebnisse aus der Absicherung dienender Derivategeschäfte nach § 15 Abs. 4 EStG nur sehr begrenzt, nämlich nur untereinander verrechenbar wären. Damit treten negative Besteuerungsfolgen ein, die der Gesetzgeber zum Schutz des inländischen Finanzmarktes gerade habe vermeiden wollen. Es sei fernliegend, dass der Gesetzgeber diese Schutzwirkung nur auf in einem anderen Mitgliedstaat der EU bzw. dem EWR ansässige Akteure habe erstrecken wollen. Dafür spreche auch der Anwendungsvorrang des Europarechts, hier in Form der auch Drittstaaten betreffenden Kapitalverkehrsfreiheit, Art. 63 AEUV bzw. zuvor Art. 56 EGV. Die Erwerbe der Klägerin seien auch zur Erzielung eines kurzfristigen Eigenhandelserfolges im Sinne von § 8b Abs. 7 S. 2 KStG vorgenommen worden. Etwas anderes sei von der Klägerin nicht nachgewiesen worden, die aber bei diesem Auslandssachverhalt erhöhte Mitwirkungspflichten habe. Wegen weiterer Einzelheiten wird auf die Einspruchsentscheidung vom 29. Juli 2016 Bezug genommen.

10 Dagegen richtet sich die am 17. August 2016 beim Hessischen Finanzgericht eingegangene Klage.

11 Die Klägerin meint, dass § 8b Abs. 7 KStG auf sie keine Anwendung finde. Die Klägerin sei kein Finanzunternehmen im Sinne des § 8b Abs. 7 S. 2 KStG. Denn zur Begriffsbestimmung sei nach dem Wortlaut der Norm das KWG heranzuziehen, das eine aufsichtsrechtliche Wirkung nur im Fall eines Sitzes oder einer hier nicht vorliegenden Zweigniederlassung im Inland entfalten könne.

12 Das KWG diene nämlich der Sicherung und Erhaltung der Funktionsfähigkeit der Kreditwirtschaft sowie dem Schutz der Gläubiger von Kreditinstituten vor Verlust ihrer Einlagen. Es sei daher auf Unternehmen zugeschnitten, die im Inland Bankgeschäfte betreiben oder Finanzdienstleistungen erbringen würden. Der bloße Erwerb von Aktien an der Börse durch einen Anleger aus einem Drittstaat weise keinen kreditaufsichtsrechtlichen Bezug auf. § 1 KWG beziehe sich auf inländische Unternehmen. Für ausländische Unternehmen sehe das KWG in den §§ 53 ff. KWG Sondervorschriften vor, wenn diese im Inland über eine Zweigstelle Bankgeschäfte

betreiben oder Finanzdienstleistungen anbieten würden. Anderenfalls müsste die BAFin sämtliche Holdinggesellschaften der Welt kontrollieren, was von der Gesetzgebungskompetenz des Bundes nicht gedeckt sei. Dagegen spreche nicht, dass der BFH für den Fall einer inländischen Holdinggesellschaft dem Begriff des Finanzunternehmens im Sinne von § 8b Abs. 7 S. 2 KStG weit ausgelegt habe, weil in dieser Entscheidung der BFH klargestellt habe, dass § 8b Abs. 7 S. 2 KStG tatbestandlich an das Kreditwesengesetz anknüpfe und sich deshalb auf inländische Finanzunternehmen erstrecke. Gegen das Eingreifen des § 8b Abs. 7 KStG spreche bei einer Unterstellung der Einstufung als Finanzunternehmen, dass die Klägerin kein Kredit- oder Finanzdienstleistungsinstitut im Sinne des S. 1 der Vorschrift sei und nach dem Wortlaut des S. 2 in Zusammenschau mit dem S. 3 der Vorschrift Finanzunternehmen mit Sitz in einem Drittstaat nicht erfasst würden. Denn es würde einen nicht auflösbaren Widerspruch der Norm darstellen, wenn die einheitliche Regelung in § 8b Abs. 7 S. 3 KStG für Kreditinstitute, Finanzdienstleistungsinstitute und Finanzunternehmen mit Sitz in einem anderen EU- oder EWR-Staat teils konstitutiv und teils deklaratorisch wirken würde. Bei der Auslegung seien insoweit der Gesetzeswortlaut und der Sinnzusammenhang der Vorschrift zu berücksichtigen. Entscheidend sei, dass erst § 8b Abs. 7 S. 3 KStG ("Satz 2 gilt auch") den Normbefehl des S. 2 des § 8b Abs. 7 KStG für die ausländischen Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute mit Sitz in der EU bzw. EWR für anwendbar erkläre. Es wäre ein Widerspruch bei drei gleichrangig im Gesetz aufgeführten Fällen - Kreditinstitute, Finanzdienstleistungsinstitute und Finanzunternehmen - zweimal von einer konstitutiven Wirkung der Norm und einmal von einer entbehrlichen Doppelung, also einer deklaratorischen Wirkung auszugehen. Würde § 8b Abs. 7 S. 2 KStG von vornherein einen weltweiten Anwendungsbereich haben, müsse Satz 3 schlicht als überflüssig, unlogisch und als im Widerspruch zu Satz 2 stehend angesehen werden. Für das vorstehende Auslegungsergebnis spreche auch, dass die Klägerin bei Einstufung als Kreditinstitut oder Finanzdienstleistungsinstitut ohne eine inländische Zweigniederlassung unstreitig nicht unter § 8b Abs. 7 KStG fiele. Für dieses Auslegungsergebnis spreche auch die Entstehungsgeschichte des § 8b Abs. 7 KStG. Die Einführung sei mit dem Ziel erfolgt, einer drohenden Schwächung des deutschen Finanzplatzes entgegenzuwirken. Bei einer unbeschränkten Erstreckung des § 8b Abs. 7 S. 2 KStG auf Finanzunternehmen aus Drittstaaten sei dagegen keine Besteuerung nach einheitlichen Kriterien für alle drei Kategorien - Kreditinstitute, Finanzdienstleistungsinstitute und Finanzunternehmen - gewährleistet, da Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute aus Drittstaaten allenfalls bei inländischer Zweigstelle von § 8b Abs. 7 erfasst würden. § 8b Abs. 7 KStG könne auch deshalb nicht greifen, weil die Regelung nach ihrem Sinn und Zweck Kreditinstitute, Finanzdienstleistungsinstitute und Finanzunternehmen Verlustverrechnungen ohne die Begrenzungen nach § 15 Abs. 4 S. 4 und 5 EStG und auch Teilwertabschreibungen ermöglichen wolle. Dazu könne es aber nur im Fall einer inländischen Betriebsstätte und entsprechender Ermittlungen des Ergebnisses einer Betriebsstätte kommen. Dagegen seien nach § 17 Abs. 2 S. 6 EStG nicht einmal alle Veräußerungsverluste zu berücksichtigen. Auch das Europarecht führe zu keinem anderen Ergebnis, weil zum einen die Niederlassungsfreiheit nach ständiger Rechtsprechung des EuGH gegenüber der Kapitalverkehrsfreiheit vorrangig sei zum anderen könnten die EU-Grundfreiheiten

nicht dafür herangezogen werden, um entgegen Wortlaut, Systematik, Entstehungsgeschichte und Zweck einer Norm eine Steuerbelastung zu begründen.

1 Die Klägerin beantragt,

3 die Körperschaftsteuerbescheide 2005 vom 14. Dezember 2012, 2007 vom 14. Juni 2013 und 2009 vom 14. Juli 2013/5. Juli 2016 jeweils in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 29. Juli 2016 dahingehend zu ändern, dass die festgesetzte Körperschaftsteuer auf 0 € herabgesetzt wird,

die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für das Vorverfahren für notwendig zu erklären,

hilfsweise die Revision zuzulassen.

1 Der Beklagte beantragt,

4 die Klage abzuweisen,

hilfsweise die Revision zuzulassen.

1 Der Beklagte meint in Ergänzung zu den in der Einspruchsentscheidung

5 aufgeführten Gründen, dass § 8b Abs. 7 KStG im vorliegenden Fall Anwendung finden müsse. Denn mit der Formulierung "nach § 1 Abs. 12 des Gesetzes über das Kreditwesen" bzw. "nach § 1a des Kreditwesengesetzes" in Satz 1 arbeite das Gesetz mit einer normgenauen Außenverweisung auf die entsprechende Regelung im Kreditwesengesetz. Demgegenüber finde sich in Satz 2 mit der Formulierung "im Sinne des Gesetzes über das Kreditwesen" eine andere Verweisungstechnik, wonach der Normgeber eine bloße inhaltsbezogene Außenverweisung auf das Kreditwesengesetz allgemein anordne. Arbeite der Normgeber in einem Absatz einer Norm mit unterschiedlicher - im Handbuch der Rechtsförmlichkeit vorgesehenen - Verweisungstechnik, könne nicht davon ausgegangen werden, dass beide Verweisungen bei der Auslegung gleich zu behandeln seien. Die im Kern auf Sinnhaftigkeitsüberlegungen abstellende Auffassung der Klägerin verkenne, dass ihre Auslegung diesem klaren Gesetzeswortlaut des § 8b Abs. 7 S. 2 KStG widerspreche. Denn das gesetzte Recht sei bei den Finanzunternehmen gerade nicht auf Inlandskonstellation beschränkt. Deshalb könne es auch dahinstehen, ob sich die von der Klägerin angestellten Sinnhaftigkeitsüberlegungen als zutreffend erweisen könnten. Auch der BFH verstehe die Regelung des § 8b Abs. 7 S. 2 KStG und den dortigen Verweis in seinem Urteil vom 14. Januar 2009 (I R 36/08, BStBl II 2009, 671) als tatbestandliche Anknüpfung an das Kreditwesengesetz. Für das normative Verständnis des Beklagten spreche auch eine den gesamten § 8b KStG einbeziehende Betrachtung, wonach sich die Formulierung "im Sinne des" in § 8b KStG in seiner Fassung für 2009 insgesamt neunzehnmal finde. Mit den in § 8b Abs. 1 und 2 enthaltenen Verweisungen auf Einzeltatbestände des § 20 EStG werde - wie auch einige Kommentatoren klarstellten - nur auf die Begriffsbestimmung, nicht aber auf die Qualifikation der Bezüge als Einkünfte aus Kapitalvermögen verwiesen. Es sei nur zu prüfen, ob die erzielten Einkünfte ihrer Art nach unter § 20 Abs. 1 Nr. 1, 2, 9 und 10a EStG fielen. Von diesem Verständnis gehe auch die Klägerin selbst aus, wenn sie für die erzielten Veräußerungsgewinne aus den Aktientransaktionen die Steuerbefreiung nach § 8b Abs. 2 S. 1 KStG in Anspruch nehmen wolle, obwohl sie gerade keine Einkünfte aus Kapitalvermögen, sondern wegen der Subsidiarität Einkünfte aus § 17 EStG erziele. Es sei aber inkonsistent, die identische Außenverweisung in derselben Norm fünf bzw. sechs Absätze später grundlegend anders zu verstehen. Der Rechtsanwender müsse in § 8b Abs. 7 S. 2 KStG nur prüfen, ob das in Rede stehende Rechtssubjekt sich tatbestandlich,

mithin abstrakt oder seiner Art nach als Finanzunternehmen nach dem Kreditwesengesetz qualifiziere oder nicht. Es komme gerade nicht darauf an, dass das in Rede stehende Rechtssubjekt konkret der deutschen Aufsicht unterliege. Mit diesem Befund falle auch der zweite Erwägungsgrund der Klägerin, sie falle schon als in einem Drittstaat ansässige Gesellschaft nicht in den Anwendungsbereich des § 8b Abs. 7 KStG weitgehend in sich zusammen. § 8b Abs. 7 S. 2 KStG sei gerade keine Inlandsbeschränkung zu entnehmen. Zum anderen lasse sich eine solche auch aus einem Umkehrschluss nicht entnehmen. Denn die in § 8b Abs. 7 S. 2 ausdrücklich angeordnete globale Verweisung würde ins Gegenteil verkehrt werden. Es werde aber nicht verkannt, dass die Auslegung durch den Beklagten auch eine Unwucht in sich trage, indem bei den drei gleichrangig nebeneinander aufgeführten Begriffen Kreditinstitut, Finanzdienstleistungsinstitute und Finanzunternehmen das Gesetz zweimal konstitutiv und einmal nur deklaratorisch wirken solle. Die Auslegung der Klägerin überzeuge aber auch deshalb nicht, weil im Fall eines inländischen oder im EU/EWR-Raum ansässigen Finanzunternehmens eine Steuerbefreiung der gegenständlichen Beteiligungserträge nicht in Betracht komme, jedoch im Falle der Ansässigkeit in einem Drittstaat nach der durch die Klägerin begehrten Lesart des Gesetzes eine Abrechnung im Rahmen der Ermittlung des Einkommens aber gesetzlich angeordnet sein solle, was gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 GG verstoße.

16 Die Klägerin ist im Rahmen ihrer Replik der Auffassung, dass schon nicht verständlich sei, weshalb eine Verweisung auf einen Paragrafen (§ 1a KWG) normgenau sein solle, während eine Verweisung auf ein Gesetz, bei der der Beklagte von einer Verweisung auf einen bestimmten Absatz eines Paragrafen ausgehe (§ 1 Abs. 3 KWG) nicht normgenau, sondern inhaltsbezogen sein solle. Zudem treffe das Handbuch der Rechtsförmlichkeit keineswegs die Aussage, "im Sinne des" stelle eine Verweisung dar, bei der nur abstrakt an Tatbestände angeknüpft werde. Nach dem Handbuch der Rechtsförmlichkeit seien die Begriffe "nach" und "im Sinne des" damit Synonym, eine unterschiedliche Verweisungstechnik sei diesem gerade nicht zu entnehmen. Die Kommentatoren, auf die sich die Klägerin hinsichtlich der "im Sinne des"-Verweisung beziehe, würden ausdrücklich die Auffassung vertreten, dass § 8b Abs. 7 KStG keine Anwendung auf Finanzunternehmen mit Sitz im Ausland finde. Der Beklagte lasse die Frage offen, weshalb § 8b Abs. 7 S. 2 KStG auf das KWG insgesamt und nicht auf § 1 Abs. 3 KWG verweise, obgleich er davon ausgehe, es handele sich nur um eine abstrakte Verweisung auf diesen Absatz ohne Berücksichtigung des aufsichtsrechtlichen Kontextes. Der Wortlaut der Verweisung auf das KWG insgesamt spreche dagegen dafür, dass dieses insgesamt zu berücksichtigen sei, also gerade einschließlich der aufsichtsrechtlichen Unterwerfung. Die vom Beklagten zitierte BFH-Entscheidung bejahe eine tatbestandliche Anknüpfung an das Kreditwesengesetz und betone, dass ausschlaggebend für die Tatbestandsmäßigkeit von § 8b Abs. 7 S. 2 KStG die kreditwesenrechtliche Regelungslage sei, was vermuten lasse, dass der BFH nicht von einem abstrakten Begriff ausgehe, sondern von der aufsichtsrechtlichen Anknüpfung. Die S. 1 bis 3 des § 8b Abs. 7 KStG seien im Zusammenhang zu lesen, zumal es einen Zirkelschluss darstelle, bei der Auslegung des S. 2 den Umkehrschluss aus S. 3 deshalb nicht zu ziehen, weil das zunächst gefundene Auslegungsergebnis des S. 2 ein anderes sei, obgleich es gerade um die Überprüfung des Auslegungsergebnisses

des S. 2 gehe.

17 Die Beteiligten hatten im Rahmen dieses Verfahrens auch über die dem Streit über § 8b Abs. 7 KStG nachgelagerte Frage gestritten, ob der von einer beschränkt steuerpflichtigen Körperschaft erzielte Gewinn aus der Veräußerung von Anteilen an einer inländischen Kapitalgesellschaft gemäß § 8b Abs. 2 S. 1 KStG steuerfrei ist und die 5%-Regelung Anwendung findet. Der BFH hat im Verfahren I R 37/15 mit Urteil vom 31. Mai 2017 entschieden, dass der von einer beschränkt steuerpflichtigen Körperschaft erzielte Gewinn aus der Veräußerung von Anteilen an einer inländischen Kapitalgesellschaft gemäß § 8b Abs. 2 S. 1 KStG steuerfrei ist. Die Fiktion nichtabziehbarer Betriebsausgaben nach Maßgabe von § 8b Abs. 3 S. 1 KStG greift nach dem Urteil des BFH nicht, wenn die veräußernde Körperschaft im Inland über keine Betriebsstätte und keinen ständigen Vertreter verfügt. Der Beklagte hat mit Schriftsatz vom 4. Dezember 2017 deutlich gemacht, dass er dieses Urteil generell anwendet, am Klageabweisungsantrag jedoch mit Blick auf die aus seiner Sicht vorgelagerte Anwendung des § 8b Abs. 7 KStG festhält.

18 Dem Gericht haben die Körperschaftsteuerakte sowie zwei Sonderbände Rechtsbehelf, ein Sonderband Verträge und ein Sonderband Betriebsprüfungsberichte vorgelegen. Ihr Inhalt ist zum Gegenstand des Verfahrens gemacht worden.

Gründe:

1 Die Klage hat Erfolg. Sie ist zulässig und begründet.

920 Die angefochtenen Bescheide sind rechtswidrig und verletzen die Klägerin in ihren Rechten.

21 I. Die Klägerin hat Einkünfte nach § 8 Abs. 1 KStG i.V.m. §§ 49 Abs. 1 Nr. 2 e), 17 EStG. Zwischen den Beteiligten ist unstreitig, dass die 1%-Grenze überschritten ist. Das Gericht hat auch keinerlei Anhaltspunkte, daran zu zweifeln. Nach dem Recht des Quellenstaates (Deutschland) stellt sich die Klägerin als eine einer GmbH vergleichbare Körperschaft dar. Sie ist gemäß § 2 körperschaftsteuerpflichtig.

22 II. Der sich nach Maßgabe der genannten nationalen Vorschriften ergebende inländische Besteuerungsanspruch entfällt gemäß Art. 13 Abs. 5 DBA USA n.F. und Art. 1 Abs. 7 DBA USA n.F. (bzw. Art. 13 Abs. 3 und Art. 4 Abs. 1 Buchst. b DBA USA a.F.), soweit an der Klägerin Gesellschafter beteiligt sind, die in den Vereinigten Staaten von Amerika ansässig sind. Der Beklagte hat dies nach Vorlage von entsprechenden Bescheinigungen der US-Steuerbehörden durch die Klägerin bei der Besteuerung berücksichtigt. Dies ist zwischen den Beteiligten unstreitig. Im Übrigen kommt eine Beschränkung des Besteuerungsrechts nach §§ 49 Abs. 1 Nr. 2 e), 17 EStG nicht in Betracht.

23 III. Die Veräußerungsgewinne der Klägerin unterliegen der Regelung des § 8b Abs. 2 KStG. § 8b Abs. 7 KStG in den in den Streitjahren geltenden Fassungen findet hingegen keine Anwendung auf die Klägerin.

24 Ob § 8b Abs. 7 KStG auf nur in Drittstaaten ansässige Gesellschaften, die den Unternehmen im Sinne des § 1 Abs. 3 KWG entsprechen, Anwendung finden kann, ist umstritten.

25 Teilweise wird dazu die Ansicht vertreten, dass auch solche Unternehmen von § 8b Abs. 7 KStG bei unmittelbarer oder zumindest bei entsprechender Anwendung des § 8b Abs. 7 S. 2 KStG erfasst werden (für eine unmittelbare Anwendung: Schnitger, in: Schnitger/Fehrenbacher, KStG, 2. Aufl., 2018, § 8b Rn. 688; Jacob/Scheifele, IStR 2009, 304, 309; Binnewies/Zapf, GmbH-StB 2015, 226, 227; für

eine entsprechende Anwendung: Pung, in: D/P/M, KStG, 90. Lieferung, § 8b Rn. 424; einschränkend offenbar Dreyer/Herrmann, DStR 2002, 1837, 1838 und Kröner, in: Ernst & Young, KStG, 132. Aktualisierung, § 8b Rn. 286, die wohl nur im Rahmen von inländischen Zweigstellen oder Betriebsstätten ausgeübte Tätigkeiten von ausländischen Finanzunternehmen einer entsprechenden Anwendung des § 8b Abs. 7 KStG zuführen wollen).

26 Nach anderer Auffassung fallen in Drittstaaten ansässige Unternehmen, die im Inland über keine Zweigniederlassung verfügen und den Unternehmen im Sinne des § 1 Abs. 3 KWG entsprechen, weder unter § 8b Abs. 7 S. 1 KStG noch unter § 8b Abs. 7 S. 2 KStG. (Gosch, in: Gosch, KStG, 3. Aufl., 2015, § 8b Rn. 561b; Binnewies, in: Streck, KStG, 9. Aufl., 2018, § 8b Rn. 184h; Rengers, in: Blümich, EStG/KStG, 142. Lieferung, § 8b KStG Rn. 440; Kempf/Nitzschke, IStR 2016, 183, 184; Mohr/Gebhardt, IStR 2013, 401, 405; eine entsprechende Anwendung des § 8b Abs. 7 S. 2 KStG erwägend, aber wohl nicht befürwortend: Watermeyer, in: H/H/R, EStG/KStG, 287. Lieferung, § 8b KStG Rn. 232 und Herlinghaus, in: R/H/N, KStG, 2015, § 8b Rn. 507, 547; die Anwendung des § 8b Abs. 7 KStG trotz verfassungsrechtlicher Zweifel letztlich wohl verneinend Pyszka/Brauer, BB 2002, 1669, 1673).

2 Der erkennende Senat schließt sich der zuletzt genannten Auffassung an.

72 1. Bereits die Wortlautauslegung des § 8b Abs. 7 KStG führt zu dem Ergebnis, dass
8 in Drittstaaten ansässige Unternehmen, die die Voraussetzungen des § 1 Abs. 3 KWG erfüllen, nicht von § 8b Abs. 7 KStG erfasst sind.

29 a) Der Wortlaut des isoliert betrachteten § 8b Abs. 7 S. 2 KStG mit seinem Verweis in das KWG lässt zwar keinen eindeutigen Rückschluss zu, spricht aber bei Heranziehung der Grundsätze des KWG dafür, dass er sich nicht auf Gesellschaften mit Sitz in Drittstaaten bezieht. Denn die kreditwesenrechtliche Regelungslage ist für die Tatbestandsmäßigkeit des § 8b Abs. 7 S. 2 KStG ausschlaggebend (BFH-Urteil vom 14. Januar 2009 I R 36/08, BStBl II 2009, 671). Das KWG dient vornehmlich bankaufsichtsrechtlichen Zwecken und ist daher auf Unternehmen zugeschnitten, die im Inland Bankgeschäfte betreiben oder Finanzdienstleistungen erbringen (Auerbach, in Schwennicke/Auerbach, KWG, 3. Aufl. 2016, § 53 Rn. 1 ff.; Vahldiek, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, 5. Aufl., 2016, § 53 Rn. 1; Fischer, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, 5. Aufl., 2016, Einführung Rn. 166). Es handelt sich beim KWG um ein besonderes Gesetz zur (inländischen) Gewerbeaufsicht. Das KWG unterwirft bestimmte Unternehmen Verpflichtungen und Beschränkungen, die Eigenkapital- und Liquiditätsanforderungen, Berichtspflichten über die Eigenkapitalausstattung und umfangreiche Anzeigepflichten bis zum Erlaubnis- und Aufsichtserfordernis betreffen, wobei zu diesem Zweck in den beiden ersten Abschnitten des KWG die betroffenen Unternehmen definiert und bestimmte Pflichten und Solvenzvorschriften festgelegt werden (vgl. dazu Kempf/Nitzschke, IStR 2016, 183, 184). In diesen beiden Abschnitten findet sich kein territorialer Bezug. Sondervorschriften sind in §§ 53 ff. KWG enthalten. Sie betreffen Unternehmen mit Sitz im Ausland. Insoweit ist jedoch regelmäßig ein inländischer Anknüpfungspunkt durch eine Zweigniederlassung oder eine Repräsentanz gefordert. Jedenfalls ist klar, dass das KWG nicht für ein ausschließlich im Ausland operierendes Unternehmen gelten kann, sondern dass die Pflichten der ersten beiden Abschnitte des KWG unmittelbar nur auf deutsche Unternehmen Anwendung finden können (Kempf/Nitzschke, IStR 2016, 183, 184;

Gosch, in: Gosch, KStG, 3. Aufl., 2015, § 8b Rn. 561b).

30 Anders als der Beklagte meint, kann auch aus § 10a KWG nichts anderes hergeleitet werden. Es handelt sich um eine Konsolidierungsvorschrift, die den Begriff "Finanzunternehmen" nicht einmal enthält. Soweit der Beklagte die weite Auslegung des Begriffs des Finanzunternehmens unter Bezugnahme auf die BFH-Urteile vom 14. Januar 2009 (I R 36/08, BStBl II 2009, 671) und vom 12. Oktober 2011 (I R 4/11, BFH/NV 2012, 453) sowie auf das Urteil des FG Hamburg vom 14. Dezember 2010 (3 K 40/10, EFG 2011, 1186) heranzieht, um auch eine Erstreckung auf Unternehmen in Drittstaaten zu begründen, ist dem entgegenzuhalten, dass die weite Auslegung des Begriffs Finanzunternehmen im Hinblick auf den sachlichen Anwendungsbereich keine Aussage darüber trifft, ob vom Finanzunternehmen im Sinne des KWG auch solche in Drittstaaten erfasst werden.

31 b) Die vor dem Hintergrund des Bedeutungszusammenhangs erforderliche Gesamtbetrachtung des Wortlautes des § 8b Abs. 7 KStG muss ebenfalls zu der Annahme führen, dass in einem Drittstaat ansässige Gesellschaften nicht von der Vorschrift des § 8b Abs. 7 S. 2 KStG erfasst sind. Danach drängt sich für den Leser schon unter Heranziehung des Wortlauts der drei Sätze des § 8b Abs. 7 KStG der Eindruck auf, dass § 8b Abs. 7 S. 3 KStG den Anwendungsbereich des § 8b Abs. 7 KStG für Kreditinstitute, Finanzdienstleistungsinstitute und Finanzunternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft oder in einem anderen Vertragsstaat des EWR-Abkommens insgesamt konstitutiv erweitert (Gosch, in: Gosch, KStG, 3. Aufl., 2015, § 8b Rn. 561b; Kempf/Nitzschke, IStR 2016, 183, 185). So erfasst § 8b Abs. 7 S. 1 KStG Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute, die verpflichtet sind, ein Handelsbuch zu führen. Dies sind zum einen die inländischen Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute sowie zum anderen Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute, soweit sie im Inland über Zweigniederlassungen verfügen. § 8b Abs. 7 S. 2 KStG schließt ebenfalls die Anwendung des § 8b Abs. 1 bis 6 KStG aus, soweit es sich um Finanzunternehmen im Sinne des KWG handelt. Da diese nicht verpflichtet sind, ein Handelsbuch zu führen, drückt sich die fehlende Beschränkung dadurch aus, dass die Anteile mit dem Ziel der kurzfristigen Erzielung eines Eigenhandelserfolges erworben werden. Weil Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute aus dem europäischen Ausland der dortigen Finanzaufsicht unterstehen und nicht verpflichtet sind, ein Handelsbuch zu führen, erweitert § 8b Abs. 7 S. 3 KStG den Anwendungsbereich des § 8b Abs. 7 S. 1 KStG auf Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft oder in einem anderen Vertragsstaat des EWR-Abkommens. Gleichzeitig wird auch der Anwendungsbereich für Finanzunternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft oder in einem anderen Vertragsstaat des EWR-Abkommens erweitert. Es widerspräche dem Gesamtzusammenhang der drei Sätze des § 8b Abs. 7 KStG, wenn man daraus nun folgern wollte, dass die Erweiterung des § 8b Abs. 7 S. 3 KStG hinsichtlich des S. 2 lediglich deklaratorisch sei, hinsichtlich des S. 1 jedoch konstitutiv (Gosch, in: Gosch, KStG, 3. Aufl., 2015, § 8b Rn. 561b; Kempf/Nitzschke, IStR 2016, 183, 185). Denn der Gesamtzusammenhang spricht dafür, dass der Gesetzgeber mit den ersten beiden Sätzen die inländischen Konstellationen regeln und sodann mit dem S. 3 eine entsprechende Erweiterung

auf europäische Sachverhalte vornehmen wollte. Anderenfalls wäre S. 3 für die Regelungen in S. 2 überflüssig, woraus sich - auch nach Auffassung des Beklagten - eine nicht auszuräumende Unwucht des Abs. 7 ergeben würde.

32 c) Vor diesem Hintergrund wird auch deutlich, dass es nicht überzeugt, die im Gesetzestext des § 8b Abs. 7 S. 2 KStG enthaltene Wendung "im Sinne des" mit Blick auf die vorangegangenen Absätze und die Verwendung "nach" im Vorsatz dahingehend zu verstehen, dass - wie der Beklagte meint - Unternehmen erfasst sein sollen, die unabhängig von ihrer Einbettung in den Gesamtzusammenhang des KWG (mit ihrem grundsätzlich inländischen Bezug) die Voraussetzungen des § 1 Abs. 3 KWG erfüllen.

33 aa) Soweit der Beklagte dazu vorträgt, in den vorangegangenen Absätzen werde die Wendung "im Sinne des" etwa mit Blick auf § 20 EStG dahingehend verstanden, dass nur abstrakt auf die Begriffsdefinition, nicht aber auf die Qualifikation der Bezüge als Einkünfte aus Kapitalvermögen verwiesen werde, ist dies zwar zutreffend, führt aber nicht dazu, dass sich § 8b Abs. 7 S. 2 KStG auf Unternehmen bezieht, die unabhängig von ihrem Standort die Voraussetzungen des § 1 Abs. 3 KWG erfüllen. Dies ergibt sich bereits aus der Subsidiaritätsklausel des § 20 Abs. 8 EStG. Soweit nämlich danach Einkünfte der in den Abs. 1, 2 und 3 des § 20 EStG bezeichneten Art zu den Einkünften aus Land- und Forstwirtschaft, aus Gewerbebetrieb, selbständiger Arbeit oder aus Vermietung und Verpachtung gehören, sind sie diesen Einkünften zuzurechnen. Vor diesem Hintergrund wäre es fernliegend, die Wendung "im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. […] des Einkommensteuergesetzes" in den Abs. 1 und 2 des § 8b KStG dahingehend zu verstehen, dass es sich um Verweisungen auf reine Kapitaleinkünfte handelt, zumal § 8 Abs. 2 KStG für Kapitalgesellschaften ohnehin nur Einkünfte aus Gewerbebetrieb vorsieht, so dass § 8b KStG in vielen Fällen praktisch leerlaufen würde. Auch aus den vom Beklagten aufgeführten Verweisungen des § 8b KStG in das Investmentsteuergesetz oder das Außensteuergesetz lassen sich keine Schlussfolgerungen ziehen, aus denen sich ergeben würde, dass die Wendung "Finanzunternehmen im Sinne des Kreditwesengesetzes" in § 8b Abs. 7 S. 2 KStG auch ausländische Unternehmen erfasst, zumal berücksichtigt werden muss, dass der Verweis gar nicht anders als unter Bezugnahme auf § 1 Abs. 3 KWG gedacht werden kann.

34 bb) Die im Vergleich zur "im Sinne des"-Bezugnahme anderslautende Wendung "nach § 1 Abs. 12 des Gesetzes über das Kreditwesen" bzw. "nach § 1a des Kreditwesengesetzes" in S. 1 des § 8b Abs. 7 KStG führt auch zu keinem anderen Ergebnis, weil mit der Verweisung auf diese Vorschriften des KWG lediglich Einzelheiten zum Handelsbuch in Bezug genommen werden. Es ist trotz des unterschiedlichen Wortlautes ("nach" statt "im Sinne des") nicht erkennbar, dass der Gesetzgeber durch die Wortwahl etwas anderes als einen Verweis auf kreditwesenrechtliche Regelungen zum (inländischen) Finanzunternehmen oder das Handelsbuch vornehmen wollte. Die Verwendung des Wortes "nach" in S. 1 des § 8b Abs. 7 KStG ergibt sich vielmehr aus der Verbindung zum Prädikat dieses Satzes. Es sind nämlich Anteile, die "nach" § 1 Abs. 12 KWG bzw. § 1a KWG "zuzurechnen sind". Eine Verwendung der Wendung "im Sinne des" würde in diesem Zusammenhang gar keinen Sinn ergeben.

35 cc) Das Handbuch der Rechtsförmlichkeit, auf das der Beklagte Bezug nimmt, kann nicht mit Erfolg herangezogen werden, um zu einem anderen Ergebnis zu kommen.

Zum einen bindet das Handbuch der Rechtsförmlichkeit nicht das Gericht. Zum anderen enthält das Buch auch keine Ausführungen darüber, dass die Wendungen "im Sinne des" und "nach" in einer bestimmten Weise zu verstehen sein sollen. Soweit der Beklagte auf Rz. 219 und 237 des Handbuchs der Rechtsförmlichkeit des in der 3. Aufl. erschienenen Handbuchs der Rechtsförmlichkeit des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz Bezug nimmt, ergibt sich daraus lediglich, dass es eine Kategorisierung von Verweisungen gibt und dass Vorschriften, auf die verwiesen wird, in der Regel so genau wie möglich bezeichnet werden sollen (normgenaue Verweisung). Es wird bereits durch die Wortwahl ("sollen" und "in der Regel") zum Ausdruck gebracht, dass der Gesetzgeber nicht zwingend auf die einzelnen Vorschriften Bezug nehmen muss. Selbst wenn man davon ausgehen wollte, dass auf der Grundlage des Handbuchs der Rechtsförmlichkeit der Verweis in § 8b Abs. 7 S. 2 KStG sich auf § 1 Abs. 3 KWG beziehen müsste, so führt die Bezugnahme auf "Finanzunternehmen im Sinne des Kreditwesengesetzes" zu keinem anderen Ergebnis. Denn beide Bezeichnungen sind im Ergebnis deckungsgleich, weil Regelungen zum Finanzunternehmen nur in § 1 Abs. 3 KWG getroffen werden.

36 2. Die systematische Auslegung führt zu dem Ergebnis, dass in Drittstaaten ansässige Unternehmen ohne Zweigniederlassungen im Inland, die solchen des § 1 Abs. 3 KWG entsprechen, nicht in den Anwendungsbereich des § 8b Abs. 7 KStG fallen.

37 a) Der Bundesgesetzgeber macht auch an anderer Stelle deutlich, dass er zwischen Finanzunternehmen im Sinne des § 1 Abs. 3 KWG und ausländischen Unternehmen, die solchen des § 1 Abs. 3 KWG entsprechen, unterscheidet (vgl. dazu Kempf/Nitzschke, IStR 2016, 183, 185). Dies ergibt sich aus den Geldwäschevorschriften. Die in den Streitjahren gültigen (ebenso wie die gegenwärtigen) Regelungen zur Vermeidung von Geldwäsche beziehen Finanzunternehmen als Unternehmen im Sinne des § 1 Abs. 3 KWG in den Anwendungsbereich ein. Entsprechende Unternehmen mit Sitz im Ausland unterliegen den Vorschriften über die Geldwäschevermeidung nach den einschlägigen Begriffsbestimmungen (§ 1 Geldwäschegesetz in der damals gültigen Fassung) und gelten als Finanzunternehmen im Sinne des Geldwäschegesetzes, wenn sie im Inland über eine Zweigstelle verfügen.

38 b) Die Regelungen des § 17 Abs. 2 S. 6 EStG und des § 15 Abs. 4 S. 3 ff. EStG sprechen ebenfalls dafür, dass § 8b Abs. 7 KStG keine Anwendung auf Gesellschaften findet, die in Drittstaaten ansässig sind (vgl. dazu Kempf/Nitzschke, IStR 2016, 183, 187 f.).

39 aa) Die Anwendung des § 17 Abs. 2 S. 6 EStG würde zu Friktionen mit § 8b Abs. 7 KStG führen. Soweit nämlich bei einer Anwendung des § 8b Abs. 7 KStG auf Unternehmen aus Drittstaaten, die solchen des § 1 Abs. 3 KWG entsprechen, durch § 8b Abs. 7 KStG eine weitgehende Verrechnungsmöglichkeit für Verluste eingeräumt würde, würden diese durch § 17 Abs. 2 S. 6 EStG für ausländische Körperschaften wieder eingeschränkt. Im Gegensatz dazu unterliegen inländische Gesellschaften bei einer Gewinnermittlung nach §§ 4, 5 EStG einer vollständigen Verlustverrechnung.

40 bb) § 15 Abs. 4 S. 3 ff. EStG und § 8b Abs. 7 KStG sollen unter anderem den Abzug von Verlusten aus bankspezifischen Geschäften sicherstellen. § 15 Abs. 4 S. 4 EStG sieht vor, dass Verlustverrechnungen aus Termingeschäften nach S. 3 nicht

für Geschäfte gelten, die zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb bei Kreditinstituten, Finanzdienstleistungsinstituten und Finanzunternehmen im Sinne des Gesetzes über das Kreditwesen gehören oder die der Absicherung von Geschäften des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs dienen, soweit es sich nicht um Geschäfte im Sinne des S. 3 auf Aktien handelt. Das ist bei beschränkt Steuerpflichtigen nur dann der Fall, wenn sowohl die Anteile als auch das Sicherungsgeschäft im Rahmen der beschränkten Steuerpflicht zu erfassen sind, was voraussetzt, dass Grund- als auch Sicherungsgeschäft einer inländischen Betriebsstätte des beschränkt Steuerpflichtigen zugeordnet werden können. Danach würde jedenfalls die Anwendung des § 8b Abs. 7 KStG auf in Drittstaaten ansässige Unternehmen, die im Inland über keine Zweigniederlassung oder Betriebsstätte verfügen, zu Friktionen führen. Denn in dem Fall bestünde die Gefahr, dass diese Unternehmen in besonderer Weise Verlustverrechnungsverboten ausgesetzt sind. Freilich bleibt dieses Problem bei EU-/EWR-Finanzunternehmen ohne inländische Betriebsstätte im Sinne von § 8b Abs. 7 S. 3 KStG erhalten. Jedenfalls aber führt eine an der Systematik orientierte Auslegung zu dem Ergebnis, dass § 15 Abs. 4 S. 3 ff. EStG und § 8b Abs. 7 KStG aufeinander abgestimmt zur Anwendung kommen müssen, was gegen eine Einbeziehung des im Drittstaat ansässigen Unternehmens, das dem des § 1 Abs. 3 KWG entspricht und über keine Betriebsstätte im Inland verfügt, in den Anwendungsbereich des § 8b Abs. 7 KStG spricht.

41 3. Die historische Auslegung führt ebenfalls zu dem Ergebnis, dass § 8b Abs. 7 KStG keine Anwendung findet auf in Drittstaaten ansässige Unternehmen ohne Zweigniederlassungen im Inland, die solchen des § 1 Abs. 3 KWG entsprechen.

42 a) Der Bericht des Finanzausschusses (BT-Drs. 14/4626, 7) zur Einführung des § 8b Abs. 7 KStG macht deutlich, dass sich der Gesetzgeber maßgeblich an der "dem Kreditwesengesetz entnommenen Terminologie" orientiert hat, um zu gewährleisten, dass "die im Kreditwesengesetz genannten Institute und die übrigen Finanzunternehmen nach einheitlichen Kriterien entsprechend § 1 Abs. 12 KWG besteuert werden", was über die Anknüpfung an das Handelsbuch oder ersatzweise über die Anknüpfung an das Ziel der kurzfristigen Erzielung eines Eigenhandelserfolges erreicht werden soll.

43 b) Es wird ferner mit Blick auf § 8b Abs. 7 S. 3 KStG im Bericht des Finanzausschusses (BT-Drs. 14/4626, 7) betont: "Die Neuregelung gilt auch für inländische Zweigniederlassungen von Unternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft oder in einem anderen Vertragsstaat des EWR-Abkommens, die nicht der inländischen Kreditaufsicht unterliegen." Es wird insoweit ohne Differenzierung zwischen Instituten und Finanzunternehmen ganz allgemein von "Unternehmen" gesprochen, worunter sowohl Institute als auch Finanzunternehmen fallen. Dies macht deutlich, dass § 8b Abs. 7 S. 3 KStG den Anwendungsbereich des § 8b Abs. 7 S. 1 und 2 konstitutiv erweitert und nicht etwa mit Blick auf Finanzunternehmen lediglich klarstellend die Erweiterung feststellt.

44 c) Die Gesetzesmaterialien (BT-Drs. 14/4626, 7) machen auch Ausführungen zu "Kreditinstitute[n] mit Sitz in Staaten außerhalb der Europäischen Union", wobei insoweit festgestellt wird, dass diese "mit ihren inländischen Zweigniederlassungen dem Kreditwesengesetz" unterliegen und "gemäß § 1 Abs. 12 KWG ein Handelsbuch zu führen" haben. Hätte der Gesetzgeber auch Finanzunternehmen, die in Drittstaaten ansässig sind und solchen des § 1 Abs. 3 KWG entsprechen, in den Anwendungsbereich des § 8b Abs. 7 KStG einbeziehen wollen, hätte es,

nachdem er sich bereits mit Kreditinstituten mit Sitz in Staaten außerhalb der Europäischen Union befasst hat, nahegelegen, auch dazu Stellung zu nehmen. Dies ist jedoch unterblieben, was darauf schließen lässt, dass der Gesetzgeber davon ausgegangen sein dürfte, § 8b Abs. 7 S. 2 KStG nicht auf Auslandssachverhalte zu erstrecken.

45 d) Soweit der Gesetzgeber den bisherigen § 8b Abs. 7 S. 3 KStG mit Gesetz vom 20. Dezember 2016 (BGBl I 2016, 3000) aufgehoben hat und zur Begründung (BT-Drs. 18/9536, 56 f.) auf die Kapitalverkehrsfreiheit Bezug nimmt und darauf verweist, dass diese Regelung "nur deklaratorische Bedeutung" hatte und daher "entfallen" konnte, wird daraus zwar zum Teil geschlussfolgert, die weite Auslegung des § 8b Abs. 7 S. 2 KStG werde bestätigt (Schnitger, in: Schnitger/Fehrenbacher, KStG, 2. Aufl., 2018, § 8b Rn. 688). Tatsächlich führt diese Begründung der Änderung des Gesetzes zu keiner anderen Beurteilung im hier zu entscheidenden Fall. Zur verbindlichen Auslegung einer Norm ist nämlich letztlich in aller Regel die rechtsprechende Gewalt berufen, was auch für die Frage gilt, ob eine Norm konstitutiven oder deklaratorischen Charakter hat (BVerfG-Beschluss vom 17. Dezember 2013 1 BvL 5/08, BGBl I 2014, 255).

46 4. Auch die teleologische Auslegung führt zu dem Ergebnis, dass § 8b Abs. 7 KStG keine Anwendung auf in Drittstaaten ansässige Unternehmen, die solchen des § 1 Abs. 3 KWG entsprechen, finden kann.

47 Die Regelung des § 8b Abs. 7 KStG suspendiert die Anwendung der Abs. 1 bis 6 des § 8b KStG, wonach bezogene Dividenden und Gewinne aus Aktienveräußerungen grundsätzlich steuerfrei sind, während entsprechende Verluste keine Berücksichtigung finden. § 8b Abs. 7 KStG unterwirft derartige Gewinne der Besteuerung. Gleichzeitig eröffnet die Regelung des § 8b Abs. 7 KStG die Berücksichtigung von Verlusten. Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers besteht der Zweck dieser in § 8b Abs. 7 KStG vorgesehenen Ausnahme darin, negative Auswirkungen der bis dahin laut den Planungen des Gesetzgebers (entsprechend den Regelungen des § 8b Abs. 1 bis 6 KStG) vorgesehenen steuerlichen Behandlung von Aktien und Derivaten auf den institutionellen inländischen Aktien- und Derivatehandel noch vor dem Inkrafttreten des eigentlich geplanten StSenkG (vom 23. Oktober 2000, BGBl I 2000, 1433) mit dem Gesetz zur Änderung des Investitionszulagengesetzes 1999 (vom 20. Dezember 2000, BGBl I 2001, 29) zu vermeiden (BT-Drs. 14/4626, 3). Danach ging es im Ergebnis darum, befürchtete Nachteile für den Finanzplatz Deutschland und insbesondere die institutionellen Anleger abzuwenden. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber dabei besonders ausländische Unternehmen, die solchen des § 1 Abs. 3 KWG entsprechen, im Blick hatte und diese in den Anwendungsbereich der Vorschrift einbeziehen wollte. Vor diesem Hintergrund gebietet auch der Zweck der Regelung nicht, ausländische Unternehmen, die solchen des § 1 Abs. 3 KWG entsprechen, in den Anwendungsbereich des § 8b Abs. 7 KStG einzubeziehen.

48 5. Es besteht ferner keine Notwendigkeit einer entsprechenden Anwendung des § 8b Abs. 7 S. 2 KStG auf in Drittstaaten ansässige Unternehmen, die solchen des § 1 Abs. 3 KWG entsprechen und im Inland keine Zweigstelle unterhalten.

49 Die entsprechende Anwendung einer Norm im Rahmen einer Analogie setzt voraus, dass eine vom Gesetzgeber planwidrige Regelungslücke besteht, also eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes gegeben ist (BFH-Urteil vom 14.

Dezember 1995 IV R 106/94, BStBl II 1996, 226 m.w.N.). Eine solche planwidrige Regelungslücke liegt hier nicht vor. Denn es ergibt sich - wie gezeigt - aus den Materialien im Gesetzgebungsprozess, dass der Wille des historischen Gesetzgebers so verstanden werden kann, den inländischen Bankenstandort nicht zu benachteiligen, und dass der Gesetzgeber dementsprechend bewusst in erster Linie inländische Unternehmen oder inländische Zweigniederlassungen ausländischer Unternehmen in die Regelung des § 8b Abs. 7 KStG einbeziehen wollte.

50 6. Die hier vorgenommene Auslegung ist auch verfassungs- und europarechtskonform.

51 a) Der Beklagte selbst kann keine Rechte aus der Kapitalverkehrsfreiheit herleiten, sondern ist durch die Grundfreiheiten zur europarechtskonformen Anwendung des nationalen Rechts verpflichtet. Denn Begünstigte der Kapitalverkehrsfreiheit sind natürliche Personen und Gesellschaften, die in Mitgliedstaaten oder Drittstaaten ansässig sind, während die Adressaten der Grundfreiheiten die Organe der Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten sind (Ress/Ukrow, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 64. Lieferung, Art. 63 AEUV Rn. 120). Vor diesem Hintergrund erscheint es nicht vertretbar, die Grundfreiheiten zur Begründung einer Steuerpflicht eines Ausländers heranzuziehen, indem sich - wie hier - das Finanzamt als Behörde eines Mitgliedstaates auf die Kapitalverkehrsfreiheit beruft.

53 Abgesehen davon - darauf ist ergänzend hinzuweisen - verstößt die Regelung des § 8b Abs. 7 KStG unabhängig von der konkreten Situation in diesem Verfahren nicht gegen das Europarecht, indem sie die Verlustverrechnung für Finanzunternehmen im Sinne des KWG und für Finanzunternehmen, die solchen des § 1 Abs. 3 KWG entsprechen, aus EU- und EWR-Staaten zulässt, während sie solchen aus Drittstaaten versagt bleibt. Tragender Grund dafür ist die volle Steuerpflicht der Veräußerungsgewinne, die lediglich inländische und EU- bzw. EWR-Unternehmen trifft (Gosch, in: Gosch, KStG, 3. Aufl., 2015, § 8b Rn. 597).

54 b) § 8b Abs. 7 KStG begegnet auch keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, weil die Grundrechte den Staat binden, nicht aber die Verwaltung unter Berufung auf das Gleichheitsgrundrecht berechtigt wird, eine Steuerpflicht zu begründen.

55 Es ist - worauf ergänzend hinzuweisen ist - nicht erkennbar, dass der Gesetzgeber eine willkürliche Ungleichbehandlung zwischen inländischen bzw. EU-/EWR-Unternehmen und ausländischen Unternehmen mit Sitz in Drittstaaten vorgenommen hätte. Das Gleichheitsgrundrecht verbietet es nicht, zum Zwecke der Besteuerung an die Ansässigkeit anzuknüpfen. Zudem können sich ausländische juristische Personen gemäß Art. 19 Abs. 3 GG grundsätzlich nicht auf die Grundrechte berufen.

56 Es ist - auch darauf ist der Vollständigkeit halber hinzuweisen - nicht gleichheitswidrig, wenn das unter § 8b Abs. 7 KStG fallende Kreditgewerbe anders behandelt wird als das "normale" Gewerbe. Denn die Besonderheiten des institutionalisierten Kreditgewerbes rechtfertigen die unterschiedliche Behandlung (Gosch, in: Gosch, KStG, 3. Aufl., 2015, § 8b Rn. 597).

57 7. Die Frage, ob die Klägerin zur Erzielung eines kurzfristigen Eigenhandelserfolgs handelte, erübrigt sich angesichts der obigen Ausführungen, auch wenn wegen des Verzichts der Klägerin zur Mitwirkung in diesem Punkt das Vorliegen dieses Tatbestandsmerkmals vorausgesetzt werden kann.

58 8. § 8b Abs. 2 KStG findet vorliegend Anwendung. Die Fiktion einer

8 nichtabzugsfähigen Betriebsausgabe von 5% gemäß § 8b Abs. 3 KStG kommt nicht zum Tragen. Denn die Fiktion nichtabziehbarer Betriebsausgaben nach Maßgabe von § 8b Abs. 3 S. 1 KStG geht ins Leere, wenn die veräußernde Kapitalgesellschaft im Inland über keine Betriebsstätte und keinen ständigen Vertreter verfügt (BFH-Urteil vom 31. Mai 2017 I R 37/15, BStBl II 2018, 144).

5 IV. Die Kostenentscheidung beruht auf § 135 Abs. 1 FGO.

96 V. Die Entscheidung über die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines
0 Bevollmächtigten für das Vorverfahren ergeht nach § 139 Abs. 3 S. 3 FGO.

6 VI. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit wegen der Kosten erfolgt
1 gemäß § 151 Abs. 1 und 3 FGO i.V.m. § 708 Nr. 10 und § 711 ZPO.

6 VII. Gründe für die Zulassung der Revision liegen nicht vor. Denn es ist allgemein
2 anerkannt, dass eine Rechtssache nur grundsätzliche Bedeutung hat, wenn die angestrebte Revisionsentscheidung richtungsweisend sein kann, woran es regelmäßig fehlt, wenn die zu klärende Rechtsfrage nicht mehr aktuell ist, weil sie ausgelaufenes oder auslaufendes Recht betrifft, es sei denn, dass die Streitfrage noch für eine Vielzahl von Fällen entscheidungserheblich ist oder wenn sich die gleiche Rechtsfrage bei der Nachfolgeregelung stellt (Lange, in: H/H/Sp, AO/FGO, 248. Lieferung, § 115 FGO Rn. 98 f.). Da hier ausgelaufenes Recht betroffen ist und nicht ersichtlich ist, dass eine Vielzahl von Fällen betroffen ist, scheidet die Zulassung der Revision aus.

Zitiervorschlag:
FG Hessen Urt. v. 7.11.2018 – 4 K 1549/16, BeckRS 2018, 41607

BeckRS 2018, 50675

VGH Mannheim (10.Senat), Urteil vom 24.09.2018 – 10 S 2295-17

Titel:
Fahrerlaubnis, Fahreignung, Fahrerlaubnisentziehung, Fahrerlaubnisprüfung, Polen

Normenketten:
StPO § 111a
LGebG § 1, § 4
VwGO § 80 Abs. 5
LVwVG § 31
DRiG § 4 Abs. 1
RL (EU) 91/439 Art. 8 Abs. 2

Rechtsgebiete:
Verwaltungsverfahren und -prozess, Europarecht, ausl. Recht, Völkerrecht, Straßenverkehrsrecht

Schlagworte:
Fahrerlaubnis, Fahreignung, Fahrerlaubnisentziehung, Fahrerlaubnisprüfung, Polen

vorgehend:
VG Freiburg, Urteil vom 21.02.2017 - 3 K 2952/15 (Rechtskraft: unbekannt)

nachfolgend:
BVerwG, Beschluss vom 16.01.2020 - 3 B 51.18 (rechtskräftig)

ECLI:
ECLI:DE:VGHBW:2018:0924.10S2295.17.0A

Rechtskraft:

rechtskräftig

Text1

VERWALTUNGSGERICHTSHOF BADEN-WÜRTTEMBERG
10 S 2295/17
Im Namen des Volkes
Urteil
In der Verwaltungsrechtssache
- Kläger -
prozessbevollmächtigt:
- Berufungskläger -
gegen
Land Baden-Württemberg,
vertreten durch das Landratsamt W.,
- Beklagter -
- Berufungsbeklagter -
wegen ausländischer Fahrerlaubnis hat der 10. Senat des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgerichtshof Dr. Rudisile, den Richter am Verwaltungsgerichtshof Frank und den Richter am Verwaltungsgericht Dr. Bauer ohne mündliche Verhandlung
am 24. September 2018 für Recht erkannt:

Tenor:

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Freiburg vom 21. Februar 2017 - 3 K 2952/15 - wird zurückgewiesen.
Die weitergehende Klage wird abgewiesen.
Der Kläger trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.
Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

1 Der Kläger wendet sich u. a. gegen die Feststellung, dass seine polnische Fahrerlaubnis ihn nicht berechtige, im Bundesgebiet Fahrzeuge zu führen.

2 Er ist deutscher Staatsangehöriger und erwarb 1985 in Deutschland eine Fahrerlaubnis der damaligen Klassen 1 und 3.

3 Am 26.07.2013 fuhr er mit einem Kraftfahrzeug auf ein an einer roten Ampel stehendes Fahrzeug auf, wobei die beiden Insassen des stehenden Fahrzeugs verletzt wurden. Eine etwa 90 Minuten später bei ihm entnommene Blutprobe ergab eine Blutalkoholkonzentration von 2,37 Promille. Sein Führerschein wurde noch an Ort und Stelle von der Polizei beschlagnahmt.

4 Mit Beschluss vom 17.10.2013 entzog das Amtsgericht Waldshut-Tiengen nach § 111a StPO dem Kläger vorläufig seine Fahrerlaubnis. Mit Urteil vom 26.02.2014, rechtskräftig seit 31.05.2014, verurteilte das Amtsgericht Waldshut-Tiengen den Kläger wegen vorsätzlicher Gefährdung des Straßenverkehrs in Tateinheit mit fahrlässiger Körperverletzung in zwei tateinheitlichen Fällen zu einer Geldstrafe von 80 Tagessätzen zu je 25,00 EUR. Gleichzeitig entzog es ihm die Fahrerlaubnis, zog seinen Führerschein ein und verhängte „unter Einbeziehung der seit der Beschlagnahme des Führerscheins des Angeklagten verstrichenen Zeit … eine

weitere Sperre zur Wiedererteilung der Fahrerlaubnis für die Dauer von 10 Monaten" (Sperrfrist bis 25.12.2014).

5 Der Kläger wurde als Lenker eines Kraftfahrzeugs am 21.03.2015 in Laufenburg einer Polizeikontrolle unterzogen, bei der er einen am 24.01.2014 ausgestellten polnischen Führerschein (mit einem eingetragenen polnischen Wohnsitz) vorlegte, der eine am 24.01.2014 erteilte Fahrerlaubnis der Klasse B auswies. Die Polizei bat daraufhin das Landratsamt Waldshut um Prüfung der Gültigkeit der polnischen Fahrerlaubnis mit Blick auf die Erstattung einer Anzeige wegen Fahrens ohne Fahrerlaubnis und wies darauf hin, dass der Kläger bisher ununterbrochen mit einem Wohnsitz in Deutschland gemeldet gewesen sei.

6 Mit Bescheid vom 10.04.2015 stellte das Landratsamt W. gegenüber dem Kläger fest, dass die von ihm am 24.01.2014 in Polen erworbene Fahrerlaubnis der Klasse B (einschließlich der darin eingeschlossenen Klassen) von Anfang an keine Fahrberechtigung im Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland begründet habe (Ziffer 1). Außerdem forderte es ihn auf, seinen polnischen Führerschein unverzüglich, d. h. spätestens eine Woche nach Erhalt der Verfügung, beim Landratsamt vorzulegen, damit die fehlende Fahrberechtigung auf dem Führerschein vermerkt werden könne (Ziffer 2). Weiter wurde entschieden: Falls er seinen Führerschein nicht innerhalb der Frist abgebe, werde ihm ein Zwangsgeld in Höhe von 500,00 EUR angedroht (Ziffer 3). Sodann wurde die sofortige Vollziehbarkeit dieser Verfügung angeordnet (Ziffer 4) und für diese Verfügung eine Verwaltungsgebühr in Höhe von 115,00 EUR zuzüglich 3,45 EUR für die Auslagen festgesetzt (Ziffer 5). Gleichzeitig wurde der Kläger darauf hingewiesen, dass er eine Straftat begehe, wenn er im Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland ein fahrerlaubnispflichtiges Kraftfahrzeug im öffentlichen Straßenverkehr lenke, da seine polnische Fahrerlaubnis in Deutschland nicht gültig sei. In der Begründung des Bescheids wurden jeweils gesonderte Ausführungen zur getroffenen Feststellung der Inlandsungültigkeit der polnischen Fahrerlaubnis, zur Anordnung der sofortigen Vollziehung der Verfügung, zur „Einziehung" des Führerscheins zum Zweck der Vermerkung der fehlenden Fahrberechtigung, der „Zwangsgeldandrohung" sowie zur Gebührenfestsetzung gemacht.

7 Gegen den dem Kläger an seine deutsche Adresse am 14.04.2015 zugestellten Bescheid legte dieser mit Schreiben vom 15.04.2015 Widerspruch ein. Er machte u. a. geltend, dass der Bescheid jeglicher rechtlichen Grundlage entbehre.

8 Das Landratsamt Waldshut teilte ihm daraufhin mit Schreiben vom 20.04.2015 mit, dass es an seiner Rechtsauffassung festhalte. Gleichzeitig wurde der Kläger noch einmal an seine Verpflichtung erinnert, den polnischen Führerschein vorzulegen, damit auf diesem die fehlende Fahrberechtigung im Inland markiert werden könne. Dabei wurde dem Kläger eine Frist zur Vorlage des polnischen Führerscheins bis zum 30.04.2015 gesetzt und ihm mitgeteilt, dass das Landratsamt sich dazu veranlasst sehe, dass angedrohte Zwangsgeld festzusetzen, wenn bis dahin der Führerschein nicht vorgelegt worden sei. Der Kläger bestätigte schriftlich den Erhalt dieses Schreibens des Landratsamts, wies aber „sämtliche Anschuldigungen und Begründungen" zurück. Ein weiteres Schreiben des Landratsamts vom 20.05.2015, mit dem der Kläger darauf hingewiesen wurde, dass das bereits angedrohte Zwangsgeld festgesetzt werde, wenn er seinen polnischen Führerschein nicht bis zum 29.05.2015 zur Markierung vorgelegt habe, wies der Kläger wiederum zurück; dabei verlangte er u. a., dass ihm eine gültige gesetzliche Grundlage gezeigt

werden solle, die es dem Landratsamt erlaube, ein Dokument eines anderen EU-Staates zu kennzeichnen, markieren bzw. ungültig zu machen.

9 Mit Bescheid vom 19.06.2015 setzte das Landratsamt Waldshut gegen den Kläger zur Erfüllung der im Bescheid vom 10.04.2015 unter Ziffer 2 aufgeführten Verpflichtung zur Vorlage des polnischen Führerscheins zur Markierung der in Deutschland nicht vorliegenden Fahrberechtigung ein Zwangsgeld in Höhe von 500,00 EUR fest (Ziffer 1) und drohte für den Fall, dass er diese Verpflichtung nicht bis zum 03.07.2015 erfülle, ein weiteres Zwangsgeld in Höhe von 750,00 EUR an (Ziffer 2). Die vom Kläger zu tragenden Kosten setzte das Landratsamt auf 20,00 EUR fest (Ziffer 3). Zur Begründung wurde u. a. auf die im Bescheid vom 10.04.2015 getroffenen Regelungen hingewiesen und den Umstand, dass der Kläger trotz mehrfacher Fristsetzung seiner Verpflichtung zur Vorlage des polnischen Führerscheins bisher nicht nachgekommen sei. Die Kostenentscheidung folge aus den §§ 1, 4 LGebG i. V. m. § 31 LVwVG).

10 Der Kläger ließ gegen den Bescheid vom 19.06.2015 fristgemäß Widerspruch einlegen. Nach Akteneinsicht begründete der Verfahrensbevollmächtigte des Klägers mit Schriftsatz vom 29.07.2015 die eingelegten Widersprüche.

11 Bei einer am 22.09.2015 in Albbruck durchgeführten Verkehrskontrolle wurde der Kläger erneut als Führer eines Kraftfahrzeugs festgestellt.

12 Das Regierungspräsidium Freiburg wies die Widersprüche gegen die Bescheide vom 10.04.2015 und 19.06.2015 mit Widerspruchsbescheid vom 10.12.2015 als unbegründet zurück und setzte hierfür eine Gebühr in Höhe von 150,00 EUR fest. In der Begründung wurden die angefochtenen Entscheidungen des Landratsamts als rechtmäßig bewertet. Hinsichtlich der festgesetzten Gebühr wurde auf die beiliegende Gebührenmitteilung vom 10.12.2015 verwiesen, in der als Rechtsgrundlage der Gebührenerhebung für die vorgenommenen öffentlichen Leistungen die §§ 1, 2 und 4 GebOSt i. V. m. den Gebühren-Nrn. 400 und 206 genannt wurden.

13 Am 21.12.2015 hat der Kläger Klage zum Verwaltungsgericht Freiburg erhoben und sämtliche bisher gegen ihn in dieser Sache ergangenen Verwaltungsentscheidungen umfassend angegriffen und für rechtswidrig erklärt. Insoweit wird auf die im angegriffenen Urteil im Wesentlichen wiedergegebene Begründung des Klägers zu seinen Widersprüchen und der Klage (Urteilsabdruck S. 3 bis 7) Bezug genommen.

14 Mit Urteil vom 21.02.2017 hat das Verwaltungsgericht die Klage abgewiesen: Die Klage sei unzulässig, soweit sie sich auch gegen die Anordnung der sofortigen Vollziehung im Bescheid vom 10.04.2015 richte. Die Vollziehbarkeitsanordnung, bei der es sich nicht um einen Verwaltungsakt handele, könne nur im Rahmen eines Antrags nach § 80 Abs. 5 VwGO gerichtlich überprüft werden. Im Übrigen sei die Klage zulässig, aber nicht begründet, da die angegriffenen Bescheide rechtmäßig seien.

15 Gegen das Urteil hat der Senat mit Beschluss vom 10.10.2017 - 10 S 759/17 - die Berufung zugelassen. Im Rahmen der fristgerecht eingegangenen Berufungsbegründung trägt der Kläger im Wesentlichen vor:

16 Das angegriffene Urteil beruhe auf Verfahrensmängeln, nämlich auf einer Verletzung seines Rechts auf rechtliches Gehör sowie auf einer Verletzung seines Rechts auf den gesetzlichen Richter. Er sei durch das Verwaltungsgericht nicht darauf hingewiesen worden, dass an dem im schriftlichen Verfahren ergangenen Urteil auch die ehrenamtliche Richterin R.-Z. mitwirke, die zu diesem Zeitpunkt

Mitglied des Kreistags des Landkreises gewesen sei, dessen Landratsamt die angefochtenen Verwaltungsakte erlassen habe. Da eine entsprechende (Selbst-)Anzeige rechtswidrig unterblieben sei, sei er gehindert gewesen, diese ehrenamtliche Richterin als befangen von einer Mitwirkung im Klageverfahren auszuschließen. Überdies sei auch gegen § 4 Abs. 1 DRiG sowie gegen die Pflicht, eine Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union (Gerichtshof) einzuholen, verstoßen worden.

17 In dem Urteil werde zu Unrecht von der materiellen Rechtmäßigkeit der streitigen Bescheide des Landratsamts und des Regierungspräsidiums ausgegangen. Bei der Entscheidung über die Nichtanerkennung der polnischen Fahrerlaubnis handele es sich um einen Dauerverwaltungsakt, für dessen Beurteilung es nicht nur auf den Zeitpunkt der letzten behördlichen Entscheidung ankomme. Auf Grund seiner am 24.01.2014 in Polen erworbenen Fahrerlaubnis sei er jedenfalls nach Ablauf der bis 25. 12.2014 geltenden Sperrfrist berechtigt, am nationalen Straßenverkehr teilzunehmen. Seitens des Landratsamts sei nicht bestritten worden, dass er diese Fahrerlaubnis originär - nach Ablegung einer Fahrerlaubnisprüfung - in Polen erworben habe. Sollte die Inlandsgültigkeit verneint werden, so würde dies mehrere Fragen aufwerfen, die dem Gerichtshof zur Vorabentscheidung vorzulegen wären. So sei zweifelhaft, ob die vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis nach § 111a StPO unter Artikel 11 Abs. 4 der 3. Führerscheinrichtlinie falle. Da es sich nur um eine vorläufige Maßnahme handele, sei die Verhängung einer Sperrfrist noch unklar und gelte die Unschuldsvermutung. Der Mitgliedstaat, der eine solche Maßnahme verhänge, sei hinreichend geschützt, wenn er während deren Laufzeit eine Anerkennung auf nationaler Ebene versagen könne, ohne dass ein anderer Mitgliedstaat gezwungen werden müsste, ein berechtigtes Verlangen nach Ausstellung eines Führerscheins zu verweigern. Auch müsse der Gerichtshof klären, ob auch unter der aktuellen Führerscheinrichtlinie die Geltung der in einem anderen Mitgliedstaat ausgestellten Fahrerlaubnis über die Dauer einer laufenden Sperrfrist hinaus versagt werden könne. Das vom Gerichtshof insoweit angeführte „Missbrauchsargument" trage nicht. Es übergehe die legitimen Interessen einer von einer vorläufigen Maßnahme nach § 111a StPO betroffenen Person, ihre Fahrerlaubnis in anderen Mitgliedstaaten (außerhalb einer erst nachträglich verhängten Sperrfrist) wieder zu erwerben. Das Missbrauchsargument verstoße ferner gegen das Recht auf gute Verwaltung, den Vertrauensgrundsatz und das Gebot der Rechtssicherheit. Ein Bürger dürfe auch auf einen während einer Sperrfrist erteilten Verwaltungsakt vertrauen, sodass eine dauerhafte Nichtanerkennung eines solchen Verwaltungsakts nicht nur den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung, sondern auch die Rechtssicherheit vollständig in Frage stelle. Allenfalls könne der Ausstellermitgliedstaat durch Informationsaustausch aufgefordert werden, die erteilte Fahrerlaubnis zu überprüfen und ggf. zu widerrufen. Auch sei das „Missbrauchsargument" geeignet, zu einer unzulässigen dauerhaften Nichtanerkennung zu führen. Er sei nämlich nach Ablauf der Sperrfrist berechtigt, in einem anderen EU-Mitgliedstaat, in dem er wohne, eine Fahrerlaubnis zu erwerben, die dann in Deutschland anerkannt werden müsse. Wegen des Grundsatzes, dass jedem EU-Bürger nur ein Führerschein erteilt werden solle, und er schon im Besitz eines in Polen erworbenen Führerscheins sei, werde ihm diese Möglichkeit jedoch verwehrt. Das „Missbrauchsargument" habe im Fall einer vorläufigen Sperre auch keinen praktischen Anwendungsfall, da ein

Führerscheintourismus schon durch das Wohnsitzerfordernis („185-TageRegelung") wirksam ausgeschlossen werde. Es werde zudem verkannt, dass es sich bei der Entziehung nach § 111a StPO, §§ 69 ff. StGB um eine nur vorübergehende Maßnahme handele und die Dauer der Sperrfrist von der anzunehmenden Dauer der Ungeeignetheit abhänge. Damit entfalle aber ein sachlicher Grund, einer EU-Fahrerlaubnis nach Ablauf der Sperrfrist die Anerkennung zu verweigern, zumal schon die ordnungsgemäße Neuerteilung eines Führerscheins in einem anderen Mitgliedstaat eine Gefährlichkeit für den Straßenverkehr widerlege. Das Verwaltungsgericht habe sich in seinem Urteil auf Rechtsprechung des Gerichtshofs berufen, die nicht einschlägig sei und habe in der Sache eine unzulässige Analogie konstruiert, die einen unverhältnismäßigen Eingriff in eine wirksam erworbene Rechtsposition und in betroffene Freiheitsgrundrechte darstelle. Zudem sei fraglich, ob nach Inkrafttreten der 3. Führerscheinrichtlinie die groben Leitlinien älterer Judikate des Gerichtshofs unhinterfragt übernommen werden könnten. Falls eine Nichtanerkennung über den Ablauf einer nationalen Sperrfrist hinaus als zulässig erachtet werden würde, müsste durch den Gerichtshof geklärt werden, wie lange eine solche Nichtanerkennung zulässiger Weise dauern dürfe und welche Kriterien hierfür maßgeblich seien. Der Gerichtshof habe entschieden, dass die Anerkennung nicht auf unbestimmte Zeit verweigert werden dürfe, weil dies dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung widersprechen würde. Eine Koppelung an die Eintragungs- und Tilgungszeiträume im Fahreignungsregister sei jedenfalls nicht sachgerecht, da die Tilgungsfristen - anders als die Sperrfristen - keine Rückschlüsse auf die aktuelle Fahreignung zuließen. Ein im Fahreignungsregister eingetragener Verkehrsverstoß stehe einer Wiedererteilung der Fahrerlaubnis in Deutschland nicht entgegen, weswegen die Nichtanerkennung einer neu in einem anderen Mitgliedstaat erworbenen Fahrerlaubnis auch gegen das Diskriminierungsverbot verstoße. Es bestünden Zweifel, ob § 28 Abs. 4 Satz 1 Nr. 3 und Satz 3 FeV mit Unionsrecht vereinbar sei. Zu klären sei schließlich, ob der unionsrechtliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unter Berücksichtigung der Freizügigkeit und der Berufsfreiheit einer Versagung der Anerkennung auch nach Ablauf einer nationalen Sperrfrist entgegenstehe, wenn es sich bei dem der Entziehungsentscheidung zugrundeliegenden Ereignis um eine einmalige Verfehlung im Straßenverkehr handele. In einem solchen Fall seien hinreichend gewichtige legitime Ziele nicht erkennbar, die den durch eine dauerhafte Nichtanerkennung bewirkten massiven Grundrechtseingriff rechtfertigen könnten. Es sei auch zweifelhaft, ob die deutsche Regelungstechnik, die Inlandsfahrberechtigung durch Gesetz einzuschränken bei gleichzeitiger Möglichkeit, gegenüber dem Nichtberechtigten deklaratorisch einen feststellenden Verwaltungsakt zu erlassen, mit Unionsrecht, insbesondere den Grundrechten und den Grundsätzen der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes, vereinbar sei. Ein EU-Bürger, der in einem anderen Mitgliedstaat eine Fahrerlaubnis erwerbe, müsse wissen können, ob diese Fahrerlaubnis auch in einem anderen Mitgliedstaat gelte. Es sei EUrechtswidrig, wenn sich ein solcher Bürger auf Grund einer unklaren Rechtslage einem Strafbarkeitsrisiko aussetzen würde. In dem Urteil werde rechtsfehlerhaft offengelassen, ob der Fahrerlaubnisbehörde bewusst gewesen sei, dass § 28 Abs. 4 Satz 2 FeV eine Ermessensentscheidung vorsehe. Das Verwaltungsgericht sei zu Unrecht von einem sog. intendierten Ermessen ausgegangen. Der Beklagte sei keinesfalls verpflichtet gewesen, hier einen

feststellenden Verwaltungsakt zu erlassen. Vielmehr hätte der Beklagte im Rahmen einer (Wieder-)Anerkennung berücksichtigen müssen, dass die Notwendigkeit, ein medizinischpsychologisches Gutachten zum Beleg der Wiedererlangung der Fahrberechtigung vorzulegen, nach Sinn und Zweck der Sperrfrist nur für die Geltungsdauer der Sperre bestehe, dass er mit Erteilung der polnischen Fahrerlaubnis und seiner seitdem erfolgten Teilnahme am internationalen Straßenverkehr seine Fahreignung unter Beweis gestellt habe und dass das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau mit Urteil vom 18.10.2017 keinen Grund gesehen habe, seine Fahreignung zu verneinen.

18 Ziffer 2 des Bescheids vom 10.04.2015 verstoße gegen das Bestimmtheitserfordernis, da diese Anordnung widersprüchlich sei und aus Sicht des objektiven Empfängerhorizonts so zu verstehen sei, dass der polnische Führerschein nicht nur vorzulegen, sondern abzugeben sei. Das Verwaltungsgericht habe bei seiner Auslegung der Bescheide verkannt, dass es nicht auf die Sicht eines Verwaltungsrichters ankomme, sondern auf das Verständnis des Adressaten der Bescheide. Er sei aber davon ausgegangen, dass sein Führerschein „eingezogen" werden würde. Dabei sei für ihn nicht nachvollziehbar gewesen, wieso er seinen polnischen Führerschein abgeben solle, der schließlich in allen anderen Mitgliedstaaten gültig sei.

19 Ziffer 3 des Bescheids vom 10.04.2015 verstoße gegen das Bestimmtheitserfordernis, da dort keine Zwangsgeldandrohung verfügt, sondern lediglich angekündigt worden sei. Vom objektiven Empfängerhorizont ausgehend sei die dort gewählte Formulierung so zu verstehen, dass es sich hierbei lediglich um eine Information, nicht aber um eine Regelung handele. Die Äußerung könne nur so verstanden werden, dass erst noch eine Zwangsgeldandrohung ergehen werde, bevor mit weiteren Vollstreckungsmaßnahmen zu rechnen sei. Indem das Verwaltungsgericht gleichwohl vom Vorliegen einer Zwangsgeldandrohung ausgehe, habe es wiederum verkannt, dass der Entscheidungsinhalt so klar gefasst sein müsse, dass der Adressat ohne weiteres erkennen könne, was genau erklärt worden sei. Dies gelte insbesondere für Maßnahmen, die die Zwangsvollstreckung betreffen würden.

20 Die Gebührenfestsetzungen in den streitigen Bescheiden seien rechtswidrig. Die §§ 1 bis 4 GebOSt i. V. m. den Nrn. 206 und 400 der Anlage würden gegen Artikel 80 Abs. 1 Satz 2 und 3 GG verstoßen, da die Ermächtigungsgrundlage in der Verordnung nicht hinreichend detailliert zitiert werde. Zudem setze die Verordnung die Ermächtigung nicht angemessen um, da die für eine konkrete Gebührenermittlung aus einem Gebührenrahmen maßgeblichen Bemessungskriterien nicht benannt würden. Die vorliegende Gebührenermittlung ohne jede Bemessungskriterien verstoße gegen das Willkürverbot und den aus dem Rechtsstaatsprinzip folgenden Grundsatz der nachvollziehbaren und transparenten Gebührenerhebung. Die Frage, ob die jeweilige Gebühr in einem Missverhältnis zur öffentlichen Leistung stehe, könne anhand der zur Verfügung stehenden Informationen nicht beantwortet werden; ohne gesetzliche Bemessungskriterien und ohne konkrete Darlegung des Aufwands der Behörde sei dies nachvollziehbar nicht möglich. Indem hier nicht dargelegt worden sei, für welchen Aufwand die jeweilige Gebühr angefallen sei, liege ein Ermessensfehler vor. Auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren habe der Beklagte keinen Anlass gesehen, die festgesetzten Gebühren zu substantiieren, obwohl er gesetzlich verpflichtet sei,

genauere Angaben zur Berechnung zu machen. Der Umstand, dass er aus prozessualen Gründen gezwungen gewesen sei, auch gegen den später erlassenen Folgebescheid Widerspruch einzulegen, könne bei der Bemessung der Widerspruchsgebühr keine erhöhende Wirkung haben. Auch dürfe die Widerspruchsgebühr die Gebühr für den Ausgangsbescheid nicht überschreiten, was sich u. a. bereits aus dem Wortlaut des Gebührentatbestands in Nr. 400 der Anlage zu § 1 GebOSt ergebe. Für den im Berufungsverfahren neu gestellten Feststellungsantrag stehe ihm ein Feststellungsinteresse zur Seite.

2 Der Kläger beantragt (sinngemäß),

1 das Urteil des Verwaltungsgerichts F. vom 21. Februar 2017 - 3 K 2952/1 5 - zu ändern und die Entscheidungen des Landratsamts W. vom 10. April 2015 und 19. Juni 2015 in Gestalt des Widerspruchsbescheids des Regierungspräsidiums F. vom 10. Dezember 2015 aufzuheben,

die Zuziehung eines Bevollmächtigten für das Vorverfahren für notwendig zu erklären;

festzustellen, dass die Nichtanerkennung seiner Berechtigung zur Teilnahme am Straßenverkehr in der Bundesrepublik Deutschland auf Grundlage der am 24. Januar 2014 in Polen erworbenen Fahrerlaubnis seit Erledigung der bis zum 25. Dezember 2014 festgesetzten Sperrfrist bis zur Entscheidung des Berufungsgerichts in der vorliegenden Sache (10 S 2295/17), insbesondere zu den Zeitpunkten der Behördenentscheidungen des Beklagten am 10. April 2015, 19. Juni 2015 und 10. Dezember 2015 sowie im Zeitpunkt der erstinstanzlichen Gerichtsentscheidung am 21. Februar 2017, rechtswidrig gewesen ist.

2 Der Beklagte beantragt (sinngemäß),

2 die Berufung des Klägers zurückzuweisen und die weitergehende Klage abzuweisen.

2 Die Beklagte tritt der Berufung entgegen: Bei dem Feststellungsantrag handele es

3 sich um eine Klageerweiterung, der nicht zugestimmt werde und die im Berufungsverfahren unzulässig sei; auch fehle ein berechtigtes Feststellungsinteresse. Im Übrigen könne die Berufung keinen Erfolg haben, da das angefochtene Urteil des Verwaltungsgerichts formell und materiell rechtmäßig zustande gekommen sei.

2 Dem Senat liegen die Akten vor, die in dieser Sache beim Verwaltungsgericht, beim

4 Landratsamt Waldshut und beim Regierungspräsidium Freiburg angefallen sind. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf den Inhalt dieser Akten und auf die im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze der Beteiligten verwiesen.

Entscheidungsgründe:

2 Der Senat konnte ohne mündliche Verhandlung entscheiden, da die Beteiligten -

5 der Kläger mit Schriftsatz vom 08.11.2017 und der Beklagte mit Schriftsatz vom 05.12.2017 - sich hiermit einverstanden erklärt haben (§ 125 Abs. 1 Satz 1, § 101 Abs. 2 VwGO).

2 Die zwischen den Beteiligten umstrittene Frage, ob die erstinstanzliche

6 Entscheidung verfahrensfehlerhaft zustande gekommen ist, bedarf im Berufungsverfahren keiner Klärung, da der Senat selbst die Sache zu prüfen und zu entscheiden hat (§ 130 Abs. 1 und 2 VwGO).

I.

2 Die Berufung des Klägers, die auf die Aufhebung der Bescheide des Beklagten vom

7 10.04.2015, 19.06.2015 und 10.12.2015 gerichtet ist, ist zulässig, aber nicht begründet. Die angegriffenen Bescheide sind rechtmäßig und verletzen ihn nicht in seinen Rechten (§ 125 Abs. 1 Satz 1, § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO).

28 1. Die in Ziffer 1 des Bescheids vom 10.04.2015 vom Landratsamt getroffene Feststellung, dass die vom Kläger am 24.01.2014 in Polen erworbene Fahrerlaubnis der Klasse B (einschließlich der darin eingeschlossenen Klassen) von Anfang an keine Fahrberechtigung im Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland begründet habe, ist sowohl formell als auch materiell rechtmäßig und unterliegt daher nicht der Aufhebung. Auf Grund einer eigenen umfassenden Prüfung der Sach- und Rechtslage unter Berücksichtigung des Vorbringens des Klägers im Berufungsverfahren hält der Senat die hierzu bereits im angegriffenen Urteil enthaltene Begründung (Urteilsabdruck S. 8 bis 12) für zutreffend, sodass hierauf zunächst verwiesen wird, um unnötige Wiederholungen zu vermeiden (§ 130b Satz 2 VwGO).

29 Der Gerichtshof hat in seinem Urteil vom 20.11.2008 (Rs. C-1/07, Weber, zitiert nach juris) u. a. das Folgende ausgeführt:

30. Den Ausführungen des vorlegenden Gerichts ist zu entnehmen, dass für Herrn Weber zu dem Zeitpunkt, zu dem er seine tschechische Fahrerlaubnis erwarb, also am 18. November 2004, eine am 17. November 2004 für einen Monat verhängte und am 4. Dezember 2004 bestandskräftig gewordene Maßnahme der befristeten Aussetzung seiner deutschen Fahrerlaubnis galt. Nach dem Erwerb seines tschechischen Führerscheins wurde ihm am 17. März 2005 seine Fahrerlaubnis entzogen. Im Übrigen steht fest, dass der Sachverhalt, der sowohl die befristete Aussetzung als auch den Entzug der Fahrerlaubnis rechtfertigt, am 18. September 2004 festgestellt wurde, d. h. vor dem Zeitpunkt der Ausstellung des tschechischen Führerscheins.

31. Es kann nicht angenommen werden, dass die Richtlinie 91/439 dazu verpflichtet, die Gültigkeit eines unter solchen Bedingungen erteilten Führerscheins anzuerkennen.

32. Der Gerichtshof hat zwar Gelegenheit gehabt, festzustellen, dass ein Mitgliedstaat die ihm von Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 91/439 eröffnete Befugnis, seine innerstaatlichen Vorschriften über die Entziehung der Fahrerlaubnis auf den Inhaber eines von einem anderen Mitgliedstaat ausgestellten Führerscheins anzuwenden, nur aufgrund eines Verhaltens des Inhabers dieses Führerscheins nach dessen Erwerb ausüben kann (vgl. Urteile Wiedemann und Funk, Randnr. 59, und Zerche u. a., Randnr. 56, Beschlüsse Halbritter, Randnr. 38, und Kremer, Randnr. 35).

33. Die Maßnahme des Entzugs der Fahrerlaubnis, die gegen den Betroffenen in der dem Beschluss Kremer zugrundeliegenden Rechtssache verhängt worden war, war jedoch nicht mit einer Sperrfrist für die Neuerteilung einer Fahrerlaubnis verbunden. In den Rechtssachen, die den anderen in der vorstehenden Randnummer angeführten Entscheidungen zugrunde liegen, waren die Sperrfristen für die Neuerteilung einer Fahrerlaubnis, mit denen die Maßnahmen des Entzugs verbunden waren, allesamt zum Zeitpunkt der Erteilung der Fahrerlaubnis abgelaufen.

34. Daher hat der Gerichtshof entschieden, dass ein Mitgliedstaat von der in Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 91/439 vorgesehenen Befugnis nur aufgrund eines Verhaltens des Betroffenen nach Erwerb des von einem anderen Mitgliedstaat ausgestellten

Führerscheins Gebrauch machen kann. Diese Bestimmung erlaubt es dem Mitgliedstaat des ordentlichen Wohnsitzes nämlich nicht, die Anerkennung des von einem anderen Mitgliedstaat ausgestellten Führerscheins allein mit der Begründung abzulehnen, dass dem Inhaber dieses Führerscheins zuvor eine frühere Fahrerlaubnis im erstgenannten Mitgliedstaat entzogen wurde (Urteile Wiedemann und Funk, Randnr. 66, und Zerche u. a., Randnr. 63).

35. Ganz anders stellt sich hier die Situation im Ausgangsverfahren dar. Auf Herrn Weber wurde, als er seine tschechische Fahrerlaubnis erwarb, eine von den zuständigen deutschen Behörden erlassene Maßnahme der befristeten Aussetzung seiner deutschen Fahrerlaubnis angewandt. Außerdem wurde gegen ihn nach der Erteilung seines tschechischen Führerscheins eine Maßnahme des Entzugs der Fahrerlaubnis verhängt, mit der dieselbe Tat geahndet wurde, die die Maßnahme des Fahrverbots gerechtfertigt hatte.

36. In einer solchen Situation ist auf der Grundlage der Richtlinie 91/439 und insbesondere ihres Art. 8 Abs. 4 die Befugnis der zuständigen Behörden und der Gerichte eines Mitgliedstaats, die Anerkennung der Gültigkeit des Führerscheins abzulehnen, den eine Person in einem anderen Mitgliedstaat erworben hat, während sie im erstgenannten Mitgliedstaat einer Maßnahme der befristeten Aussetzung der Fahrerlaubnis unterlag, uneingeschränkt und endgültig anzuerkennen, wenn auf die befristete Aussetzung ein Entzug der Fahrerlaubnis folgt, mit dem dieselbe Tat geahndet wird (vgl. in diesem Sinne Beschluss vom 3. Juli 2008, Möginger, C-225/07, Randnr. 41). Der Umstand, dass der Entzug der Fahrerlaubnis nach dem Zeitpunkt der Erteilung des neuen Führerscheins angeordnet wird, ist insoweit ohne Bedeutung, da die Gründe, die diese Maßnahme rechtfertigen, zu eben diesem Zeitpunkt bereits vorlagen (vgl. im Umkehrschluss Urteil Kapper, Randnr. 74).

37. Jede andere Auslegung nähme der in Art. 8 Abs. 4 Unterabs. 1 der Richtlinie 91/439 vorgesehenen Befugnis eines Mitgliedstaats, es abzulehnen, die Gültigkeit eines Führerscheins anzuerkennen, den eine Person, die in seinem Hoheitsgebiet einer Maßnahme des Entzugs der Fahrerlaubnis unterlag, in einem anderen Mitgliedstaat erworben hat, jeden Inhalt.

30 In seinem Urteil vom 13.10.2011 (Rs. C-224/10, Apelt, zitiert nach juris) hat der Gerichtshof die bereits im Urteil vom 20.11.2008 vertretene Rechtsansicht bestätigt und in einem Fall, der mit dem vorliegenden Fall des Klägers in jeder Hinsicht vergleichbar ist, u. a. ausgeführt:

31. Aus dem Urteil vom 20. November 2008, Weber (C-1/07, Slg. 2008, I-8571), geht indessen hervor, dass Art. 1 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 8 Abs. 2 und 4 der Richtlinie 91/439 es einem Mitgliedstaat nicht verwehrt, in seinem Hoheitsgebiet die Anerkennung einer Fahrberechtigung abzulehnen, die sich aus einem in einem anderen Mitgliedstaat ausgestellten Führerschein ergibt, auf dessen Inhaber im erstgenannten Mitgliedstaat eine Maßnahme des Entzugs der Fahrerlaubnis, wenn auch erst nach der Erteilung des fraglichen Führerscheins, angewendet wurde, sofern dieser Führerschein während der Dauer der Gültigkeit einer Maßnahme der Aussetzung der im erstgenannten Mitgliedstaat erteilten Fahrerlaubnis ausgestellt wurde und sowohl diese Maßnahme als auch der Entzug aus zum Zeitpunkt der Ausstellung des zweiten Führerscheins bereits vorliegenden Gründen gerechtfertigt sind.

32. Im Ausgangsverfahren wurde die Fahrerlaubnis gerichtlich entzogen, nachdem

Herrn A. von den tschechischen Behörden ein Führerschein für Fahrzeuge der Klasse B ausgestellt worden war. Allerdings wurde dieser Führerschein ausgestellt, während sich der Herrn A. in Deutschland ausgestellte Führerschein dort in polizeilicher Verwahrung befand.

33. Die polizeiliche Verwahrung kann, wie das vorlegende Gericht darlegt, als Aussetzung im Sinne von Art. 8 Abs. 2 und 4 der Richtlinie 91/439 gewertet werden. Diese Richtlinie verwehrt es den deutschen Behörden demnach nicht, es abzulehnen, in ihrem Hoheitsgebiet den Herrn A. von den tschechischen Behörden für Fahrzeuge der Klasse B ausgestellten Führerschein anzuerkennen, da sowohl die polizeiliche Verwahrung durch die deutschen Behörden als auch die gerichtliche Entziehung aus Gründen gerechtfertigt sind, die zum Zeitpunkt der Ausstellung dieses Führerscheins vorlagen.

31 In der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist ferner geklärt, dass eine solche unionsrechtlich anerkannte Ausnahme vom allgemeinen Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung der Führerscheine auch dann noch bestehen bleibt, wenn die von einem Mitgliedstaat in seinem Hoheitsgebiet im Zusammenhang mit einer Fahrerlaubnisentziehung verhängte Sperrfrist für die Neuerteilung einer Fahrerlaubnis abgelaufen ist. Der Gerichtshof hat etwa in seinem Urteil vom 03.07.2008 (Rs. C-225/07, Möginger, zitiert nach juris; siehe auch BVerwG, Urteil vom 13.02.2014 - 3 C 1.13 - BVerwGE 149, 74; Senatsbeschluss vom 04.02.2010 - 10 S 2773/09 - VBlBW 2010, 242) zu dieser Problematik u. a. ausgeführt:

32 40. Im vorliegenden Fall stellt der Gerichtshof allerdings fest, dass der Vorlageentscheidung und den bei ihm eingereichten Erklärungen zu entnehmen ist, dass Herr M. zum Zeitpunkt des dem Ausgangsverfahren zugrunde liegenden Sachverhalts in dem Mitgliedstaat, in dem er seinen Wohnsitz hat, zwar keiner Sperrfrist für die Neuerteilung einer Fahrerlaubnis mehr unterlag, obwohl dies beinahe ohne Unterbrechung vom 6. Mai 2003 bis 22. November 2005 der Fall gewesen war, dass jedoch feststeht, dass er während des Laufs einer solchen Sperrfrist eine neue Fahrerlaubnis in einem anderen Mitgliedstaat erworben hat.

33 41. Bei einer solchen Sachlage gilt auf der Grundlage der Richtlinie 91/439, insbesondere ihres Art. 8 Abs. 4, die Befugnis der zuständigen Behörden und der Gerichte eines Mitgliedstaats, die Anerkennung der Gültigkeit einer Fahrerlaubnis abzulehnen, die in einem anderen Mitgliedstaat von einer Person erworben wurde, der im ersten Mitgliedstaat die Fahrerlaubnis entzogen und für die dort eine Sperrfrist für die Neuerteilung einer Fahrerlaubnis angeordnet wurde, uneingeschränkt und endgültig, auch wenn diese Person von diesem im zweiten Mitgliedstaat erlangten Führerschein erst nach Ablauf dieser Sperrfrist Gebrauch gemacht haben sollte und auch wenn dieser Ablehnung der Anerkennung kein Verhalten nach der Erteilung der neuen Fahrerlaubnis zugrunde liegen sollte.

34 42. Wie die deutsche, die italienische und die slowakische Regierung sowie die Kommission hervorgehoben haben, führte nämlich jede andere Auslegung dazu, dass der in Art. 8 Abs. 4 Unterabs. 1 der Richtlinie 91/439 vorgesehenen Befugnis eines Mitgliedstaats, es abzulehnen, die Gültigkeit eines Führerscheins anzuerkennen, den eine Person, auf die im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats eine Maßnahme der Einschränkung, der Aussetzung, des Entzugs oder der Aufhebung der Fahrerlaubnis angewendet wurde, in einem anderen Mitgliedstaat erworben hat, jeder Inhalt genommen würde.

35 Der im Fall des Klägers anzuwendende Art. 11 Abs. 4 Unterabs. 2 der Richtlinie

5 2006/126 lautet:
Ein Mitgliedstaat lehnt die Anerkennung der Gültigkeit eines Führerscheins ab, der von einem anderen Mitgliedstaat einer Person ausgestellt wurde, deren Führerschein im Hoheitsgebiet des erstgenannten Mitgliedstaats eingeschränkt, ausgesetzt oder entzogen worden ist.

36 In der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist geklärt, dass die oben zitierten Entscheidungen, die zu Art. 8 Abs. 4 Unterabs. 1 der Richtlinie 91/439 ergangen sind, ohne weiteres auf die hier anzuwendende Regelung in Art. 11 Abs. 4 Unterabs. 2 der Richtlinie 2006/126 übertragbar sind, allerdings mit dem Unterschied, dass die Mitgliedstaaten nunmehr verpflichtet sind, die Anerkennung eines solchen Führerscheins abzulehnen, während Art. 8 Abs. 4 der Richtlinie 91/439 ihnen insoweit ein Ermessen beließ (vgl. Gerichtshof, Urteile vom 21.05.2015 - Rs. C-339/14, Wittmann - juris, vom 23.04.2015 - Rs. C-260/13, Aykul - juris und vom 26.04.2012 - Rs. C-419/10, Hofmann - juris; siehe auch BVerwG, Urteil vom 13.02.2014 a. a. O.). Insbesondere in seinem Urteil vom 21.05.2015 hat der Gerichtshof mit Blick auf die Regelung in Art. 11 Abs. 4 Unterabs. 2 der Richtlinie 2006/1 26 inhaltlich an dem festgehalten, was er bereits in seinen - oben zitierten - Urteilen vom 13.10.2011 und vom 20.11.2008 entschieden hatte.

37 Anhand dieser gefestigten Rechtsprechung des Gerichtshofs lässt sich eindeutig und ohne jeden vernünftigen Zweifel feststellen, dass im Fall des Klägers unionsrechtlich nach Art. 11 Abs. 4 Unterabs. 2 der Richtlinie 2006/126 eine Anerkennung der Inlandsgültigkeit der von ihm am 24.01.2014 erworbenen polnischen Fahrerlaubnis abzulehnen ist (hierzu mit überzeugender Begründung bereits OLG Karlsruhe, Beschluss vom 05.07.2018 - 2 Rv 4 Ss 332/18 - juris Rn. 17 bis 22 m. w. N.; Hrube, jurisPR-VerkR 19/2018 Anm. 4; vgl. ferner Neu in Freymann/Wellner, jurisPK-Straßenverkehrsrecht, FeV § 28 Rn. 55 ff., insbesondere Rn. 60 f.). Anders als der Kläger meint, bedarf es damit keiner Vorabentscheidung durch den Gerichtshof nach Art. 267 AEUV.

38 Allerdings widerspräche es dem unionsrechtlichen Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung, wenn einer in einem anderen Mitgliedstaat ausgestellten Fahrerlaubnis auf unbestimmte Zeit die Anerkennung versagt bliebe (vgl. z. B. Gerichtshof, Urteil vom 23.04.2015 - Rs. C-260/13, Aykul - juris; BVerwG, Urteil vom 13.02.2014 a. a. O.; Senatsurteil vom 27.06.2017 - 10 S 1716/15 - DAR 2017, 597). Dem Kläger ist jedoch nicht auf Dauer verwehrt, in Deutschland von seiner polnischen Fahrerlaubnis Gebrauch zu machen. Dabei muss er nicht bis zur Tilgung der Eintragung im Fahreignungsregister warten, um die Fahrberechtigung in Deutschland zu erlangen (vgl. § 28 Abs. 4 Satz 3, § 29 Abs. 3 Satz 3 FeV). Ihm steht vielmehr die Möglichkeit offen, nach Ablauf der Sperrfrist bei der hierfür zuständigen Fahrerlaubnisbehörde eine (Wieder-)Anerkennung der Fahrberechtigung für Deutschland zu beantragen (vgl. § 28 Abs. 5, § 29 Abs. 4 FeV). In einem solchen eigenständigen und antragsabhängigen Verfahren wird geprüft, ob der Kläger seine Fahreignung wiedergewonnen hat (zu den Einzelheiten vgl. BVerwG, Urteil vom 13.02.2014 a. a. O.; Senatsurteil vom 27.06.2017 a. a. O.; ThürOVG, Beschluss vom 20.06.2018 - 2 EO 154/17 - juris). Damit ist im Fall des Klägers hinreichend gewährleistet, dass er nicht unbegrenzt auf die (Wieder-)Anerkennung seiner polnischen Fahrerlaubnis verzichten muss. Dass die entsprechenden - auch im Fall des Klägers anzuwendenden - nationalen

Regelungen mit dem unionsrechtlichen Anerkennungsgrundsatz im Einklang stehen, lässt sich wiederum mit der gebotenen Gewissheit der Rechtsprechung des Gerichtshofs entnehmen (siehe insbesondere Gerichtshof, Urteil vom 23.04.2015 a. a. O.; ferner BVerwG, Urteil vom 13.02.2014 a. a. O.; Senatsurteil vom 27.06.2017 a. a. O.). Den Akten, die dem Senat vorliegen, kann nicht entnommen werden, dass der Kläger beim Beklagten einen solchen Antrag auf (Wieder-)Anerkennung nach § 28 Abs. 5, § 29 Abs. 4 FeV gestellt hätte; darüber hinaus ist ein solches gesondert zu beurteilendes Begehren nicht zum Gegenstand der Klage vor dem Verwaltungsgericht oder der Berufung gemacht worden. Im Übrigen bedürfte es für die vom Kläger begehrte Zuerkennung der Inlandsfahrberechtigung nach § 13 Satz 1 Nr. 2 Buchstabe d i. V. m. Buchstabe c FeV grundsätzlich der Beibringung eines medizinischpsychologischen Gutachtens einer amtlich anerkannten Begutachtungsstelle für die Fahreignung (§ 11 Abs. 3 Satz 1 FeV), um eine wieder gewonnene Fahreignung zu belegen (vgl. ausführlich hierzu Senatsurteil vom 27.06.2017 a. a. O.). Ein solches für ihn günstiges Gutachten oder einen sonstigen medizinischpsychologischen Nachweis, der geeignet wäre, die Wiedererlangung der Fahreignung nachvollziehbar zu dokumentieren, hat der Kläger hingegen bis heute nicht vorgelegt. Das vom Kläger im Berufungsverfahren vorgelegte Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 18.10.2017, bei dem es um die Überprüfung der Rechtmäßigkeit einer nach schweizerischem Recht erfolgten Aberkennungsentscheidung („Fahrverbot") ging, vermag eine solche fachkundige medizinischpsychologische Beurteilung, ob die beim Kläger in der Vergangenheit festgestellte erhebliche Alkoholproblematik (zu den Voraussetzungen für eine solche Annahme vgl. nur Senatsurteil vom 27.06.2017 a. a. O.) inzwischen zuverlässig überwunden wurde, nicht zu ersetzen, zumal auch das (vom Kläger allerdings nicht vorgelegte) Gutachten der Psychiatrischen D. A. AG vom 07.12.2016 zu dem Ergebnis gelangte, dass beim Kläger ein die Fahreignung ausschließender „verkehrsrelevanter Alkoholkonsum" vorliege (vgl. Verwaltungsgericht des Kantons Aargau, Urteil vom 18.10.2017, welches allerdings ausführte, dass dieses Gutachten nicht schlüssig und nachvollziehbar sei und deshalb als Nachweis für eine fehlende Fahreignung des Klägers ausscheide).

39 Nach alledem ist der Kläger vor dem Hintergrund des strafgerichtlich verfügten Ausschlusses von der Teilnahme am öffentlichen Straßenverkehr im Bundesgebiet (Amtsgericht Waldshut-Tiengen, Beschluss vom 17.10.2013 und Urteil vom 26.02.2014) bis heute zu keinem Zeitpunkt berechtigt gewesen, auf Grund seiner am 24.01.2014 erteilten polnischen Fahrerlaubnis im Inland ein Kraftfahrzeug zu führen. Dies folgt - bei einem Wohnsitz im Inland - aus § 28 Abs. 4 Satz 1 Nr. 3, Satz 3 FeV und - bei einem Wohnsitz in Polen - aus § 29 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3, Satz 3 FeV und zwar jeweils unmittelbar kraft Gesetzes, sodass es hierfür keines Verwaltungsakts bedarf, der diese Rechtsfolge konstitutiv ausspricht (vgl. BVerwG, Urteil vom 13.02.2014 a. a. O.; ThürOVG, Beschluss vom 20.06.2018 a. a. O.; Dauer in Hentschel/König/Dauer, Straßenverkehrsrecht, 44. Aufl., FeV § 28 Rn. 55 und § 29 Rn. 16 m. w. N.; Neu a. a. O. Rn. 93 ff. und § 29 Rn. 35 f. m. w. N.).

40 Entgegen dem Vorbringen des Klägers ist das Verwaltungsgericht im Ergebnis auch zu Recht davon ausgegangen, dass das der Fahrerlaubnisbehörde nach § 28 Abs. 4 Satz 2, § 29 Abs. 3 Satz 2 FeV eingeräumte Ermessen, einen feststellenden Verwaltungsakt über die fehlende Berechtigung zu erlassen, im vorliegenden Fall intendiert war. Zwar liegt der Erlass des feststellenden Verwaltungsakts im

Ermessen der Behörde, das allerdings immer dann intendiert ist, wenn ein Feststellungsinteresse gegeben ist, weil - wie hier - die Frage, ob eine Inlandsfahrberechtigung besteht, zwischen der Behörde und dem Betroffenen umstritten ist. Um die bestehende Rechtsunsicherheit, insbesondere auch im Hinblick auf § 21 StVG, zu beenden, war das Landratsamt hier nach den Gegebenheiten des vorliegenden Falls von Rechts wegen verpflichtet, einen entsprechenden Feststellungsbescheid zu erlassen, der insoweit dann auch keiner spezifischen Ermessensbegründung mehr bedurfte. Überdies kann hier die Begründung für die Feststellung des Fehlens einer Fahrberechtigung in Deutschland nach § 45 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 LVwVfG nachträglich ergänzt und vor dem Hintergrund des § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO sogar ausgewechselt werden (zum Ganzen vgl. BayVGH, Beschluss vom 09.03.2017 - 11 CS 17.315 - NJW 2017, 2057; OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 17.01.2014 - 16 A 1292/10 - VRS 127, 196; Dauer a. a. O. § 28 Rn. 56 ff. und § 29 Rn. 16; Neu a. a. O. § 28 Rn. 98 und § 29 Rn. 35; siehe zum Austausch der Begründung auch BVerwG, Urteil vom 26.02.2009 - 3 C 1.08 - BVerwGE 133, 186). Folglich hat das Verwaltungsgericht auch zutreffend festgestellt, dass die hier zu bejahende Rechtmäßigkeit der streitigen Feststellung im Bescheid vom 10.04.2015 nicht entscheidend von der Frage abhängt, ob der Kläger inzwischen einen ordentlichen Wohnsitz im Sinne von § 7 FeV in Polen begründet hat; insoweit bestehen Unklarheiten, die sich etwa daraus ergeben, dass im Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 18.10.2017 - abweichend zu den Angaben im vorliegenden verwaltungsgerichtlichen Verfahren - von einem deutschen Wohnsitz des Klägers ausgegangen worden ist (s. a. die E-Mail des Landratsamts vom 17.09.2015, S. 339 der Behördenakten).

41 2. Auch die unter Ziffer 2 des Bescheids vom 10.04.2015 vom Landratsamt getroffene Regelung, dass der Kläger seinen polnischen Führerschein „unverzüglich, d. h. spätestens eine Woche nach Erhalt dieser Verfügung, beim Landratsamt Waldshut vorzulegen" hat, „damit die fehlende Fahrberechtigung auf dem Führerschein vermerkt werden kann", begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Die Rechtsgrundlage für diese Anordnung zur Vorlage des Führerscheins zwecks Anbringung eines Vermerks der Ungültigkeit der polnischen Fahrerlaubnis des Klägers im Bundesgebiet findet sich in § 47 Abs. 2 Satz 1 bis 3 i. V. m. Abs. 1 Satz 2 FeV. Indem unter Ziffer 4 des Bescheids vom 10.04.2015 die sofortige Vollziehbarkeit dieser Verfügung wirksam angeordnet und in der Folgezeit auch nicht ausgesetzt wurde (vgl. § 80 Abs. 1, 2 Satz 1 Nr. 4, Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 und Abs. 5 VwGO), lagen sämtliche Tatbestandsvoraussetzungen nach § 47 Abs. 2 Satz 1 bis 3 i. V. m. Abs. 1 Satz 2 FeV vor, sodass zwingend die streitige Vorlageanordnung ergehen musste. Dass sich die Anordnung der sofortigen Vollziehung sowohl auf Ziffer 1 als auch auf Ziffer 2 des Bescheids vom 10.04.2015 bezog, folgt eindeutig aus der systematischen Stellung und dem Wortlaut der unter Ziffer 4 des Bescheids vom 10.04.2015 erfolgten Anordnung der sofortigen Vollziehung und wird auch nicht dadurch in Frage gestellt, dass die hierfür gegebene Begründung im Bescheid vom 10.04.2015 zwischen der Begründung für die Feststellungsentscheidung und der Begründung für die Vorlageanordnung erfolgt ist. In der schriftlichen Begründung zum Sofortvollzug selbst heißt es hierzu, dass dem Aspekt der Gefahrenabwehr angesichts der hohen Bedeutung der Sicherheit des Straßenverkehrs größere Bedeutung zuzumessen sei als dem

Interesse des Klägers, „durch einen Widerspruch die Wirkung dieser Verfügung vorübergehend auszusetzen und weiterhin über eine unmarkierte Fahrerlaubnis zu verfügen".

42 Mit dem Verwaltungsgericht vermag auch der Senat nicht zu erkennen, dass die unter Ziffer 2 des Bescheids vom 10.04.2015 getroffene Regelung wegen Verstoßes gegen den Bestimmtheitsgrundsatz (§ 37 Abs. 1 LVwVfG) rechtswidrig ist. Die hierzu bereits im angegriffenen Urteil enthaltene Begründung (Urteilsabdruck S. 12 f.) ist nach wie vor zutreffend, sodass hierauf verwiesen wird, um unnötige Wiederholungen zu vermeiden (§ 130b Satz 2 VwGO). Dass der Kläger angesichts der klaren Formulierung im Verfügungstenor und der insoweit inhaltlich zutreffenden Begründung des Bescheids - siehe auch unter dem Punkt „Zwangsgeldandrohung" - trotz der rechtstechnisch fehlerhaften Verwendung des Begriffs „Einziehung" ganz genau wusste, was von ihm gefordert wurde, folgt auch aus dem von ihm selbst angefertigten Schreiben an das Landratsamt vom 28.05.2015, welches sein (damaliges) Verständnis authentisch wiedergibt. In dem Schreiben verlangte er vom Landratsamt sinngemäß u. a. die Nennung einer Fundstelle, aus der sich eine gültige gesetzliche Grundlage ergebe, die es dem Landratsamt erlaube, ein Dokument eines anderen EU-Staats zu kennzeichnen oder zu markieren bzw. ungültig zu machen. In dem für die gerichtliche Überprüfung nach § 79 Abs. 1 Nr. 1 VwGO maßgeblichen Widerspruchsbescheid vom 10.12.2015 ist deshalb zutreffend ausgeführt worden, dass in der Ausgangsverfügung die Vorlage und nicht - wie in der anwaltlichen Widerspruchsbegründung behauptet - die Abgabe des Führerscheins angeordnet worden sei (vgl. im Übrigen auch die weiteren Schreiben des Landratsamts vom 20.04.2015, 20.05.2015 und 19.06.2015, die der Kläger ausweislich der Behördenakten alle erhalten hat und in denen nochmals unmissverständlich dargelegt worden ist, was insoweit vom Kläger verlangt wird).

43 3. Ziffer 3 des Bescheids vom 10.04.2015 enthält eine Zwangsgeldandrohung,die rechtlich nicht zu beanstanden ist. Die streitige Androhung eines Zwangsgelds in Höhe von 500,00 EUR findet ihre Rechtsgrundlage in § 2 Nr. 2, §§ 19, 20 und 23 LVwVG. Auch insoweit hält der Senat trotz des Vorbringens des Klägers die hierzu bereits im angegriffenen Urteil enthaltene Begründung (Urteilsabdruck S. 13) für zutreffend, sodass hierauf verwiesen wird (§ 130b Satz 2 VwGO). Unabhängig davon ist die Zwangsgeldandrohung durch das Schreiben des Landratsamts an den Kläger vom 20.04.2015, das der Kläger erhalten hat (vgl. dessen Antwortschreiben vom 02.05.2015), modifiziert worden, indem die ursprünglich gesetzte Wochenfrist ab Erhalt der dem Kläger am 14.04.2015 zugestellten Verfügung bis zum 30.04.2015 verlängert wurde. Eine weitere Änderung enthält das gleichfalls dem Kläger zugegangene Schreiben des Landratsamts vom 20.05.2015 (vgl. das Antwortschreiben des Klägers vom 28.05.2015), indem die Frist zur Vorlage des polnischen Führerscheins ein weiteres Mal, nämlich bis zum 29.05.2015 verlängert worden ist. Aus diesen beiden Schreiben des Landratsamts vom 20.04.2015 und 20.05.2015 ergibt sich jeweils nochmals klarstellend, dass unter Ziffer 3 des Bescheids vom 10.04.2015 eine Zwangsgeldandrohung nicht lediglich angekündigt, sondern bereits erlassen worden ist. Der Inhalt dieser beiden Schreiben des Landratsamts wird aber vom Kläger bei seinen Einwendungen gegen die streitige Zwangsgeldandrohung zu Unrecht übergangen.

44 4. Falls mit der Berufung auch die Aufhebung der Ziffer 4 des Bescheids vom

4 10.04.2015 angestrebt wird, würde insoweit die erforderliche Begründung nach § 124a Abs. 3 Satz 4 und 5, Abs. 6 Satz 3 VwGO fehlen. Im Übrigen sind die hierzu im angegriffenen Urteil vom 21.02.2017 enthaltenen Ausführungen zutreffend (Urteilsabdruck S. 8), sodass hierauf verwiesen wird (§ 130b Satz 2 VwGO).

45 5. Die in Ziffer 5 des Bescheids vom 10.04.2015 festgesetzte Verwaltungsgebühr in Höhe von 115,00 EUR und verlangte Auslagenerstattung in Höhe von 3,45 EUR sind rechtmäßig.

46 Nach § 6a Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe a StVG werden für Amtshandlungen nach diesem Gesetz und nach den auf diesem Gesetz beruhenden Rechtsvorschriften Kosten (Gebühren und Auslagen) erhoben. Durch § 6a Abs. 2 Satz 1 StVG wird das Bundesministerium für Verkehr ermächtigt, die gebührenpflichtigen Amtshandlungen sowie die Gebührensätze für die einzelnen Amtshandlungen durch Rechtsverordnung zu bestimmen und dabei feste Sätze, auch in Form von Zeitgebühren, oder Rahmensätze vorzusehen. Gemäß § 6a Abs. 2 Satz 1 StVG sind die Gebührensätze so zu bemessen, dass der mit den Amtshandlungen verbundene Personal- und Sachaufwand gedeckt wird, wobei bei begünstigenden Amtshandlungen daneben auch die Bedeutung, der wirtschaftliche Wert oder der sonstige Nutzen für den Gebührenschuldner angemessen berücksichtigt werden kann. § 6a Abs. 3 Satz 1 StVG bestimmt, dass im Übrigen das Verwaltungskostengesetz (VwKostG) in der bis zum 14.08.2013 geltenden Fassung anzuwenden ist.

47 Nach § 1 Abs. 1 der auf dieser Grundlage erlassenen Gebührenordnung für Maßnahmen im Straßenverkehr (GebOSt) ergeben sich die gebührenpflichtigen Tatbestände und die Gebührensätze aus dem Gebührentarif für Maßnahmen im Straßenverkehr. Die Gebührennummer 206 des Gebührentarifs (Anlage zu § 1 GebOSt) sieht für die Feststellung der fehlenden Berechtigung, von einer ausländischen Fahrerlaubnis im Inland Gebrauch zu machen, eine Verwaltungsgebühr zwischen 33,20 und 256,00 EUR vor; in diesem Rahmen hält sich die hier streitige Gebühr in Höhe von 115,00 EUR.

48 Die vom Kläger geltend gemachten verfassungsrechtlichen Bedenken gegen diesen Gebührentatbestand bzw. gegen die §§ 1 ff. GebOSt vermag der Senat nicht zu teilen.

49 So verlangt das in Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG normierte Zitiergebot zwar, dass die die Ermächtigung zur Rechtsverordnung enthaltende einzelne Vorschrift im Zweifelsfall bis hin zu Paragraph, Absatz, Satz und Nummer anzugeben ist (vgl. z. B. Pieroth in Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl., Art. 80 Rn. 22), jedoch genügt auch die Benennung einer übergeordneten Gliederungseinheit, wenn alle untergeordneten Gliederungseinheiten in Anspruch genommen werden (vgl. Handbuch der Rechtsförmlichkeit, hrsg. vom Bundesministerium der Justiz, 3. Auflage, Rn. 781). Hiervon ausgehend ist, insbesondere unter Zugrundelegung des Berufungsvorbringens des Klägers, nicht ersichtlich, inwiefern das Zitiergebot nach Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG in der Eingangsformel der GebOSt mangelhaft umgesetzt worden sein könnte.

50 Die weiteren - wenig substantiierten - Angriffe des Klägers gegen die Gültigkeit der für die streitige Gebührenfestsetzung maßgeblichen Normen der GebOSt greifen gleichfalls nicht durch. Die wesentliche Rüge des Klägers, dass die für die konkrete Gebührenermittlung aus einem Gebührenrahmen maßgeblichen Bemessungskriterien normativ zu benennen seien, da eine konkrete

Gebührenfestsetzung ohne irgendwelche Bemessungskriterien gegen das Willkürverbot aus Art. 3 Abs. 1 GG und gegen das aus dem Rechtsstaatsprinzip folgende Prinzip der nachvollziehbaren und transparenten Gebührenerhebung verstoße, übergeht bereits die Vorgaben, die insoweit in der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage gemacht werden. So schreibt § 6a Abs. 2 Satz 1 StVG für Amtshandlungen, die für den Betroffenen nicht begünstigend sind (wie im vorliegenden Fall die streitige Feststellung über die fehlende Berechtigung), vor, die Gebührensätze so zu bemessen, dass der mit den Amtshandlungen verbundene Personal- und Sachaufwand gedeckt wird (Kostendeckungsprinzip). Weiter werden für den im vorliegenden Fall betroffenen Bereich der Gebühren der Landesbehörden in § 6a Abs. 2 Satz 3 bis 5 StVG weitere Regelungen über die Ausgestaltung des gesetzlich vorgesehenen Kostendeckungsprinzips getroffen (s. a. § 3 Satz 2 VwKostG i. V. m. § 6a Abs. 3 Satz 1 StVG). Damit wird dem Bestimmtheitsgebot des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG hinreichend Rechnung getragen (zu den Einzelheiten vgl. z. B. BVerwG, Urteil vom 01.03.1996 - 8 C 29.94 - BVerwGE 100, 323). Dass die in der Gebührennummer 206 des Gebührentarifs (Anlage zu § 1 GebOSt) für die Feststellung der fehlenden Berechtigung, von einer ausländischen Fahrerlaubnis im Inland Gebrauch zu machen, vorgesehene Rahmengebühr von 33,20 bis 256,00 EUR den Vorgaben der Verordnungsermächtigung nicht entspräche, kann der Berufungsbegründung des Klägers nicht entnommen werden und ist auch sonst für den Senat nicht ersichtlich. Innerhalb dieses Gebührenrahmens ist für die Festsetzung der Gebühr im Einzelfall nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 VwKostG der mit der Amtshandlung verbundene Verwaltungsaufwand als Bemessungsparameter maßgeblich, da es um die Erhebung von Kosten für einen belastenden Verwaltungsakt geht. § 6a Abs. 2 Satz 2 StVG richtet sich zwar unmittelbar nur an den Verordnungsgeber, jedoch schlägt dessen Bindung an den Kostendeckungsgrundsatz auch auf die Gebührenbemessung im Einzelfall - d. h. die Festsetzung der konkreten Gebührenhöhe - durch (vgl. BayVGH, Beschluss vom 12.08.2011 - 11 C 11.1785 - juris). Damit entspricht es grundsätzlich einer pflichtgemäßen Ermessensausübung, im Einzelfall die Gebühr so zu bemessen, dass der mit der gebührenpflichtigen Amtshandlung einhergehende Personal- und Sachaufwand zumindest im Wesentlichen von der Verwaltungsgebühr gedeckt wird (vgl. BayVGH, Beschluss vom 12.08.2011 a. a. O.). Kommt es somit für die Gebührenbemessung auf den für die Amtshandlung anfallenden Verwaltungsaufwand an, so ermöglicht die Rahmengebühr eine hinreichend ausdifferenzierte und damit mit Art. 3 Abs. 1 GG im Einklang stehende Einzelfallentscheidung, ohne dass hierbei der mit einer konkreten Amtshandlung verbundene Verwaltungsaufwand centgenau ermittelt werden müsste (vgl. BVerwG, Urteil vom 01.03.1996 a. a. O.; OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 14.02.2017 - 9 A 2655/13 - NWVBl 2017, 338). Anhand des maßgeblichen Bemessungskriteriums bleibt bei Ausübung des durch die Gebührennummer 206 des Gebührentarifs eingeräumten Rahmenermessens gewährleistet, dass die Behörde hinreichend vorhersehbar und hinreichend nachvollziehbar die im Einzelfall richtige Gebührenhöhe ermittelt. Bei der Frage, ob damit eine willkürliche Handhabung durch die Behörde ausgeschlossen wird, ist auch zu berücksichtigen, dass die Gebührenlast, die hier im Kontext mit der Feststellung einer fehlenden Inlandsfahrberechtigung einer EU-Fahrerlaubnis steht, weder massenhaft noch für den einzelnen Betroffenen wiederkehrend anfällt und auch der Höhe nach keine im

Verhältnis zum Gebührenanlass besondere Intensität aufweist.

51 Vor diesem Hintergrund ist die konkrete Festsetzung einer Verwaltungsgebühr in Höhe von 115,00 EUR in Ziffer 5 des Bescheids vom 10.04.2015 rechtmäßig, insbesondere mit den §§ 1 ff. GebOSt vereinbar. Wie bereits dargelegt (oben unter 1.), ist entgegen der Auffassung des Klägers die der Gebührenerhebung zugrundeliegende Amtshandlung rechtlich nicht zu beanstanden.

52 Richtig ist allerdings, dass es sich bei der Gebühr nach der Gebührennummer 206 des Gebührentarifs (Anlage zu § 1 GebOSt) um eine Rahmengebühr handelt und damit die Bestimmung der konkreten Gebührenhöhe innerhalb des normativ eröffneten Rahmens grundsätzlich eine Ermessensentscheidung darstellt. Wie schon das Verwaltungsgericht im Ergebnis zutreffend erkannt hat, liegt hier aber weder ein Ermessensfehler (§ 40 LVwVfG, § 114 VwGO) noch (formal) ein Begründungsmangel (§ 39 LVwVfG) vor, der zur Aufhebung der Gebührenentscheidung führen würde.

53 Das Landratsamt hat bei Festsetzung der streitigen Verwaltungsgebühr in Höhe von 115,00 EUR das ihm eingeräumte Ermessen fehlerfrei ausgeübt. Die Mittelgebühr des in der Gebührennummer 206 des Gebührentarifs vorgesehenen Gebührenrahmens von 33,20 bis 256,00 EUR beträgt 144,60 EUR. Damit liegt die im konkreten Fall festgesetzte Gebühr deutlich unter der Mittelgebühr, die grundsätzlich den Verwaltungsaufwand in einem Fall mittlerer Art abbilden soll (vgl. OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 14.02.2017 a. a. O.). Die der Gebührenerhebung konkret zugrundeliegende Amtshandlung, nämlich die unter Ziffer 1 des Bescheids vom 10.04.2015 getroffene Feststellungsentscheidung, kann gemessen am erforderlichen Verwaltungsaufwand ohne weiteres der Kategorie eines solchen Falls mittlerer Art zugeordnet werden; wie das Verwaltungsgericht im angegriffenen Urteil zutreffend erkannt hat, sind schon im Bescheid vom 10.04.2015 im Hinblick auf den zu prüfenden Einzelfall nicht nur die einschlägigen nationalen Rechtsvorschriften herangezogen worden, sondern auch Rechtsprechung des Gerichtshofs. Auch unter dem Blickwinkel der speziell für die Amtshandlung angefallenen Personal- und Sachkosten deckt die Gebühr maximal drei Arbeitsstunden ab, was für die nicht ganz einfache rechtliche Prüfung und das Abfassen des schriftlichen Bescheids ohne weiteres als nicht unangemessen beurteilt werden kann (zu den Einzelheiten vgl. z. B. BayVGH, Beschluss vom 12.08.2011 a. a. O.). Unter Berücksichtigung des hier maßgeblichen Kostendeckungsprinzips ist somit die streitige Gebühr auch der Höhe nach ermessensfehlerfrei festgesetzt worden.

54 Ist somit die Gebühr der Höhe nach rechtlich nicht zu beanstanden, so hat der Senat auch keinen Grund, von einem Ermessensausfall oder Ermessensnichtgebrauch auszugehen (hierzu vgl. z. B. OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 29.01.2018 - 9 B 1540/17 - juris; BayVGH, Beschluss vom 12.08.2011 a. a. O.). Im vorliegenden Fall ist für die Annahme eines Ermessensausfalls deshalb kein Raum, da das Landratsamt schon im Bescheid vom 10.04.2015 durch die Benennung der Gebührennummer 206 des Gebührentarifs auf den richtigen Gebührenrahmen verwiesen hat, die festgesetzte Gebühr sich innerhalb dieses Rahmens hält und auch der konkreten Höhe nach rechtlich nicht zu beanstanden ist. Dass das Landratsamt bei Festsetzung der Gebühr Ermessen ausgeübt hat, wird schließlich durch die Angaben, die das Landratsamt ergänzend gegenüber dem Verwaltungsgericht gemacht hat (Schriftsatz vom 16.01.2016),

bestätigt.

55 Nach den Gegebenheiten des vorliegenden Falls ist dem (formalen)
Begründungserfordernis nach § 39 Abs. 1 LVwVfG hinreichend Rechnung getragen worden. Diese Vorschrift verlangt nicht, schriftliche Verwaltungsakte in allen Einzelheiten zu begründen. Welchen Inhalt und Umfang die Begründung eines Bescheids haben muss, richtet sich nach den Besonderheiten des jeweiligen Rechtsgebiets und nach den Umständen des Einzelfalls. Insbesondere im Abgabenrecht ist anerkannt, dass der Bescheid nicht sämtliche Angaben enthalten, die für die vollständige Überprüfung seiner Rechtmäßigkeit in jeder tatsächlichen und rechtlichen Hinsicht nötig wären (zum Ganzen vgl. BVerwG, Urteil vom 27.11.2014 - 4 C 31.13 - NVwZ 2015, 531). Im vorliegenden Fall könnte (ausnahmsweise) schon die im Bescheid vom 10.04.2015 erfolgte Benennung der Rechtsgrundlage für die Gebührenerhebung als eine ausreichende Begründung angesehen werden, da bei einer Lektüre der zitierten Vorschriften und angesichts der deutlich unter der Mittelgebühr liegenden konkreten Gebühr die wesentlichen Gründe, die für die Gebührenentscheidung maßgeblich waren, schon hinreichend zu erkennen waren (vgl. auch § 14 Abs. 1 Satz 5 VwKostG i. V. m. § 6 Abs. 1 GebOSt; ferner VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 15.03.1991 - A 14 S 2616/90 - juris). Jedenfalls hat das Landratsamt die Begründung für die streitige Gebührenerhebung mit Schriftsatz an das Verwaltungsgericht vom 16.01.2016 zulässigerweise (§ 45 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 LVwVfG, § 114 Satz 2 VwGO; hierzu z. B. OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 29.01.2018 a. a. O.; BayVGH, Beschluss vom 12.08.2011 a. a. O.) ausreichend ergänzt, indem es u. a. darauf hingewiesen hat, dass die Gebühr sich unterhalb der Mittelgebühr halte und angesichts des auch durch die aufgeworfenen EUrechtlichen Fragestellungen begründeten Aufwands der Höhe nach nicht zu beanstanden sei (siehe ergänzend den Schriftsatz des Landratsamts im Zulassungsverfahren vom 30.05.2017).

56 Die geforderte Auslagenerstattung für die Zustellung des Bescheids vom
10.04.2015 in Höhe von 3,45 EUR lässt einen Rechtsfehler nicht erkennen; § 2 Abs. 1 Nr. 1 GebOSt begründet zwingend („hat") die Pflicht des Gebührenschuldners, Entgelte für Zustellungen durch die Post mit Postzustellungsurkunde als Auslagen zu tragen.

57 6. Gründe, wieso die Ziffern 1 und 2 des Bescheids vom 19.06.2015 rechtswidrig
sein könnten, sind in der Berufungsbegründung nicht dargelegt worden (vgl. § 124a Abs. 3 Satz 4 und 5, Abs. 6 Satz 3 VwGO), und sind für den Senat (unter Berücksichtigung der oben unter 1. bis 3. dargestellten Gründe) auch nicht ersichtlich; auf den Inhalt der angegriffenen Bescheide vom 19.06.2015 und 10.12.2015 wird insoweit verwiesen (§ 125 Abs. 1 Satz 1, § 118 Abs. 5 VwGO). Die Festsetzung der Gebühr in Höhe von 20,00 EUR zuzüglich einer Auslagenerstattung in Höhe von 3,45 EUR beruht auf den §§ 1 und 4 LGebG, § 31 LVwVG i. V. m. §§ 5, 8 Abs. 1 Nr. 3 LVwVGKO. Der Senat vermag auch insoweit nicht zu erkennen, dass diese Kostenerhebung rechtswidrig sein könnte; nicht zuletzt auch wegen der - sowohl absolut als auch (gemessen am Verwaltungsaufwand) relativ gesehen - niedrigen Gebührenhöhe stellt die in dem Vollstreckungsbescheid erfolgte Angabe der insoweit in Anspruch genommenen Rechtsvorschriften eine ausreichende Begründung der konkreten Kostenerhebung dar.

58 7. Da die beiden Bescheide des Landratsamts vom 10.04.2015 und 19.06.2015 -

8 wie ausgeführt - rechtlich nicht zu beanstanden sind, ist auch gegen die Zurückweisung der dagegen vom Kläger eingelegten Widersprüche durch den Widerspruchsbescheid des Regierungspräsidiums Freiburg vom 10.12.2015 nichts zu erinnern (vgl. §§ 68 ff. VwGO). Auch die unter Ziffer 3 des Widerspruchsbescheids erfolgte Festsetzung einer Verwaltungsgebühr in Höhe von 150,00 EUR ist rechtmäßig. Zutreffend sind in der Gebührenmitteilung des Regierungspräsidiums vom 10.12.2015, auf die im Widerspruchsbescheid zur Begründung der Gebührenfestsetzung verwiesen worden ist, als Rechtsgrundlage die §§ 1, 2 und 4 GebOSt i. V. m. den Gebührennummern 400 und 206 des Gebührentarifs zitiert worden. Für die Zurückweisung eines Widerspruchs bestimmt die Nummer 400 des Gebührentarifs eine „Gebühr in Höhe der Gebühr für die beantragte oder angefochtene Amtshandlung, mindestens jedoch 25,60 EUR […]". Der Senat teilt die vom Verwaltungsgericht im angegriffenen Urteil vertretene Auffassung, dass mit dem in der Gebührenordnung verwendeten Wort „Gebühr" nicht die im Ausgangsbescheid konkret festgesetzte Gebühr, sondern die im Gebührentarif für die beantragte oder angefochtene Amtshandlung vorgesehene Gebühr gemeint ist. Dies folgt schon aus der Tabellenüberschrift des 2. Abschnitts des Gebührentarifs (Anlage zu § 1 GebOSt), wonach bestimmte Amtshandlungen („Gegenstand") jeweils bestimmten „GebührenNummern" zugewiesen werden, für die jeweils eine bestimmte „Gebühr" in Euro gilt. Sieht - wie hier - die „Gebühr" für die angegriffene Amtshandlung einen Gebührenrahmen von 33,20 bis 256,00 EUR vor, so spricht auch der in § 6a Abs. 2 Satz 2 erster Halbsatz StVG vorgeschriebene Kostendeckungsgrundsatz gegen eine Festlegung auf die im Ausgangsbescheid konkret festgesetzte Gebühr, da im Einzelfall der Verwaltungsaufwand für die Ausgangsentscheidung erheblich von dem Verwaltungsaufwand für die Widerspruchsentscheidung abweichen kann. Im Übrigen würde sich auch im Fall einer fehlerhaft ermittelten Gebühr für die Ausgangsentscheidung die Festsetzung einer damit identischen Widerspruchsgebühr verbieten. Unabhängig von diesen Ausführungen ist im Hinblick auf den vorliegenden Fall noch weiter zu berücksichtigen, dass hier das Widerspruchsverfahren nicht auf den (Ausgangs-)Bescheid vom 10.04.2015 beschränkt war, sondern sich darüber hinaus auf den weiteren Bescheid vom 19.06.2015 erstreckte, es sich mithin nicht nur um die „Zurückweisung eines Widerspruchs" (vgl. Gebührennummer 400 des Gebührentarifs), sondern um die Zurückweisung zweier Widersprüche gehandelt hat. In einem solchen Fall scheidet eine Bindung an die konkrete Gebührenfestsetzung „für die … angefochtene Amtshandlung" von vornherein aus und ist deshalb die Gebühr innerhalb des in der Gebührennummer 206 vorgesehenen Gebührenrahmens von 33,20 bis 256,00 EUR von der Widerspruchsbehörde festzusetzen (vgl. BVerwG, Urteil vom 16.12.2010 - 3 C 43.09 - BVerwGE 138, 316). Dass danach die streitige Gebühr in Höhe von 150,00 EUR, die in etwa der Mittelgebühr in Höhe von 144,60 EUR bzw. in etwa einem Zeitaufwand von (nur) drei Stunden (vgl. Gassner, VBlBW 2012, 405) entspricht, dem Grund und der Höhe nach rechtlich nicht zu beanstanden ist, ergibt sich aus den bereits gemachten Ausführungen (oben unter 5.), die auch auf die streitige Widerspruchsgebühr übertragen werden können.

II.

5 Auch der Feststellungsantrag des Klägers bleibt ohne Erfolg. Dabei kann
9 offenbleiben, ob diese erst im Berufungsverfahren erhobene Feststellungsklage des

Klägers nach § 125 Abs. 1 Satz 1, § 91 Abs. 1 VwGO sowie nach § 43 VwGO zulässig ist. Dem Kläger steht jedenfalls ein Anspruch auf die von ihm begehrte Feststellung nicht zu. Die „Nichtanerkennung" seiner Berechtigung zur Teilnahme am Straßenverkehr in der Bundesrepublik Deutschland auf Grundlage seiner am 24.01.2014 in Polen erworbenen Fahrerlaubnis war zu keiner der in dem Feststellungsantrag genannten Zeiten rechtswidrig. Dies folgt ohne weiteres aus den bereits oben unter I. 1. dargelegten Gründen, auf die verwiesen wird.

III.

60 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 und 2 VwGO. Dem Antrag des Klägers, die Zuziehung eines Bevollmächtigten für das Vorverfahren für notwendig zu erklären (§ 162 Abs. 2 Satz 2 VwGO), kann mangels eines Erstattungsanspruchs hinsichtlich der eigenen außergerichtlichen Kosten nicht entsprochen werden. Die Revision wird nicht zugelassen, weil keiner der in § 132 Abs. 2 VwGO genannten Gründe vorliegt.

Zitiervorschlag:
VGH Mannheim Urt. v. 24.9.2018 – 10 S 2295/17, BeckRS 2018, 50675

BeckRS 2018, 9613

BVerwG (2. Senat), Urteil vom 22.03.2018 - 2 C 42.17

Titel:
Keine Zahlung einer Erschwerniszulage für fliegendes Personal der Bundeswehr für einen Bundespolizisten
Normenketten:
EZulV § 22a, § 23f
BBesG § 42 Abs. 1, Abs. 3, § 47 Abs. 1
Redaktionelle Leitsätze:
1. Bei einer Stellenzulage nach § 42 Abs. 1 und 3 BBesG wird die Wahrnehmung einer herausgehobenen Position honoriert. Eine Erschwerniszulage nach § 47 Abs. 1 BBesG dient dagegen der Abgeltung besonderer, bei der Bewertung des Amtes nicht berücksichtigter Erschwernisse der Dienstausübung. (Rn. 12 – 14)
2. Die Zulage nach § 22a EZulV aF kommt für die Gruppe der Systemoperatoren Wärmebildgerät bei der Bundespolizei nur dann in Betracht, wenn sie aufgrund von Dienstvorschriften oder Dienstanweisungen als nichtständige Luftfahrzeugbesatzungsangehörige zum Mitfliegen in Luftfahrzeugen der Bundespolizei dienstlich verpflichtet sind. (Rn. 10)
3. § 23f EZulV ist auf den Bereich der Bundespolizei nicht anwendbar. Die im Bereich der Bundespolizei für das fliegende Personal auftretenden Erschwernisse iSv § 47 BBesG werden abschließend durch § 22a EZulV geregelt. (Rn. 18 – 24)
Rechtsgebiete:
Sonstiges besonderes Verwaltungsrecht, Verwaltungsverfahren und -prozess
Schlagworte:
Zahlung, Erschwerniszulage, fliegendes Personal, Hubschrauber, Bundespolizei, Stellenzulage, Leistungen, Bundeswehr , Luftfahrzeugbesatzungsangehöriger, Aufwandsentschädigung, Wärmebild- und Peilsystemoperator
vorgehend:

VGH München, Urteil vom 03.07.2017 - 14 BV 15.2770 (Rechtskraft: unbekannt)
VG München vom 24.11.2015 - M 21 K 15.1598 (Rechtskraft: unbekannt)
ECLI:
ECLI:DE:BVerwG:2018:220318U2C42.17.0
Rechtskraft:
nicht rechtskräftig

Text1

BUNDESVERWALTUNGSGERICHT
IM NAMEN DES VOLKES
In der Verwaltungsstreitsache
hat der 2. Senat des Bundesverwaltungsgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 22. März 2018
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Domgörgen
und die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. ..., Dr. ...,
... und Dr. ... für Recht erkannt:

Tenor:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 3. Juli 2017 wird zurückgewiesen.
Der Kläger trägt die Kosten des Revisionsverfahrens.

Tatbestand.

1 Der Kläger beansprucht die Zahlung einer Erschwerniszulage.

2 Der Kläger steht als Polizeihauptmeister im Dienst der Beklagten. Seit April 2011 wird er bei der Fliegerstaffel der Bundespolizei auf dem Dienstposten des Wärmebild- und Peilsystemoperators in Hubschraubern der Bundespolizei verwendet. Bis Ende Juli 2013 wurde dem Kläger die Stellenzulage als sonstiger ständiger Luftfahrzeugbesatzungsangehöriger gezahlt. Diese Zahlungen wurden zum 1. August 2013 eingestellt, weil der Gesetzgeber die Regelung für die Stellenzulage für Soldaten und Beamte als fliegendes Personal dahingehend geändert hatte, dass die Gruppe der Systemoperatoren Wärmebildgerät bei der Bundespolizei nicht mehr vom Zulagentatbestand erfasst ist.

3 Ende Februar 2013 beantragte der Kläger die Zahlung der Erschwerniszulage für fliegendes Personal der Bundeswehr und anderer Einrichtungen des Bundes rückwirkend ab dem 1. April 2011. Die Beklagte lehnte dies mit der Begründung ab, die Zulagenregelung gelte nicht für den Bereich der Bundespolizei. Für die Bundespolizei sei die Zulage für Polizeivollzugsbeamte als fliegendes Personal abschließend.

4 Widerspruch, Klage und Berufung des Klägers sind erfolglos geblieben. Zur Begründung hat der Verwaltungsgerichtshof im Wesentlichen ausgeführt:
Der Kläger habe keinen Anspruch auf Zahlung der Erschwerniszulage für fliegendes Personal der Bundeswehr und anderer Einrichtungen des Bundes. Es sei schon zweifelhaft, ob die Bundespolizei eine „andere Einrichtung des Bundes" sei. Der Wortlaut der Regelung deute darauf hin, dass sie sich in erster Linie an fliegende Beamte und Soldaten der Bundeswehr richte. Jedenfalls sei die Gewährung der

Erschwerniszulage für fliegendes Personal der Bundeswehr und anderer Einrichtungen des Bundes an den Kläger für den Zeitraum bis 31. Juli 2013 durch die Gewährung der Stellenzulage ausgeschlossen. Eine im Zusammenhang mit der Dienstausübung stehende Erschwernis solle nur einmal honoriert werden, sei es durch die Einstufung des Amtes einschließlich der Gewährung einer Amtszulage, durch die Gewährung einer Stellenzulage oder durch die Gewährung einer Erschwerniszulage. Die Fliegerstellenzulage diene dazu, die besonderen physischen und psychischen Belastungen sowie die erhöhten Gefahren abzugelten, denen Soldaten oder Beamte als fliegendes Personal bei der Verrichtung ihres Dienstes ausgesetzt seien.

5 Hiergegen richtet sich die bereits vom Verwaltungsgerichtshof zugelassene Revision des Klägers, mit der er beantragt,
die Urteile des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 3. Juli 2017 und des Verwaltungsgerichts München vom 24. November 2015 sowie den Bescheid des Bundesverwaltungsamts vom 23. Dezember 2014 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 1. April 2015 aufzuheben und die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger für den Zeitraum vom 1. April 2011 bis 31. Juli 2013 eine Zulage nach § 23f Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 EZulV zu zahlen.

6 Die Beklagte beantragt,
die Revision zurückzuweisen.

Gründe:

7 Die Revision des Klägers ist unbegründet. Das Urteil des Verwaltungsgerichtshofs verletzt nicht revisibles Recht (§ 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO). Der Kläger hat im Zeitraum vom 1. April 2011 bis Ende Juli 2013 keinen Anspruch auf Zahlung der Erschwerniszulage nach § 23f der Erschwerniszulagenverordnung (EZulV) in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. Dezember 1998 (BGBl. I S. 3497). Die Änderung des § 23f Abs. 1 EZulV durch die Elfte Verordnung zur Änderung der Erschwerniszulagenverordnung vom 10. April 2017 (BGBl. I S. 828) ist für den Anspruch des Klägers unerheblich.

8 Zwar sind die Ausführungen des Verwaltungsgerichtshofs zum Konkurrenzverhältnis zwischen Stellenzulage und Erschwerniszulage rechtlich unzutreffend (1.). Der Kläger hat aber keinen Anspruch auf Zahlung der Erschwerniszulage nach § 23f EZulV im Zeitraum vom 1. April 2011 bis Ende Juli 2013, weil diese Vorschrift den Bereich der Bundespolizei nicht erfasst. Besondere Erschwernisse für fliegendes Personal der Bundespolizei i.S.v. § 47 BBesG werden abschließend durch § 22a EZulV abgegolten (2.).

9 1. In dem hier allein relevanten Zeitraum bis zum Inkrafttreten des Professorenbesoldungsneuregelungsgesetzes vom 11. Juni 2013 (BGBl. I S. 1514) am 1. August 2013 geht es um das Verhältnis zwischen der Stellenzulage nach Ziff. II Nr. 6 Abs. 1 Satz 1 Buchst. c der Vorbemerkungen zu den Bundesbesoldungsordnungen A und B (Anlage I zum Bundesbesoldungsgesetz) in der Fassung der Bekanntmachung vom 6. August 2002 (BGBl. I S. 3020) - im Folgenden: Vorbemerkungen - und der vom Kläger geltend gemachten Erschwerniszulage für fliegendes Personal der Bundeswehr und anderer Einrichtungen des Bundes. Denn die Erschwerniszulage nach § 22a EZulV in der Fassung der Verordnung zur Umstellung dienstrechtlicher Vorschriften auf Euro vom 8. August 2002 (BGBl. I S. 3177 - EZulV a.F. -), die bis zum 1. August 2013 im Wesentlichen unverändert geblieben ist, stand dem Kläger infolge der Zahlung

der genannten Stellenzulage nicht zu. Die auch dem Kläger im Anschluss an das Urteil des Senats vom 28. Oktober 2010 - 2 C 29.09 - (Buchholz 240.1 BBesO Nr. 33) gezahlte Stellenzulage nach Ziff. II Nr. 6 Abs. 1 Satz 1 Buchst. c der Vorbemerkungen setzt voraus, dass der Beamte der Besoldungsgruppe A 5 bis A 16 ständiger Luftfahrzeugbesatzungsangehöriger ist. Demgegenüber kommt die Zulage nach § 22a EZulV a.F. für die Gruppe der Systemoperatoren Wärmebildgerät bei der Bundespolizei nur dann in Betracht, wenn sie aufgrund von Dienstvorschriften oder Dienstanweisungen als nichtständige Luftfahrzeugbesatzungsangehörige zum Mitfliegen in Luftfahrzeugen der Bundespolizei dienstlich verpflichtet sind (§ 22a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EZulV a.F.).

10 Der Verwaltungsgerichtshof hat die Abweisung der Klage auf Zahlung der Erschwerniszulage nach § 23f EZulV in erster Linie auf die Überlegung gestützt, die Zahlung dieser Erschwerniszulage komme nicht in Betracht, weil dem Kläger bis Ende Juli 2013 die Stellenzulage nach Ziff. II Nr. 6 Abs. 1 Satz 1 Buchst. c der Vorbemerkungen zugestanden habe. Sowohl diese Stellenzulage als auch die Erschwerniszulage nach § 23f EZulV diene dazu, die hohen Anforderungen, die besonderen physischen und psychischen Belastungen sowie die erhöhten Gefahren abzugelten, denen Soldaten oder Beamte als fliegendes Personal bei der Verrichtung ihres Dienstes in einem Luftfahrzeug ausgesetzt seien. Diese im Zusammenhang mit der Dienstausübung des Beamten stehenden Erschwernisse könnten jedoch nur einmal honoriert werden.

11 Diese Erwägungen stehen mit den maßgeblichen Bestimmungen des Bundesbesoldungsgesetzes nicht in Einklang. Denn Stellenzulagen nach § 42 Abs. 1 und 3 BBesG und Erschwerniszulagen nach einer aufgrund von § 47 Abs. 1 BBesG erlassenen Rechtsverordnung haben unterschiedliche Zielrichtungen.

12 Bei einer Stellenzulage geht es nach § 42 Abs. 1 und 3 BBesG um die Honorierung der Wahrnehmung einer herausgehobenen Funktion. Herausgehoben i. S.d. Vorschrift sind diese Funktionen wegen der für ihre Wahrnehmung zusätzlich zu erfüllenden Anforderungen, die von der allgemeinen Ämterbewertung nicht erfasst werden (BVerwG, Urteil 27. November 2003 - 2 C 55.02 - Buchholz 240.1 BBesO Nr. 28 S. 18). Welche Funktionen i.S.d. § 42 Abs. 1 BBesG herausgehoben sind, hat der Gesetzgeber in den einzelnen Zulagevorschriften - hier Ziff. II Nr. 6 Abs. 1 Satz 1 Buchst. c der Vorbemerkungen - normativ entschieden (BVerwG, Urteile vom 26. März 2009 - 2 C 1.08 - Buchholz 240.1 BBesO Nr. 32 Rn. 11 und vom 28. Oktober 2010 - 2 C 29.09 - Buchholz 240.1 BBesO Nr. 33 Rn. 15). Nach § 47 Abs. 1 BBesG dient eine Erschwerniszulage dagegen der Abgeltung besonderer, bei der Bewertung des Amtes nicht berücksichtigter Erschwernisse der Dienstausübung. Eine Erschwernis i.S.v. § 47 BBesG kann sich aus physischen oder psychischen Belastungen sowie aus erheblichen Beeinträchtigungen der Lebensqualität ergeben. Sie kann auch materieller Art sein, z.B. wenn die Dienstleistung zusätzliche Aufwendungen für Ernährung oder Kleidung erfordert (BVerwG, Urteil vom 26. September 2012 - 2 C 45.10 - Buchholz 240 § 47 BBesG Nr. 14 Rn. 10).

13 Eine Zulage nach der Erschwerniszulagenverordnung setzt entsprechend der Verordnungsermächtigung nach § 47 Abs. 1 BBesG voraus, dass besondere, bei der Bewertung des Amtes oder bei der Regelung der Anwärterbezüge nicht berücksichtigte Erschwernisse abgegolten werden. Eine derartige Erschwernis liegt vor, wenn sie nicht schon durch die Einstufung des Amtes - einschließlich der Gewährung einer Amtszulage - bewertet oder durch die Gewährung einer

Stellenzulage honoriert wird. Eine Verordnungsregelung über eine Erschwerniszulage ist ggf. gesetzeskonform - i.S.d. § 47 Abs. 1 BBesG - (tätigkeitsbezogen) auszulegen (BVerwG, Urteil vom 26. September 2012 - 2 C 45.10 - Buchholz 240 § 47 BBesG Nr. 14 Rn. 12 ff.). Es muss um Aufgaben und Arbeitsbedingungen der Beamten (oder auch Richter und Soldaten) gehen, die in ihrer Tätigkeit stets wiederkehrend, wenn auch nicht ständig besonderen, durch die Besoldung nicht abgegoltenen Erschwernissen ausgesetzt sind. Dauererschwernisse gleichbleibender Art stellen dagegen keine Erschwernisse i.S.d. § 47 BBesG dar; sie können ggf. durch eine Stellenzulage i.S.d. § 42 BBesG abgegolten werden (stRspr, BVerwG, Urteile vom 27. Oktober 2011 - 2 C 73.10 - Buchholz 240.1 BBesO Nr. 36 Rn. 20, vom 26. September 2012 - 2 C 45.10 - Buchholz 240 § 47 BBesG Nr. 14 Rn. 10 und vom 29. November 2012 - 2 C 44.11 - Buchholz 240 § 47 BBesG Nr. 15 Rn. 15).

14 Der Verordnungsgeber hat einen weiten Spielraum bei der Einschätzung, welche besonderen aufgabenbezogenen Anforderungen er als Erschwernis anerkennt und wie hoch er die Zulage bemisst (stRspr, vgl. nur BVerfG, Beschlüsse vom 4. April 2001 - 2 BvL 7/98 - BVerfGE 103, 310 <320> und vom 6. Mai 2004 - 2 BvL 16/02 - BVerfGE 110, 353 <364 f.>; BVerwG, Urteile vom 1. September 2005 - 2 C 24.04 - Buchholz 240 § 40 BBesG Nr. 33 Rn. 22 m.w.N. und vom 26. September 2012 - 2 C 45.10 - Buchholz 240 § 47 BBesG Nr. 14 Rn. 11; Beschluss vom 3. Juni 2011 - 2 B 13.11 - Buchholz 240 § 47 BBesG Nr. 12). Seine Einschätzung verstößt nur dann gegen Art. 3 Abs. 1 GG, wenn die Auswahl der Differenzierungsmerkmale oder deren Gewichtung sich als erkennbar sachwidrig erweist. Differenzierungen, die an den Schwerpunkt, d.h. den hauptsächlichen Aufgabenbereich dienstlicher Tätigkeiten anknüpfen, sind regelmäßig mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar, wenn die Anknüpfung an dieses Merkmal vom Zweck der Zulageregelung gedeckt ist und die Gewichtung nicht erkennbar sachwidrig ist (vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 19. Dezember 2008 - 2 BvR 380/08 - NVwZ 2009, 447, 448; BVerwG, Beschluss vom 3. Juni 2011 - 2 B 13.11 - Buchholz 240 § 47 BBesG Nr. 12 Rn. 7).

15 Dass Stellenzulagen nach Ziff. II der Vorbemerkungen zu den Bundesbesoldungsordnungen A und B und Erschwerniszulagen nach den §§ 3 ff. EZulV wegen der unterschiedlichen Funktionen einander nicht grundlegend ausschließen, entspricht auch der - gesetzeskonformen - Praxis der Beklagten im Bereich der Bundeswehr und der Bundespolizei. Im Revisionsverfahren hat die Beklagte im Hinblick auf die Überlegungen des Verwaltungsgerichtshofs zum Konkurrenzverhältnis klargestellt, dass Piloten und Flugtechniker der Bundespolizei sowohl die Stellenzulage nach Ziff. II Nr. 6 Abs. 1 Satz 1 Buchst. c der Vorbemerkungen als auch die Erschwerniszulage nach § 22a EZulV erhalten. Piloten und ständigen Luftfahrzeugbesatzungsangehörigen der Bundeswehr wird ebenfalls diese Stellenzulage und zugleich die Erschwerniszulage nach § 23f EZulV gezahlt.

16 Aus diesen Angaben des Bundesverwaltungsamts folgt zugleich, dass der Kläger als Angehöriger der Bundespolizei den Anspruch auf Zahlung der Erschwerniszulage nach § 23f EZulV nicht auf das aus Art. 3 Abs. 1 GG folgende Gleichbehandlungsgebot stützen kann. Denn die Beklagte zahlt auch Luftfahrzeugführern und Flugtechnikern der Bundespolizei trotz dieser Verwendung nicht die Erschwerniszulage nach § 23f EZulV.

17 2. § 23f EZulV ist auf den Bereich der Bundespolizei nicht anwendbar. Die im

7 Bereich der Bundespolizei für das fliegende Personal auftretenden Erschwernisse i.S.v. § 47 BBesG werden abschließend durch § 22a EZulV geregelt. Dies folgt aus einer Auslegung der in Rede stehenden Vorschriften, die deren Wortlaut, Systematik, Entstehungsgeschichte sowie Sinn und Zweck berücksichtigt:
Für einen weiten Anwendungsbereich des § 23f EZulV spricht zunächst, dass diese Bestimmung der Erschwerniszulagenverordnung im Gegensatz zu anderen - §§ 16a, 22a, 23, 23c, 23e, 23i, 23j, 23k, 23l, 23m, 23n und 23o - nach ihrem Wortlaut gerade nicht auf Beamte und Soldaten der Bundeswehr oder bestimmte Bereiche der Bundesverwaltung begrenzt ist. Vielmehr deutet die amtliche Überschrift der Bestimmung „Zulage für fliegendes Personal der Bundeswehr und anderer Einrichtungen des Bundes" auf ein weites Verständnis des Verordnungsgebers hin. Zu den „anderen Einrichtungen" zählt nach dem üblichen Verständnis jede Dienststelle des Bundes, damit auch die Bundespolizei, bei der der Kläger verwendet wird. Ob die bisherige Praxis der Beklagten, § 23f EZulV auf fliegendes Personal der Bundeswehr und fliegende Bedienstete des Bundesverkehrsministeriums (Luftfahrtbundesamt) zu begrenzen, fliegendes Personal im Bereich des Zolls, des Technischen Hilfswerks oder des Bundesamts für Katastrophenschutz dagegen von dieser Erschwerniszulage auszuschließen, mit der Regelung des § 23f EZulV in Einklang steht, kann hier wegen des abschließenden Charakters des § 22a EZulV dahingestellt bleiben.

18 Auch findet sich im Gegensatz zu anderen Bestimmungen der Erschwerniszulagenverordnung - § 7 Abs. 3, § 16a Abs. 3, § 17c Satz 1 Nr. 2 Buchst. c, § 23b Abs. 6 Nr. 2 oder § 23d Abs. 5 - weder in § 22a noch in § 23f EZulV eine Regelung, die den gleichzeitigen Bezug beider Erschwerniszulagen ausdrücklich ausschließt oder die wechselseitige Anrechnung der Zahlung vorsieht.

19 Vielmehr bestimmt § 23f Abs. 6 EZulV ausdrücklich, dass § 22a EZulV „unberührt bleibt". Aus dieser Regelung kann aber nicht auf die Vorstellung des Normgebers geschlossen werden, dass fliegendes Personal der Bundespolizei auch Anspruch auf die Erschwerniszulage nach § 23f EZulV haben soll. Eine solche Auslegung käme allenfalls in Betracht, wenn - umgekehrt - in der nach dem Wortlaut vorrangigen Anspruchsgrundlage des § 22a EZulV ausdrücklich geregelt wäre, dass „§ 23f EZulV unberührt bleibt". Ohnehin hat die Formulierung in einer Rechtsnorm, wonach Vorschriften anderer Normen unberührt bleiben, verschiedene Bedeutungen (Handbuch der Rechtsförmlichkeit vom 22. September 2008, S. 42 Rn. 87). Insbesondere kann sie, wie hier, zum Ausdruck bringen, dass eine andere Vorschrift vorrangig ist und sich die Geltungsbereiche beider Regelungen nicht überschneiden.

20 § 22a und auch § 23f EZulV sind gleichzeitig durch die Verordnung zur Änderung besoldungsrechtlicher Vorschriften vom 17. Juni 1998 (BGBl. I S. 1378) in die Erschwerniszulagenverordnung eingefügt worden. Die Begründung des Verordnungsentwurfs der Bundesregierung äußert sich aber nicht zum Verhältnis der beiden Zulagentatbestände § 22a und § 23f EZulV (BR-Drs. 187/98, S. 22). Allerdings folgt aus der Entstehungsgeschichte der beiden Zulagentatbestände, dass die im Bereich der Bundespolizei bei fliegendem Personal auftretenden besonderen Erschwernisse i.S.v. § 47 Abs. 1 BBesG nach dem Willen des Normgebers mit den in § 22a EZulV festgesetzten - und von § 23f EZulV abweichenden - Zahlungen abschließend abgegolten werden.

2 Das Bundesverwaltungsgericht hatte vor dem Jahr 1998 die langjährige und weit

1 verbreitete Praxis des Bundes beanstandet, Beamten auf der Grundlage von § 17 BBesG Aufwandsentschädigungen zu gewähren, durch die die physischen und psychischen Belastungen und Erschwernisse ihrer Dienstleistung abgegolten werden sollten (BVerwG, Urteile vom 8. Juli 1994 - 2 C 3.93 - BVerwGE 96, 224 <225 f.> und vom 2. März 1995 - 2 C 17.94 - Buchholz 240 § 17 BBesG Nr. 7 S. 9). Der Dienstherr dürfe nicht Leistungen ohne gesetzliche Grundlage erbringen, die der Sache nach Besoldung darstellten. Dementsprechend sei es ausgeschlossen, die durch Gesetz geregelte Besoldung einschließlich etwaiger Stellen- und Erschwerniszulagen im Verwaltungswege durch weitere Leistungen zur Bestreitung des allgemeinen Lebensunterhalts zu ergänzen. Bei der Anwendung von § 17 BBesG gehe es nicht um die Alimentation, sondern um die Erstattung von dem Beamten aus seiner dienstlichen Tätigkeit entstandenen Kosten, deren Übernahme ihm nicht zuzumuten sei.

2 Im Hinblick auf diese Kritik beschloss die Bundesregierung in ihrem Bericht vom
2 18. Juni 1997 über „Eckpunkte zur weiteren Umsetzung des Versorgungsberichts", Aufwandsentschädigungen auf ihren eigentlichen Zweck zurückzuführen und die bisherigen Entschädigungen, die überwiegend Belastungen und Erschwernisse abgelten sollten, in Erschwerniszulagen umzuwandeln (vgl. BR-Drs. 187/98, S. 21). Diese Vorgabe setzte der Verordnungsgeber durch die Verordnung zur Änderung besoldungsrechtlicher Vorschriften vom 17. Juni 1998 (BGBl. I S. 1378) durch die Einfügung der §§ 16a, 22a und 23b bis 23l in die Erschwerniszulagenverordnung in der Weise um, dass er für die einzelnen Bereiche der Bundesverwaltung - anstelle von steuerfreien Aufwandsentschädigungen - steuerpflichtige Erschwerniszulagen mit unterschiedlichen Zahlungsbeträgen vorsah. Dementsprechend hat § 22a EZulV die Funktion, die für das fliegende Personal der Bundespolizei mit dieser besonderen Verwendung verbundenen besonderen Erschwernisse und Belastungen i.S.v. § 47 BBesG, für die bisher systemwidrig Aufwandsentschädigungen gezahlt worden waren, abschließend durch Erschwerniszulagen abzugelten. Ungeachtet der Frage des genauen Anwendungsbereichs des § 23f EZulV ist für das fliegende Personal der Bundespolizei im Hinblick auf die mit dieser Dienstleistung verbundenen Erschwernisse der Rückgriff auf § 23f EZulV wegen des abschließenden Charakters des § 22a EZulV ausgeschlossen.

2 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO.

3 B e s c h l u s s

vom 22. März 2018

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Revisionsverfahren auf 8.232 € (28 x 294 €) festgesetzt.

Wie sich unmittelbar aus seinem Wortlaut ergibt, gilt die gesetzliche Regelung des § 42 Abs. 1 GKG auch für Ansprüche auf wiederkehrende Leistungen aus einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis, über die von den Gerichten der Verwaltungsgerichtsbarkeit entschieden wird. Die Sondervorschrift des § 52 Abs. 6 GKG ist hier nicht anwendbar. Dementsprechend richtet sich der Streitwert entgegen der Annahme der Vorinstanzen, die von der Empfehlung in Nr. 10.4 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit (zweifacher Jahresbetrag) ausgegangen sind, gemäß § 42 Abs. 1 Satz 1 GKG grundsätzlich nach dem dreifachen Jahresbetrag der wiederkehrenden Leistungen (BVerwG, Beschluss vom 19. Juli 2017 - 2 KSt 1.17 -). Streitbefangen ist hier aber lediglich der Zeitraum vom 1. April 2011 bis Ende Juli 2013 („geringerer Gesamtbetrag der geforderten

Leistung").
Da die Sache am 20. Oktober 2017 beim Bundesverwaltungsgericht eingegangen ist, richtet sich die Wertberechnung gemäß § 40 GKG nach den für dieses Datum geltenden Sätzen. § 23f Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 EZulV sieht in der ab dem 1. Mai 2017 geltenden Fassung einen monatlichen Betrag von 294 € vor.

Zitiervorschlag:
BVerwG Urt. v. 22.3.2018 – 2 C 42.17, BeckRS 2018, 9613

BeckRS 2018, 9593

BVerwG (2. Senat), Urteil vom 22.03.2018 - 2 C 43.17

Titel:
Keine Erschwerniszulage nach § 23f EZulV für fliegendes Personal der Bundespolizei
Normenketten:
BBesG § 42 Abs. 1, Abs. 3, § 47 Abs. 1
EZulV § 22a, § 23f
GG Art 3 Abs. 1
Amtliche Leitsätze:
1. Stellenzulagen nach § 42 Abs. 1 BBesG und Erschwerniszulagen nach einer aufgrund von § 47 Abs. 1 BBesG erlassenen Rechtsverordnung haben unterschiedliche Zielrichtungen. Dauererschwernisse gleichbleibender Art sind keine Erschwernisse i. S.v. § 47 Abs. 1 BBesG; sie können durch eine Stellenzulage i.S.v. § 42 BBesG abgegolten werden. (Rn. 12 und 14)
2. § 23f EZulV ist auf den Bereich der Bundespolizei nicht anwendbar. Besondere Erschwernisse für fliegendes Personal der Bundespolizei i.S.v. § 47 Abs. 1 BBesG werden abschließend durch Zulagen nach § 22a EZulV abgegolten. (Rn. 18)
Rechtsgebiete:
Sonstiges besonderes Verwaltungsrecht, Verwaltungsverfahren und -prozess
Schlagworte:
Erschwerniszulage, Stellenzulage, Konkurrenzverhältnis, Bundespolizei, Systemoperator Wärmebildgerät, fliegendes Personal, herausgehobene Funktion, Abgeltung besonderer Erschwernisse, Dauererschwernisse gleichbleibender Art, Zahlung, Arbeitsbedingungen
vorgehend:
VGH München, Urteil vom 03.07.2017 - 14 BV 15.1473 (Rechtskraft: unbekannt)
VG München, Urteil vom 20.05.2015 - M 21 K 13.4961 (rechtskräftig)
Fundstellen:
DÖV 2018, 670 (Ls.)
LSK 2018, 9593
NVwZ-RR 2018, 973
ECLI:
ECLI:DE:BVerwG:2018:220318U2C43.17.0
Rechtskraft:
nicht rechtskräftig

Text1

BUNDESVERWALTUNGSGERICHT
IM NAMEN DES VOLKES
In der Verwaltungsstreitsache
hat der 2. Senat des Bundesverwaltungsgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 22. März 2018
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht ...
und die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. ..., Dr. ...,
Dollinger und Dr. Günther für Recht erkannt:

Tenor:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 3. Juli 2017 wird zurückgewiesen.
Der Kläger trägt die Kosten des Revisionsverfahrens.

Gründe:

I.

1 Der Kläger beansprucht die Zahlung einer Erschwerniszulage.

2 Der Kläger steht als Polizeioberkommissar im Dienst der Beklagten. Seit dem 1. April 2000 wird er bei der Fliegerstaffel … der Bundespolizei auf dem Dienstposten des Wärmebild- und Peilsystemoperators in Hubschraubern der Bundespolizei verwendet. Im Klagewege erreichte der Kläger, dass ihm die Stellenzulage als sonstiger ständiger Luftfahrzeugbesatzungsangehöriger gezahlt wurde (BVerwG, Urteil vom 28. Oktober 2010 - 2 C 29.09 - Buchholz 240.1 BBesO Nr. 33). Diese Zahlungen wurden zum 1. August 2013 eingestellt, weil der Gesetzgeber die Regelung für die Stellenzulage für Soldaten und Beamte als fliegendes Personal dahingehend geändert hatte, dass die Gruppe der Systemoperatoren Wärmebildgerät bei der Bundespolizei nicht mehr vom Zulagentatbestand erfasst ist.

3 Am 11. März 2013 beantragte der Kläger die Zahlung der Erschwerniszulage für fliegendes Personal der Bundeswehr und anderer Einrichtungen des Bundes rückwirkend ab dem 1. Januar 2005. Die Beklagte lehnte dies mit der Begründung ab, die Zulagenregelung gelte nicht für den Bereich der Bundespolizei. Für die Bundespolizei sei die Zulage für Polizeivollzugsbeamte als fliegendes Personal abschließend.

4 Widerspruch, Klage und Berufung des Klägers sind erfolglos geblieben. Zur Begründung hat der Verwaltungsgerichtshof im Wesentlichen ausgeführt:

5 Der Kläger habe keinen Anspruch auf Zahlung der Erschwerniszulage für fliegendes Personal der Bundeswehr und anderer Einrichtungen des Bundes. Es sei schon zweifelhaft, ob die Bundespolizei eine „andere Einrichtung des Bundes" sei. Der Wortlaut der Regelung deute darauf hin, dass sie sich in erster Linie an fliegende Beamte und Soldaten der Bundeswehr richte. Jedenfalls sei die Gewährung der Erschwerniszulage für fliegendes Personal der Bundeswehr und anderer Einrichtungen des Bundes an den Kläger für den Zeitraum vom 1. Januar 2005 bis 31. Juli 2013 durch die Gewährung der Stellenzulage und für den Zeitraum ab 1. August 2013 durch die Gewährung der vom Gesetzgeber erhöhten Erschwerniszulage für Polizeivollzugsbeamte als fliegendes Personal ausgeschlossen. Eine im Zusammenhang mit der Dienstausübung stehende

Erschwernis solle nur einmal honoriert werden, sei es durch die Einstufung des Amtes einschließlich der Gewährung einer Amtszulage, durch die Gewährung einer Stellenzulage oder durch die Gewährung einer Erschwerniszulage. Sowohl die Fliegerstellenzulage als auch die beiden Erschwerniszulagen dienten dazu, die besonderen physischen und psychischen Belastungen sowie die erhöhten Gefahren abzugelten, denen Soldaten oder Beamte als fliegendes Personal bei der Verrichtung ihres Dienstes ausgesetzt seien.

6 Hiergegen richtet sich die bereits vom Verwaltungsgerichtshof zugelassene Revision des Klägers, mit der er beantragt,

die Urteile des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 3. Juli 2017 und des Verwaltungsgerichts München vom 20. Mai 2015 sowie den Bescheid des Bundesverwaltungsamts vom 19. April 2013 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 26. September 2013 aufzuheben und die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger ab dem 1. Januar 2005 eine Zulage nach § 23f Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 EZulV zu zahlen.

7 Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

II.

8 Die Revision des Klägers ist unbegründet. Das Urteil des Verwaltungsgerichtshofs verletzt nicht revisibles Recht (§ 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO). Der Kläger hat im Zeitraum ab dem 1. Januar 2005 keinen Anspruch auf Zahlung der Erschwerniszulage nach § 23f der Erschwerniszulagenverordnung (EZulV) in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. Dezember 1998 (BGBl. I S. 3497). Die Änderung des § 23f Abs. 1 EZulV durch die Elfte Verordnung zur Änderung der Erschwerniszulagenverordnung vom 10. April 2017 (BGBl. I S. 828) ist für den Anspruch des Klägers unerheblich.

9 Zwar sind die Ausführungen des Verwaltungsgerichtshofs zum Konkurrenzverhältnis zwischen Stellenzulage und Erschwerniszulage rechtlich unzutreffend (1.). Der Kläger hat aber keinen Anspruch auf Zahlung der Erschwerniszulage nach § 23f EZulV im Zeitraum ab dem 1. Januar 2005, weil diese Vorschrift den Bereich der Bundespolizei nicht erfasst. Besondere Erschwernisse für fliegendes Personal der Bundespolizei i.S.v. § 47 BBesG werden abschließend durch § 22a EZulV abgegolten (2.).

10 1. Im Zeitraum bis zum Inkrafttreten des Professorenbesoldungsneuregelungsgesetzes vom 11. Juni 2013 (BGBl. I S. 1514) am 1. August 2013 geht es um das Verhältnis zwischen der Stellenzulage nach Ziff. II Nr. 6 Abs. 1 Satz 1 Buchst. c der Vorbemerkungen zu den Bundesbesoldungsordnungen A und B (Anlage I zum Bundesbesoldungsgesetz) in der Fassung der Bekanntmachung vom 6. August 2002 (BGBl. I S. 3020) - im Folgenden: Vorbemerkungen - und der vom Kläger geltend gemachten Erschwerniszulage für fliegendes Personal der Bundeswehr und anderer Einrichtungen des Bundes. Denn die Erschwerniszulage nach § 22a EZulV in der Fassung der Verordnung zur Umstellung dienstrechtlicher Vorschriften auf Euro vom 8. August 2002 (BGBl. I S. 3177 - EZulV a.F. -), die bis zum 1. August 2013 im Wesentlichen unverändert geblieben ist, stand dem Kläger infolge der Zahlung der genannten Stellenzulage nicht zu. Die dem Kläger im Anschluss an das Urteil des Senats vom 28. Oktober 2010 - 2 C 29.09 - (Buchholz 240.1 BBesO Nr. 33) gezahlte Stellenzulage nach Ziff. II Nr. 6 Abs. 1 Satz 1 Buchst. c der

Vorbemerkungen setzt voraus, dass der Beamte der Besoldungsgruppe A 5 bis A 16 ständiger Luftfahrzeugbesatzungsangehöriger ist. Demgegenüber kommt die Zulage nach § 22a EZulV a. F. für die Gruppe der Systemoperatoren Wärmebildgerät bei der Bundespolizei nur dann in Betracht, wenn sie aufgrund von Dienstvorschriften oder Dienstanweisungen als nichtständige Luftfahrzeugbesatzungsangehörige zum Mitfliegen in Luftfahrzeugen der Bundespolizei dienstlich verpflichtet sind (§ 22a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EZulV a.F.).

11 Für den Zeitraum bis zum 1. August 2013 hat der Verwaltungsgerichtshof die Abweisung der Klage auf Zahlung der Erschwerniszulage nach § 23f EZulV in erster Linie auf die Überlegung gestützt, die Zahlung dieser Erschwerniszulage komme nicht in Betracht, weil dem Kläger in diesem Zeitraum die Stellenzulage nach Ziff. II Nr. 6 Abs. 1 Satz 1 Buchst. c der Vorbemerkungen zugestanden habe. Sowohl diese Stellenzulage als auch die Erschwerniszulage nach § 23f EZulV diene dazu, die hohen Anforderungen, die besonderen physischen und psychischen Belastungen sowie die erhöhten Gefahren abzugelten, denen Soldaten oder Beamte als fliegendes Personal bei der Verrichtung ihres Dienstes in einem Luftfahrzeug ausgesetzt seien. Diese im Zusammenhang mit der Dienstausübung des Beamten stehenden Erschwernisse könnten jedoch nur einmal honoriert werden.

12 Diese Erwägungen stehen mit den maßgeblichen Bestimmungen des Bundesbesoldungsgesetzes nicht in Einklang. Denn Stellenzulagen nach § 42 Abs. 1 und 3 BBesG und Erschwerniszulagen nach einer aufgrund von § 47 Abs. 1 BBesG erlassenen Rechtsverordnung haben unterschiedliche Zielrichtungen.

13 Bei einer Stellenzulage geht es nach § 42 Abs. 1 und 3 BBesG um die Honorierung der Wahrnehmung einer herausgehobenen Funktion. Herausgehoben i. S.d. Vorschrift sind diese Funktionen wegen der für ihre Wahrnehmung zusätzlich zu erfüllenden Anforderungen, die von der allgemeinen Ämterbewertung nicht erfasst werden (BVerwG, Urteil 27. November 2003 - 2 C 55.02 - Buchholz 240.1 BBesO Nr. 28 S. 18). Welche Funktionen i.S.d. § 42 Abs. 1 BBesG herausgehoben sind, hat der Gesetzgeber in den einzelnen Zulagevorschriften - hier Ziff. II Nr. 6 Abs. 1 Satz 1 Buchst. c der Vorbemerkungen - normativ entschieden (BVerwG, Urteile vom 26. März 2009 - 2 C 1.08 - Buchholz 240.1 BBesO Nr. 32 Rn. 11 und vom 28. Oktober 2010 - 2 C 29.09 - Buchholz 240.1 BBesO Nr. 33 Rn. 15). Nach § 47 Abs. 1 BBesG dient eine Erschwerniszulage dagegen der Abgeltung besonderer, bei der Bewertung des Amtes nicht berücksichtigter Erschwernisse der Dienstausübung. Eine Erschwernis i.S.v. § 47 BBesG kann sich aus physischen oder psychischen Belastungen sowie aus erheblichen Beeinträchtigungen der Lebensqualität ergeben. Sie kann auch materieller Art sein, z.B. wenn die Dienstleistung zusätzliche Aufwendungen für Ernährung oder Kleidung erfordert (BVerwG, Urteil vom 26. September 2012 - 2 C 45.10 - Buchholz 240 § 47 BBesG Nr. 14 Rn. 10).

14 Eine Zulage nach der Erschwerniszulagenverordnung setzt entsprechend der Verordnungsermächtigung nach § 47 Abs. 1 BBesG voraus, dass besondere, bei der Bewertung des Amtes oder bei der Regelung der Anwärterbezüge nicht berücksichtigte Erschwernisse abgegolten werden. Eine derartige Erschwernis liegt vor, wenn sie nicht schon durch die Einstufung des Amtes - einschließlich der Gewährung einer Amtszulage - bewertet oder durch die Gewährung einer Stellenzulage honoriert wird. Eine Verordnungsregelung über eine Erschwerniszulage ist ggf. gesetzeskonform - i.S.d. § 47 Abs. 1 BBesG - (tätigkeitsbezogen) auszulegen (BVerwG, Urteil vom 26. September 2012 - 2 C

45.10 - Buchholz 240 § 47 BBesG Nr. 14 Rn. 12 ff.). Es muss um Aufgaben und Arbeitsbedingungen der Beamten (oder auch Richter und Soldaten) gehen, die in ihrer Tätigkeit stets wiederkehrend, wenn auch nicht ständig besonderen, durch die Besoldung nicht abgegoltenen Erschwernissen ausgesetzt sind. Dauererschwernisse gleichbleibender Art stellen dagegen keine Erschwernisse i.S.d. § 47 BBesG dar; sie können ggf. durch eine Stellenzulage i.S.d. § 42 BBesG abgegolten werden (stRspr, BVerwG, Urteile vom 27. Oktober 2011 - 2 C 73.10 - Buchholz 240.1 BBesO Nr. 36 Rn. 20, vom 26. September 2012 - 2 C 45.10 - Buchholz 240 § 47 BBesG Nr. 14 Rn. 10 und vom 29. November 2012 - 2 C 44.11 - Buchholz 240 § 47 BBesG Nr. 15 Rn. 15).

15 Der Verordnungsgeber hat einen weiten Spielraum bei der Einschätzung, welche besonderen aufgabenbezogenen Anforderungen er als Erschwernis anerkennt und wie hoch er die Zulage bemisst (stRspr, vgl. nur BVerfG, Beschlüsse vom 4. April 2001 - 2 BvL 7/98 - BVerfGE 103, 310 <320> und vom 6. Mai 2004 - 2 BvL 16/02 - BVerfGE 110, 353 <364 f.>; BVerwG, Urteile vom 1. September 2005 - 2 C 24.04 - Buchholz 240 § 40 BBesG Nr. 33 Rn. 22 m.w.N. und vom 26. September 2012 - 2 C 45.10 - Buchholz 240 § 47 BBesG Nr. 14 Rn. 11; Beschluss vom 3. Juni 2011 - 2 B 13.11 - Buchholz 240 § 47 BBesG Nr. 12). Seine Einschätzung verstößt nur dann gegen Art. 3 Abs. 1 GG, wenn die Auswahl der Differenzierungsmerkmale oder deren Gewichtung sich als erkennbar sachwidrig erweist. Differenzierungen, die an den Schwerpunkt, d.h. den hauptsächlichen Aufgabenbereich dienstlicher Tätigkeiten anknüpfen, sind regelmäßig mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar, wenn die Anknüpfung an dieses Merkmal vom Zweck der Zulageregelung gedeckt ist und die Gewichtung nicht erkennbar sachwidrig ist (vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 19. Dezember 2008 - 2 BvR 380/08 - NVwZ 2009, 447 <448>; BVerwG, Beschluss vom 3. Juni 2011 - 2 B 13.11 - Buchholz 240 § 47 BBesG Nr. 12 Rn. 7).

16 Dass Stellenzulagen nach Ziff. II der Vorbemerkungen zu den Bundesbesoldungsordnungen A und B und Erschwerniszulagen nach den §§ 3 ff. EZulV wegen der unterschiedlichen Funktionen einander nicht grundlegend ausschließen, entspricht auch der - gesetzeskonformen - Praxis der Beklagten im Bereich der Bundeswehr und der Bundespolizei. Im Revisionsverfahren hat die Beklagte im Hinblick auf die Überlegungen des Verwaltungsgerichtshofs zum Konkurrenzverhältnis klargestellt, dass Piloten und Flugtechniker der Bundespolizei sowohl die Stellenzulage nach Ziff. II Nr. 6 Abs. 1 Satz 1 Buchst. c der Vorbemerkungen als auch die Erschwerniszulage nach § 22a EZulV erhalten. Piloten und ständigen Luftfahrzeugbesatzungsangehörigen der Bundeswehr wird ebenfalls diese Stellenzulage und zugleich die Erschwerniszulage nach § 23f EZulV gezahlt.

17 Aus diesen Angaben des Bundesverwaltungsamts folgt zugleich, dass der Kläger als Angehöriger der Bundespolizei den Anspruch auf Zahlung der Erschwerniszulage nach § 23f EZulV nicht auf das aus Art. 3 Abs. 1 GG folgende Gleichbehandlungsgebot stützen kann. Denn die Beklagte zahlt auch Luftfahrzeugführern und Flugtechnikern der Bundespolizei trotz dieser Verwendung nicht die Erschwerniszulage nach § 23f EZulV.

18 2. § 23f EZulV ist auf den Bereich der Bundespolizei nicht anwendbar. Die im Bereich der Bundespolizei für das fliegende Personal auftretenden Erschwernisse i.S.v. § 47 BBesG werden abschließend durch § 22a EZulV geregelt. Dies folgt aus einer Auslegung der in Rede stehenden Vorschriften, die deren Wortlaut,

Systematik, Entstehungsgeschichte sowie Sinn und Zweck berücksichtigt:

a) Für einen weiten Anwendungsbereich des § 23f EZulV spricht zunächst, dass diese Bestimmung der Erschwerniszulagenverordnung im Gegensatz zu anderen - §§ 16a, 22a, 23, 23c, 23e, 23i, 23j, 23k, 23l, 23m, 23n und 23o - nach ihrem Wortlaut gerade nicht auf Beamte und Soldaten der Bundeswehr oder bestimmte Bereiche der Bundesverwaltung begrenzt ist. Vielmehr deutet die amtliche Überschrift der Bestimmung „Zulage für fliegendes Personal der Bundeswehr und anderer Einrichtungen des Bundes" auf ein weites Verständnis des Verordnungsgebers hin. Zu den „anderen Einrichtungen" zählt nach dem üblichen Verständnis jede Dienststelle des Bundes, damit auch die Bundespolizei, bei der der Kläger verwendet wird. Ob die bisherige Praxis der Beklagten, § 23f EZulV auf fliegendes Personal der Bundeswehr und fliegende Bedienstete des Bundesverkehrsministeriums (Luftfahrtbundesamt) zu begrenzen, fliegendes Personal im Bereich des Zolls, des Technischen Hilfswerks oder des Bundesamts für Katastrophenschutz dagegen von dieser Erschwerniszulage auszuschließen, mit der Regelung des § 23f EZulV in Einklang steht, kann hier wegen des abschließenden Charakters des § 22a EZulV dahingestellt bleiben.

19 Auch findet sich im Gegensatz zu anderen Bestimmungen der Erschwerniszulagenverordnung - § 7 Abs. 3, § 16a Abs. 3, § 17c Satz 1 Nr. 2 Buchst. c, § 23b Abs. 6 Nr. 2 oder § 23d Abs. 5 - weder in § 22a noch in § 23f EZulV eine Regelung, die den gleichzeitigen Bezug beider Erschwerniszulagen ausdrücklich ausschließt oder die wechselseitige Anrechnung der Zahlung vorsieht.

20 Vielmehr bestimmt § 23f Abs. 6 EZulV ausdrücklich, dass § 22a EZulV „unberührt bleibt". Aus dieser Regelung kann aber nicht auf die Vorstellung des Normgebers geschlossen werden, dass fliegendes Personal der Bundespolizei auch Anspruch auf die Erschwerniszulage nach § 23f EZulV haben soll. Eine solche Auslegung käme allenfalls in Betracht, wenn - umgekehrt - in der nach dem Wortlaut vorrangigen Anspruchsgrundlage des § 22a EZulV ausdrücklich geregelt wäre, dass „§ 23f EZulV unberührt bleibt". Ohnehin hat die Formulierung in einer Rechtsnorm, wonach Vorschriften anderer Normen unberührt bleiben, verschiedene Bedeutungen (Handbuch der Rechtsförmlichkeit vom 22. September 2008, S. 42 Rn. 87). Insbesondere kann sie, wie hier, zum Ausdruck bringen, dass eine andere Vorschrift vorrangig ist und sich die Geltungsbereiche beider Regelungen nicht überschneiden.

§ 22a und auch § 23f EZulV sind gleichzeitig durch die Verordnung zur Änderung besoldungsrechtlicher Vorschriften vom 17. Juni 1998 (BGBl. I S. 1378) in die Erschwerniszulagenverordnung eingefügt worden. Die Begründung des Verordnungsentwurfs der Bundesregierung äußert sich aber nicht zum Verhältnis der beiden Zulagentatbestände § 22a und § 23f EZulV (BR-Drs. 187/98, S. 22). Allerdings folgt aus der Entstehungsgeschichte der beiden Zulagentatbestände, dass die im Bereich der Bundespolizei bei fliegendem Personal auftretenden besonderen Erschwernisse i.S.v. § 47 Abs. 1 BBesG nach dem Willen des Normgebers mit den in § 22a EZulV festgesetzten - und von § 23f EZulV abweichenden - Zahlungen abschließend abgegolten werden.

21 Das Bundesverwaltungsgericht hatte vor dem Jahr 1998 die langjährige und weit verbreitete Praxis des Bundes beanstandet, Beamten auf der Grundlage von § 17 BBesG Aufwandsentschädigungen zu gewähren, durch die die physischen und psychischen Belastungen und Erschwernisse ihrer Dienstleistung abgegolten

werden sollten (BVerwG, Urteile vom 8. Juli 1994 - 2 C 3.93 - BVerwGE 96, 224 <225 f.> und vom 2. März 1995 - 2 C 17.94 - Buchholz 240 § 17 BBesG Nr. 7 S. 9). Der Dienstherr dürfe nicht Leistungen ohne gesetzliche Grundlage erbringen, die der Sache nach Besoldung darstellten. Dementsprechend sei es ausgeschlossen, die durch Gesetz geregelte Besoldung einschließlich etwaiger Stellen- und Erschwerniszulagen im Verwaltungswege durch weitere Leistungen zur Bestreitung des allgemeinen Lebensunterhalts zu ergänzen. Bei der Anwendung von § 17 BBesG gehe es nicht um die Alimentation, sondern um die Erstattung von dem Beamten aus seiner dienstlichen Tätigkeit entstandenen Kosten, deren Übernahme ihm nicht zuzumuten sei.

22 Im Hinblick auf diese Kritik beschloss die Bundesregierung in ihrem Bericht vom 18. Juni 1997 über „Eckpunkte zur weiteren Umsetzung des Versorgungsberichts", Aufwandsentschädigungen auf ihren eigentlichen Zweck zurückzuführen und die bisherigen Entschädigungen, die überwiegend Belastungen und Erschwernisse abgelten sollten, in Erschwerniszulagen umzuwandeln (vgl. BRDrs. 187/98, S. 21). Diese Vorgabe setzte der Verordnungsgeber durch die Verordnung zur Änderung besoldungsrechtlicher Vorschriften vom 17. Juni 1998 (BGBl. I S. 1378) durch die Einfügung der §§ 16a, 22a und 23b bis 23l in die Erschwerniszulagenverordnung in der Weise um, dass er für die einzelnen Bereiche der Bundesverwaltung - anstelle von steuerfreien Aufwandsentschädigungen - steuerpflichtige Erschwerniszulagen mit unterschiedlichen Zahlungsbeträgen vorsah. Dementsprechend hat § 22a EZulV die Funktion, die für das fliegende Personal der Bundespolizei mit dieser besonderen Verwendung verbundenen besonderen Erschwernisse und Belastungen i.S.v. § 47 BBesG, für die bisher systemwidrig Aufwandsentschädigungen gezahlt worden waren, abschließend durch Erschwerniszulagen abzugelten. Ungeachtet der Frage des genauen Anwendungsbereichs des § 23f EZulV ist für das fliegende Personal der Bundespolizei im Hinblick auf die mit dieser Dienstleistung verbundenen Erschwernisse der Rückgriff auf § 23f EZulV wegen des abschließenden Charakters des § 22a EZulV ausgeschlossen.

23 b) Für den Zeitraum ab dem Inkrafttreten des Professorenbesoldungsneuregelungsgesetzes vom 11. Juni 2013 (BGBl. I S. 1514) am 1. August 2013 folgt der abschließende Charakter des § 22a EZulV für den Bereich der Bundespolizei auch aus der vom Gesetzgeber mit diesem Gesetz erkennbar verfolgten Intention.

24 Einerseits wurde für die Gruppe der bei der Bundespolizei auf Luftfahrzeugen als Systemoperatoren Wärmebildgerät verwendeten Beamten die Stellenzulage nach Ziff. II Nr. 6 Abs. 1 Satz 1 der Vorbemerkungen abgeschafft (vgl. BVerwG, Beschluss vom 25. August 2017 - 2 B 40.17 - ZTR 2018, 55). Andererseits hat der Gesetzgeber die Erschwerniszulage nach § 22a EZulV wesentlich erhöht (BT-Drs. 17/12455 S. 69 und 73). Zugleich hat der Gesetzgeber den abschließenden Charakter des § 22a EZulV für den Bereich der Bundespolizei dadurch verdeutlicht, dass er die Gruppe der Systemoperatoren Wärmebildgerät in § 22a Abs. 2 Nr. 2 EZulV neben der Gruppe von Polizeivollzugsbeamten, die aufgrund von Dienstvorschriften oder Dienstanweisungen als nichtständige Luftfahrzeugbesatzungsangehörige zum Mitfliegen in Luftfahrzeugen verpflichtet sind, ausdrücklich aufgeführt hat.

25 Diese Neuregelung des § 22a EZulV hat aber nur dann Sinn, wenn sie abschließend ist und für fliegendes Personal der Bundespolizei nicht zugleich § 23f EZulV - mit

höheren Zahlungen - gilt, der ebenso wie § 22a EZulV an die besonderen, bei der Bewertung des Amtes nicht berücksichtigten Erschwernisse der Dienstleistung in einem Luftfahrzeug i.S.v. § 47 Abs. 1 BBesG anknüpft. Erfasste § 23f EZulV auch das fliegende Personal der Bundespolizei, so hätte dies zur Folge, dass diese Gruppe von Beamten der Beklagten durch den Bezug von zwei Erschwerniszulagen zur Abgeltung der besonderen Erschwernisse des Dienstes in einem Luftfahrzeug - § 22a und § 23f EZulV - besser gestellt wäre als die Gruppe des fliegenden Personals der Bundeswehr, der lediglich die Erschwerniszulage nach § 23f EZulV zusteht.

2 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO.

6 B e s c h l u s s

vom 22. März 2018

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Revisionsverfahren auf 10.584 € (36 x 294 €) festgesetzt.

Wie sich unmittelbar aus seinem Wortlaut ergibt, gilt die gesetzliche Regelung des § 42 Abs. 1 GKG auch für Ansprüche auf wiederkehrende Leistungen aus einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis, über die von den Gerichten der Verwaltungsgerichtsbarkeit entschieden wird. Die Sondervorschrift des § 52 Abs. 6 GKG ist hier nicht anwendbar. Dementsprechend richtet sich der Streitwert entgegen der Annahme der Vorinstanzen, die von der Empfehlung in Nr. 10.4 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit (zweifacher Jahresbetrag) ausgegangen sind, gemäß § 42 Abs. 1 Satz 1 GKG nach dem dreifachen Jahresbetrag der wiederkehrenden Leistungen (BVerwG, Beschluss vom 19. Juli 2017 - 2 KSt 1.17 -).

Da die Sache am 20. Oktober 2017 beim Bundesverwaltungsgericht eingegangen ist, richtet sich die Wertberechnung gemäß § 40 GKG nach den für dieses Datum geltenden Sätzen. § 23f Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 EZulV sieht in der ab dem 1. Mai 2017 geltenden Fassung einen monatlichen Betrag von 294 € vor.

Zitiervorschlag:
BVerwG Urt. v. 22.3.2018 – 2 C 43.17, BeckRS 2018, 9593

BeckRS 2018, 9599

BVerwG (2. Senat), Urteil vom 22.03.2018 - 2 C 41.17

Titel:

Kein Anspruch auf Erschwerniszulage für fliegendes Personal der Bundewehr für einen Bundespolizisten

Normenketten:

EZulV § 22a, § 23f

BBesG § 42 Abs. 1, Abs. 3, § 47 Abs. 1

Redaktionelle Leitsätze:

1. Mit einer Stellenzulage nach § 42 Abs. 1 und 3 BBesG wird die Wahrnehmung einer herausgehobenen Position honoriert. Nach § 47 Abs. 1 BBesG dient die Erschwerniszulage dagegen der Abgeltung besonderer, bei der Bewertung des Amtes nicht berücksichtigter Erschwernisse bei der Dienstausübung. (Rn. 12 – 15)

2. § 23f EZulV ist auf den Bereich der Bundespolizei nicht anwendbar. Die im Bereich der Bundespolizei für das fliegende Personal auftretenden Erschwernisse iSd § 47 BBesG werden abschließend durch

§ 22a EZulV geregelt. (Rn. 9) (Rn. 18 – 27)

Rechtsgebiete:

Verwaltungsverfahren und -prozess, Sonstiges besonderes Verwaltungsrecht

Schlagworte:

Erschwerniszulage, fliegendes Personal, Dienstherr, Bundespolizei, Stellenzulage, wiederkehrende Leistung, Fliegerstaffel, Hubschrauber, Luftfahrzeugbesatzungsangehöriger, Systemoperator, Wärmebildgerät

vorgehend:

VGH München, Urteil vom 03.07.2017 - 14 BV 15.2738 (rechtskräftig)
VG München vom 24.11.2015 - M 21 K 14.411 (rechtskräftig)

ECLI:

ECLI:DE:BVerwG:2018:220318U2C41.17.0

Rechtskraft:

nicht rechtskräftig

Text1

BUNDESVERWALTUNGSGERICHT
IM NAMEN DES VOLKES
In der Verwaltungsstreitsache
hat der 2. Senat des Bundesverwaltungsgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 22. März 2018
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht ...
und die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. ..., ...
... und Dr. ... für Recht erkannt:

Tenor:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 3. Juli 2017 wird zurückgewiesen.
Der Kläger trägt die Kosten des Revisionsverfahrens.

Gründe:

I.

1 Der Kläger beansprucht die Zahlung einer Erschwerniszulage.

2 Der Kläger steht als Polizeihauptmeister im Dienst der Beklagten. Er wird bei der Fliegerstaffel der Bundespolizei auf dem Dienstposten des Wärmebild- und Peilsystemoperators in Hubschraubern der Bundespolizei verwendet. Bis Ende Juli 2013 wurde dem Kläger die Stellenzulage als sonstiger ständiger Luftfahrzeugbesatzungsangehöriger gezahlt. Diese Zahlungen wurden zum 1. August 2013 eingestellt, weil der Gesetzgeber die Regelung für die Stellenzulage für Soldaten und Beamte als fliegendes Personal dahingehend geändert hatte, dass die Gruppe der Systemoperatoren Wärmebildgerät bei der Bundespolizei nicht mehr vom Zulagentatbestand erfasst ist.

3 Anfang Juni 2013 beantragte der Kläger die Zahlung der Erschwerniszulage für fliegendes Personal der Bundeswehr und anderer Einrichtungen des Bundes rückwirkend ab dem 1. April 2009. Die Beklagte lehnte dies mit der Begründung ab, die Zulagenregelung gelte nicht für den Bereich der Bundespolizei. Für die Bundespolizei sei die Zulage für Polizeivollzugsbeamte als fliegendes Personal

abschließend.

4 Widerspruch, Klage und Berufung des Klägers sind erfolglos geblieben. Zur Begründung hat der Verwaltungsgerichtshof im Wesentlichen ausgeführt:
Der Kläger habe keinen Anspruch auf Zahlung der Erschwerniszulage für fliegendes Personal der Bundeswehr und anderer Einrichtungen des Bundes. Es sei schon zweifelhaft, ob die Bundespolizei eine „andere Einrichtung des Bundes" sei. Der Wortlaut der Regelung deute darauf hin, dass sie sich in erster Linie an fliegende Beamte und Soldaten der Bundeswehr richte. Jedenfalls sei die Gewährung der Erschwerniszulage für fliegendes Personal der Bundeswehr und anderer Einrichtungen des Bundes an den Kläger für den Zeitraum vom 1. April 2009 bis 31. Juli 2013 durch die Gewährung der Stellenzulage und für den Zeitraum ab 1. August 2013 durch die Gewährung der vom Gesetzgeber erhöhten Erschwerniszulage für Polizeivollzugsbeamte als fliegendes Personal ausgeschlossen. Eine im Zusammenhang mit der Dienstausübung stehende Erschwernis solle nur einmal honoriert werden, sei es durch die Einstufung des Amtes einschließlich der Gewährung einer Amtszulage, durch die Gewährung einer Stellenzulage oder durch die Gewährung einer Erschwerniszulage. Sowohl die Fliegerstellenzulage als auch die beiden Erschwerniszulagen dienten dazu, die besonderen physischen und psychischen Belastungen sowie die erhöhten Gefahren abzugelten, denen Soldaten oder Beamte als fliegendes Personal bei der Verrichtung ihres Dienstes ausgesetzt seien.

5 Hiergegen richtet sich die bereits vom Verwaltungsgerichtshof zugelassene Revision des Klägers, mit der er beantragt,
die Urteile des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 3. Juli 2017 und des Verwaltungsgerichts München vom 24. November 2015 sowie den Bescheid des Bundesverwaltungsamts vom 26. Juni 2013 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 29. Oktober 2013 aufzuheben und die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger ab dem 1. April 2009 eine Zulage nach § 23f Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 EZulV zu zahlen.

6 Die Beklagte beantragt,
die Revision zurückzuweisen.

II.

7 Die Revision des Klägers ist unbegründet. Das Urteil des Verwaltungsgerichtshofs verletzt nicht revisibles Recht (§ 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO). Der Kläger hat im Zeitraum ab dem 1. April 2009 keinen Anspruch auf Zahlung der Erschwerniszulage nach § 23f der Erschwerniszulagenverordnung (EZulV) in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. Dezember 1998 (BGBl. I S. 3497). Die Änderung des § 23f Abs. 1 EZulV durch die Elfte Verordnung zur Änderung der Erschwerniszulagenverordnung vom 10. April 2017 (BGBl. I S. 828) ist für den Anspruch des Klägers unerheblich.

8 Zwar sind die Ausführungen des Verwaltungsgerichtshofs zum Konkurrenzverhältnis zwischen Stellenzulage und Erschwerniszulage rechtlich unzutreffend (1.). Der Kläger hat aber keinen Anspruch auf Zahlung der Erschwerniszulage nach § 23f EZulV im Zeitraum ab dem 1. April 2009, weil diese Vorschrift den Bereich der Bundespolizei nicht erfasst. Besondere Erschwernisse für fliegendes Personal der Bundespolizei i.S.v. § 47 BBesG werden abschließend durch § 22a EZulV abgegolten (2.).

9 1. Im Zeitraum bis zum Inkrafttreten des

Professorenbesoldungsneuregelungsgesetzes vom 11. Juni 2013 (BGBl. I S. 1514) am 1. August 2013 geht es um das Verhältnis zwischen der Stellenzulage nach Ziff. II Nr. 6 Abs. 1 Satz 1 Buchst. c der Vorbemerkungen zu den Bundesbesoldungsordnungen A und B (Anlage I zum Bundesbesoldungsgesetz) in der Fassung der Bekanntmachung vom 6. August 2002 (BGBl. I S. 3020) - im Folgenden: Vorbemerkungen - und der vom Kläger geltend gemachten Erschwerniszulage für fliegendes Personal der Bundeswehr und anderer Einrichtungen des Bundes. Denn die Erschwerniszulage nach § 22a EZulV in der Fassung der Verordnung zur Umstellung dienstrechtlicher Vorschriften auf Euro vom 8. August 2002 (BGBl. I S. 3177 - EZulV a.F. -), die bis zum 1. August 2013 im Wesentlichen unverändert geblieben ist, stand dem Kläger infolge der Zahlung der genannten Stellenzulage nicht zu. Die auch dem Kläger im Anschluss an das Urteil des Senats vom 28. Oktober 2010 - 2 C 29.09 - (Buchholz 240.1 BBesO Nr. 33) gezahlte Stellenzulage nach Ziff. II Nr. 6 Abs. 1 Satz 1 Buchst. c der Vorbemerkungen setzt voraus, dass der Beamte der Besoldungsgruppe A 5 bis A 16 ständiger Luftfahrzeugbesatzungsangehöriger ist. Demgegenüber kommt die Zulage nach § 22a EZulV a.F. für die Gruppe der Systemoperatoren Wärmebildgerät bei der Bundespolizei nur dann in Betracht, wenn sie aufgrund von Dienstvorschriften oder Dienstanweisungen als nichtständige Luftfahrzeugbesatzungsangehörige zum Mitfliegen in Luftfahrzeugen der Bundespolizei dienstlich verpflichtet sind (§ 22a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EZulV a.F.).

10 Für den Zeitraum bis zum 1. August 2013 hat der Verwaltungsgerichtshof die Abweisung der Klage auf Zahlung der Erschwerniszulage nach § 23f EZulV in erster Linie auf die Überlegung gestützt, die Zahlung dieser Erschwerniszulage komme nicht in Betracht, weil dem Kläger in diesem Zeitraum die Stellenzulage nach Ziff. II Nr. 6 Abs. 1 Satz 1 Buchst. c der Vorbemerkungen zugestanden habe. Sowohl diese Stellenzulage als auch die Erschwerniszulage nach § 23f EZulV diene dazu, die hohen Anforderungen, die besonderen physischen und psychischen Belastungen sowie die erhöhten Gefahren abzugelten, denen Soldaten oder Beamte als fliegendes Personal bei der Verrichtung ihres Dienstes in einem Luftfahrzeug ausgesetzt seien. Diese im Zusammenhang mit der Dienstausübung des Beamten stehenden Erschwernisse könnten jedoch nur einmal honoriert werden.

11 Diese Erwägungen stehen mit den maßgeblichen Bestimmungen des Bundesbesoldungsgesetzes nicht in Einklang. Denn Stellenzulagen nach § 42 Abs. 1 und 3 BBesG und Erschwerniszulagen nach einer aufgrund von § 47 Abs. 1 BBesG erlassenen Rechtsverordnung haben unterschiedliche Zielrichtungen.

12 Bei einer Stellenzulage geht es nach § 42 Abs. 1 und 3 BBesG um die Honorierung der Wahrnehmung einer herausgehobenen Funktion. Herausgehoben i. S.d. Vorschrift sind diese Funktionen wegen der für ihre Wahrnehmung zusätzlich zu erfüllenden Anforderungen, die von der allgemeinen Ämterbewertung nicht erfasst werden (BVerwG, Urteil 27. November 2003 - 2 C 55.02 - Buchholz 240.1 BBesO Nr. 28 S. 18). Welche Funktionen i.S.d. § 42 Abs. 1 BBesG herausgehoben sind, hat der Gesetzgeber in den einzelnen Zulagevorschriften - hier Ziff. II Nr. 6 Abs. 1 Satz 1 Buchst. c der Vorbemerkungen - normativ entschieden (BVerwG, Urteile vom 26. März 2009 - 2 C 1.08 - Buchholz 240.1 BBesO Nr. 32 Rn. 11 und vom 28. Oktober 2010 - 2 C 29.09 - Buchholz 240.1 BBesO Nr. 33 Rn. 15). Nach § 47 Abs. 1 BBesG dient eine Erschwerniszulage dagegen der Abgeltung besonderer, bei der Bewertung des Amtes nicht berücksichtigter Erschwernisse der Dienstausübung.

Eine Erschwernis i.S.v. § 47 BBesG kann sich aus physischen oder psychischen Belastungen sowie aus erheblichen Beeinträchtigungen der Lebensqualität ergeben. Sie kann auch materieller Art sein, z.B. wenn die Dienstleistung zusätzliche Aufwendungen für Ernährung oder Kleidung erfordert (BVerwG, Urteil vom 26. September 2012 - 2 C 45.10 - Buchholz 240 § 47 BBesG Nr. 14 Rn. 10).

13 Eine Zulage nach der Erschwerniszulagenverordnung setzt entsprechend der Verordnungsermächtigung nach § 47 Abs. 1 BBesG voraus, dass besondere, bei der Bewertung des Amtes oder bei der Regelung der Anwärterbezüge nicht berücksichtigte Erschwernisse abgegolten werden. Eine derartige Erschwernis liegt vor, wenn sie nicht schon durch die Einstufung des Amtes - einschließlich der Gewährung einer Amtszulage - bewertet oder durch die Gewährung einer Stellenzulage honoriert wird. Eine Verordnungsregelung über eine Erschwerniszulage ist ggf. gesetzeskonform - i.S.d. § 47 Abs. 1 BBesG - (tätigkeitsbezogen) auszulegen (BVerwG, Urteil vom 26. September 2012 - 2 C 45.10 - Buchholz 240 § 47 BBesG Nr. 14 Rn. 12 ff.). Es muss um Aufgaben und Arbeitsbedingungen der Beamten (oder auch Richter und Soldaten) gehen, die in ihrer Tätigkeit stets wiederkehrend, wenn auch nicht ständig besonderen, durch die Besoldung nicht abgegoltenen Erschwernissen ausgesetzt sind. Dauererschwernisse gleichbleibender Art stellen dagegen keine Erschwernisse i.S.d. § 47 BBesG dar; sie können ggf. durch eine Stellenzulage i.S.d. § 42 BBesG abgegolten werden (stRspr, BVerwG, Urteile vom 27. Oktober 2011 - 2 C 73.10 - Buchholz 240.1 BBesO Nr. 36 Rn. 20, vom 26. September 2012 - 2 C 45.10 - Buchholz 240 § 47 BBesG Nr. 14 Rn. 10 und vom 29. November 2012 - 2 C 44.11 - Buchholz 240 § 47 BBesG Nr. 15 Rn. 15).

14 Der Verordnungsgeber hat einen weiten Spielraum bei der Einschätzung, welche besonderen aufgabenbezogenen Anforderungen er als Erschwernis anerkennt und wie hoch er die Zulage bemisst (stRspr, vgl. nur BVerfG, Beschlüsse vom 4. April 2001 - 2 BvL 7/98 - BVerfGE 103, 310 <320> und vom 6. Mai 2004 - 2 BvL 16/02 - BVerfGE 110, 353 <364 f.>; BVerwG, Urteile vom 1. September 2005 - 2 C 24.04 - Buchholz 240 § 40 BBesG Nr. 33 Rn. 22 m.w.N. und vom 26. September 2012 - 2 C 45.10 - Buchholz 240 § 47 BBesG Nr. 14 Rn. 11; Beschluss vom 3. Juni 2011 - 2 B 13.11 - Buchholz 240 § 47 BBesG Nr. 12). Seine Einschätzung verstößt nur dann gegen Art. 3 Abs. 1 GG, wenn die Auswahl der Differenzierungsmerkmale oder deren Gewichtung sich als erkennbar sachwidrig erweist. Differenzierungen, die an den Schwerpunkt, d.h. den hauptsächlichen Aufgabenbereich dienstlicher Tätigkeiten anknüpfen, sind regelmäßig mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar, wenn die Anknüpfung an dieses Merkmal vom Zweck der Zulageregelung gedeckt ist und die Gewichtung nicht erkennbar sachwidrig ist (vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 19. Dezember 2008 - 2 BvR 380/08 - NVwZ 2009, 447, 448; BVerwG, Beschluss vom 3. Juni 2011 - 2 B 13.11 - Buchholz 240 § 47 BBesG Nr. 12 Rn. 7).

15 Dass Stellenzulagen nach Ziff. II der Vorbemerkungen zu den Bundesbesoldungsordnungen A und B und Erschwerniszulagen nach den §§ 3 ff. EZulV wegen der unterschiedlichen Funktionen einander nicht grundlegend ausschließen, entspricht auch der - gesetzeskonformen - Praxis der Beklagten im Bereich der Bundeswehr und der Bundespolizei. Im Revisionsverfahren hat die Beklagte im Hinblick auf die Überlegungen des Verwaltungsgerichtshofs zum Konkurrenzverhältnis klargestellt, dass Piloten und Flugtechniker der Bundespolizei sowohl die Stellenzulage nach Ziff. II Nr. 6 Abs. 1 Satz 1 Buchst. c der

Vorbemerkungen als auch die Erschwerniszulage nach § 22a EZulV erhalten. Piloten und ständigen Luftfahrzeugbesatzungsangehörigen der Bundeswehr wird ebenfalls diese Stellenzulage und zugleich die Erschwerniszulage nach § 23f EZulV gezahlt.

16 Aus diesen Angaben des Bundesverwaltungsamts folgt zugleich, dass der Kläger als Angehöriger der Bundespolizei den Anspruch auf Zahlung der Erschwerniszulage nach § 23f EZulV nicht auf das aus Art. 3 Abs. 1 GG folgende Gleichbehandlungsgebot stützen kann. Denn die Beklagte zahlt auch Luftfahrzeugführern und Flugtechnikern der Bundespolizei trotz dieser Verwendung nicht die Erschwerniszulage nach § 23f EZulV.

17 2. § 23f EZulV ist auf den Bereich der Bundespolizei nicht anwendbar. Die im Bereich der Bundespolizei für das fliegende Personal auftretenden Erschwernisse i.S.v. § 47 BBesG werden abschließend durch § 22a EZulV geregelt. Dies folgt aus einer Auslegung der in Rede stehenden Vorschriften, die deren Wortlaut, Systematik, Entstehungsgeschichte sowie Sinn und Zweck berücksichtigt:

a) Für einen weiten Anwendungsbereich des § 23f EZulV spricht zunächst, dass diese Bestimmung der Erschwerniszulagenverordnung im Gegensatz zu anderen - §§ 16a, 22a, 23, 23c, 23e, 23i, 23j, 23k, 23l, 23m, 23n und 23o - nach ihrem Wortlaut gerade nicht auf Beamte und Soldaten der Bundeswehr oder bestimmte Bereiche der Bundesverwaltung begrenzt ist. Vielmehr deutet die amtliche Überschrift der Bestimmung „Zulage für fliegendes Personal der Bundeswehr und anderer Einrichtungen des Bundes" auf ein weites Verständnis des Verordnungsgebers hin. Zu den „anderen Einrichtungen" zählt nach dem üblichen Verständnis jede Dienststelle des Bundes, damit auch die Bundespolizei, bei der der Kläger verwendet wird. Ob die bisherige Praxis der Beklagten, § 23f EZulV auf fliegendes Personal der Bundeswehr und fliegende Bedienstete des Bundesverkehrsministeriums (Luftfahrtbundesamt) zu begrenzen, fliegendes Personal im Bereich des Zolls, des Technischen Hilfswerks oder des Bundesamts für Katastrophenschutz dagegen von dieser Erschwerniszulage auszuschließen, mit der Regelung des § 23f EZulV in Einklang steht, kann hier wegen des abschließenden Charakters des § 22a EZulV dahingestellt bleiben.

18 Auch findet sich im Gegensatz zu anderen Bestimmungen der Erschwerniszulagenverordnung - § 7 Abs. 3, § 16a Abs. 3, § 17c Satz 1 Nr. 2 Buchst. c, § 23b Abs. 6 Nr. 2 oder § 23d Abs. 5 - weder in § 22a noch in § 23f EZulV eine Regelung, die den gleichzeitigen Bezug beider Erschwerniszulagen ausdrücklich ausschließt oder die wechselseitige Anrechnung der Zahlung vorsieht.

19 Vielmehr bestimmt § 23f Abs. 6 EZulV ausdrücklich, dass § 22a EZulV „unberührt bleibt". Aus dieser Regelung kann aber nicht auf die Vorstellung des Normgebers geschlossen werden, dass fliegendes Personal der Bundespolizei auch Anspruch auf die Erschwerniszulage nach § 23f EZulV haben soll. Eine solche Auslegung käme allenfalls in Betracht, wenn - umgekehrt - in der nach dem Wortlaut vorrangigen Anspruchsgrundlage des § 22a EZulV ausdrücklich geregelt wäre, dass „§ 23f EZulV unberührt bleibt". Ohnehin hat die Formulierung in einer Rechtsnorm, wonach Vorschriften anderer Normen unberührt bleiben, verschiedene Bedeutungen (Handbuch der Rechtsförmlichkeit vom 22. September 2008, S. 42 Rn. 87). Insbesondere kann sie, wie hier, zum Ausdruck bringen, dass eine andere Vorschrift vorrangig ist und sich die Geltungsbereiche beider Regelungen nicht überschneiden.

20 § 22a und auch § 23f EZulV sind gleichzeitig durch die Verordnung zur Änderung besoldungsrechtlicher Vorschriften vom 17. Juni 1998 (BGBl. I S. 1378) in die Erschwerniszulagenverordnung eingefügt worden. Die Begründung des Verordnungsentwurfs der Bundesregierung äußert sich aber nicht zum Verhältnis der beiden Zulagentatbestände § 22a und § 23f EZulV (BR-Drs. 187/98, S. 22). Allerdings folgt aus der Entstehungsgeschichte der beiden Zulagentatbestände, dass die im Bereich der Bundespolizei bei fliegendem Personal auftretenden besonderen Erschwernisse i.S.v. § 47 Abs. 1 BBesG nach dem Willen des Normgebers mit den in § 22a EZulV festgesetzten - und von § 23f EZulV abweichenden - Zahlungen abschließend abgegolten werden.

21 Das Bundesverwaltungsgericht hatte vor dem Jahr 1998 die langjährige und weit verbreitete Praxis des Bundes beanstandet, Beamten auf der Grundlage von § 17 BBesG Aufwandsentschädigungen zu gewähren, durch die die physischen und psychischen Belastungen und Erschwernisse ihrer Dienstleistung abgegolten werden sollten (BVerwG, Urteile vom 8. Juli 1994 - 2 C 3.93 - BVerwGE 96, 224 <225 f.> und vom 2. März 1995 - 2 C 17.94 - Buchholz 240 § 17 BBesG Nr. 7 S. 9). Der Dienstherr dürfe nicht Leistungen ohne gesetzliche Grundlage erbringen, die der Sache nach Besoldung darstellten. Dementsprechend sei es ausgeschlossen, die durch Gesetz geregelte Besoldung einschließlich etwaiger Stellen- und Erschwerniszulagen im Verwaltungswege durch weitere Leistungen zur Bestreitung des allgemeinen Lebensunterhalts zu ergänzen. Bei der Anwendung von § 17 BBesG gehe es nicht um die Alimentation, sondern um die Erstattung von dem Beamten aus seiner dienstlichen Tätigkeit entstandenen Kosten, deren Übernahme ihm nicht zuzumuten sei.

22 Im Hinblick auf diese Kritik beschloss die Bundesregierung in ihrem Bericht vom 18. Juni 1997 über „Eckpunkte zur weiteren Umsetzung des Versorgungsberichts", Aufwandsentschädigungen auf ihren eigentlichen Zweck zurückzuführen und die bisherigen Entschädigungen, die überwiegend Belastungen und Erschwernisse abgelten sollten, in Erschwerniszulagen umzuwandeln (vgl. BRDrs. 187/98, S. 21). Diese Vorgabe setzte der Verordnungsgeber durch die Verordnung zur Änderung besoldungsrechtlicher Vorschriften vom 17. Juni 1998 (BGBl. I S. 1378) durch die Einfügung der §§ 16a, 22a und 23b bis 23l in die Erschwerniszulagenverordnung in der Weise um, dass er für die einzelnen Bereiche der Bundesverwaltung - anstelle von steuerfreien Aufwandsentschädigungen - steuerpflichtige Erschwerniszulagen mit unterschiedlichen Zahlungsbeträgen vorsah. Dementsprechend hat § 22a EZulV die Funktion, die für das fliegende Personal der Bundespolizei mit dieser besonderen Verwendung verbundenen besonderen Erschwernisse und Belastungen i.S.v. § 47 BBesG, für die bisher systemwidrig Aufwandsentschädigungen gezahlt worden waren, abschließend durch Erschwerniszulagen abzugelten. Ungeachtet der Frage des genauen Anwendungsbereichs des § 23f EZulV ist für das fliegende Personal der Bundespolizei im Hinblick auf die mit dieser Dienstleistung verbundenen Erschwernisse der Rückgriff auf § 23f EZulV wegen des abschließenden Charakters des § 22a EZulV ausgeschlossen.

23 b) Für den Zeitraum ab dem Inkrafttreten des Professorenbesoldungsneuregelungsgesetzes vom 11. Juni 2013 (BGBl I S. 1514) am 1. August 2013 folgt der abschließende Charakter des § 22a EZulV für den Bereich der Bundespolizei auch aus der vom Gesetzgeber mit diesem Gesetz erkennbar verfolgten Intention.

2 Einerseits wurde für die Gruppe der bei der Bundespolizei auf Luftfahrzeugen als
4 Systemoperatoren Wärmebildgerät verwendeten Beamten die Stellenzulage nach Ziff. II Nr. 6 Abs. 1 Satz 1 der Vorbemerkungen abgeschafft (vgl. BVerwG, Beschluss vom 25. August 2017 - 2 B 40.17 - ZTR 2018, 55). Andererseits hat der Gesetzgeber die Erschwerniszulage nach § 22a EZulV wesentlich erhöht (BT-Drs. 17/12455, S. 69 und 73). Zugleich hat der Gesetzgeber den abschließenden Charakter des § 22a EZulV für den Bereich der Bundespolizei dadurch verdeutlicht, dass er die Gruppe der Systemoperatoren Wärmebildgerät in § 22a Abs. 2 Nr. 2 EZulV neben der Gruppe von Polizeivollzugsbeamten, die aufgrund von Dienstvorschriften oder Dienstanweisungen als nichtständige Luftfahrzeugbesatzungsangehörige zum Mitfliegen in Luftfahrzeugen verpflichtet sind, ausdrücklich aufgeführt hat.

2 Diese Neuregelung des § 22a EZulV hat aber nur dann Sinn, wenn sie abschließend
5 ist und für fliegendes Personal der Bundespolizei nicht zugleich § 23f EZulV - mit höheren Zahlungen - gilt, der ebenso wie § 22a EZulV an die besonderen, bei der Bewertung des Amtes nicht berücksichtigten Erschwernisse der Dienstleistung in einem Luftfahrzeug i.S.v. § 47 Abs. 1 BBesG anknüpft. Erfasste § 23f EZulV auch das fliegende Personal der Bundespolizei, so hätte dies zur Folge, dass diese Gruppe von Beamten der Beklagten durch den Bezug von zwei Erschwerniszulagen zur Abgeltung der besonderen Erschwernisse des Dienstes in einem Luftfahrzeug - § 22a und § 23f EZulV - besser gestellt wäre als die Gruppe des fliegenden Personals der Bundeswehr, der lediglich die Erschwerniszulage nach § 23f EZulV zusteht.

2 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO.

6 B e s c h l u s s

vom 22. März 2018

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Revisionsverfahren auf 10.584 € (36 x 294 €) festgesetzt.

Wie sich unmittelbar aus seinem Wortlaut ergibt, gilt die gesetzliche Regelung des § 42 Abs. 1 GKG auch für Ansprüche auf wiederkehrende Leistungen aus einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis, über die von den Gerichten der Verwaltungsgerichtsbarkeit entschieden wird. Die Sondervorschrift des § 52 Abs. 6 GKG ist hier nicht anwendbar. Dementsprechend richtet sich der Streitwert entgegen der Annahme der Vorinstanzen, die von der Empfehlung in Nr. 10.4 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit (zweifacher Jahresbetrag) ausgegangen sind, gemäß § 42 Abs. 1 Satz 1 GKG nach dem dreifachen Jahresbetrag der wiederkehrenden Leistungen (BVerwG, Beschluss vom 19. Juli 2017 - 2 KSt 1.17 -).

Da die Sache am 20. Oktober 2017 beim Bundesverwaltungsgericht eingegangen ist, richtet sich die Wertberechnung gemäß § 40 GKG nach den für dieses Datum geltenden Sätzen. § 23f Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 EZulV sieht in der ab dem 1. Mai 2017 geltenden Fassung einen monatlichen Betrag von 294 € vor.

Zitiervorschlag:
BVerwG Urt. v. 22.3.2018 – 2 C 41.17, BeckRS 2018, 9599

BeckRS 2018, 12099

OVG Greifswald (1. Senat), Beschluss vom 20.03.2018 - 1 L 292/15

Titel:

Änderungssatzung, antizipierte Gebühren, Aufrechterhaltung, entscheidungserheblicher Zeitpunkt, Fälligkeit, Rechtsförmlichkeit, Säumniszuschläge, Straßenbaubeitrag

Normenketten:

KAG M-V § 2, M-V § 2 Abs. 1 S. 2, M-V § 4, § 6,M-V § 8, M-V § 9
FVAS § 1 Abs. 2, § 4 Abs. 4, § 5 Abs. 1 S. 1
GKG § 47, § 52 Abs. 3, § 66 Abs. 3 S. 3

Amtlicher Leitsatz:

Im Bereich des Straßenbaubeitragsrecht muss eine wirksame Abgabensatzung notfalls rückwirkend auf den Zeitpunkt des Eintritts der Vorteilslage erlassen werden. Gleiches gilt bei einer Gebührenerhebung. Auch hier muss eine wirksame Satzung im Zeitraum der Verwirklichung des Gebührentatbestandes bestehen.

Rechtsgebiete:

Verwaltungsverfahren und -prozess, Sonstiges besonderes Verwaltungsrecht

Schlagworte:

Änderungssatzung, antizipierte Gebühren, Aufrechterhaltung, entscheidungserheblicher Zeitpunkt, Fälligkeit, Rechtsförmlichkeit, Säumniszuschläge, Straßenbaubeitrag

vorgehend:

VG Greifswald, Urteil vom 11.06.2015 - 3 A 178/13 (rechtskräftig)

ECLI:

ECLI:DE:OVGMV:2018:0320.1L292.15.00

Rechtskraft:

rechtskräftig

Text1

Oberverwaltungsgericht Mecklenburg-Vorpommern
1 L 292/15
3 A 178/13
BESCHLUSS
In dem Verwaltungsstreitverfahren
A., A-Straße, A-Stadt
Proz.-Bev.: B., B-Straße, B-Stadt
– Klägerin und Zulassungsantragsgegnerin –
gegen
Bürgermeister der Gemeinde Ostseebad H., K. Straße 4, 1. S.
Proz.-Bev.: C., C-Straße, C-Stadt
– Beklagter und Zulassungsantragsteller –
wegen
Fremdenverkehrsbeitrag
hat der 1. Senat des Oberverwaltungsgerichts Mecklenburg-Vorpommern am
20. März 2018
durch den Vizepräsidenten des Oberverwaltungsgerichts Aussprung,
den Richter am Oberverwaltungsgericht Danter und
die Richter am Oberverwaltungsgericht Kalhorn
beschlossen:

Tenor:

Der Antrag auf Zulassung der Berufung gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Greifswald vom 11. Juni 2015 wird abgelehnt.
Der Beklagte trägt die Kosten des Zulassungsverfahrens.
Der Streitwert für das Zulassungsverfahrens wird auf 2.491,22 € festgesetzt.

Gründe:

I.

1 Durch Bescheide vom 26. Oktober 2012 setzte der Beklagte gegenüber der Klägerin für das Wirtschaftsjahr 2012 für den Hotelbetrieb der Klägerin Fremdenverkehrsabgaben in Höhe von 951,08 € und 1.540,14 €, d. h. zusammen einen Betrag von 2.491,22 € fest.

2 Die Widersprüche der Klägerin wies der Beklagte durch Widerspruchsbescheide vom 13. Februar 2013 zurück. Die Klägerin hat Klage erhoben.

3 Durch Urteil vom 11. Juni 2015 hat das Verwaltungsgericht der Klage stattgegeben. Die Klage sei zulässig und begründet. Die Satzung der Gemeinde Ostseebad H. über die Erhebung einer Fremdenverkehrsabgabe vom 29. März 2012 – Fremdenverkehrsabgabesatzung (FVAS) – sei unwirksam. Sie enthalte in § 5 Abs. 3 eine unwirksame Fälligkeitsregelung („Fälligkeit mit Anspruchsentstehung") und weise damit nicht den nach § 2 Abs. 1 Satz 2 KAG M-V erforderlichen Mindestinhalt auf. Dies führe zur Gesamtnichtigkeit der Satzung. Die Erste Änderungssatzung ordne – in nicht zu beanstandender Weise – in Art. 1 die Rückwirkung der Stammsatzung und in Art. 2 die Rückwirkung der Änderungssatzung jeweils auf den 1. Januar 2012 an. Da die Erste Änderungssatzung aber keine Änderung der Fälligkeitsregelung enthalte, verbleibe es bei der Unwirksamkeit der FVAS vom 29. März 2012. Dies gelte in gleicher Weise für die Zweite Änderungssatzung vom 25. April 2013. Eine geänderte Fälligkeitsregelung werde erst durch die Dritte

Änderungssatzung vom 30. Januar 2014 ohne Rückwirkung in die Stammsatzung eingefügt. Zwar genüge die geänderte Fälligkeitsregelung den Anforderungen. In Bezug auf die Bestimmung in § 5 Abs. 3 Satz 2 zweiter Halbsatz („soweit im Bescheid ausdrücklich kein späterer Fälligkeitstermin bestimmt ist") liege allenfalls ein Fall der Teilnichtigkeit vor. Es sei zu berücksichtigen, dass die Fremdenverkehrsabgabe gemäß § 5 Abs. 2 Satz 1 FVAS als Jahresabgabe erhoben werde und die Abgabenschuld gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 FVAS Satzung mit Beginn eines jeden Kalenderjahres entstehe, in dem die Abgabepflicht bestehe. Die damit normierte antizipierte Abgabenerhebung sei zulässig. Sie erfordere aber, dass die Rechtsgrundlage der Abgabenerhebung bereits am 1. Januar des betreffenden Wirtschaftsjahres gelte. Wie bereits erwähnt, weise die Dritte Änderungssatzung die dann erforderliche Rückwirkungsanordnung nicht auf. Folglich könne frühestens am Tag nach Bekanntgabe der Dritten Änderungssatzung am 19. Februar 2014 eine Fehlerheilung der Fälligkeitsregelung erfolgt sein. Dies erlaube keine Abgabenerhebung für das Wirtschaftsjahr 2012. Die Vierte Satzung zur Änderung der Satzung der Gemeinde Ostseebad Heringsdorf über die Erhebung einer Fremdenverkehrsabgabe vom 29. März 2014 vom 27. November 2014 führe nicht dazu, dass die FVAS rückwirkend zum 1. Januar 2012 in Kraft getreten sei. Zwar weise Art. II der Vierten Änderungssatzung eine ordnungsgemäße Fälligkeitsregelung auf. Auch enthalte Art. III der Vierten Änderungssatzung eine Rückwirkungsanordnung bezogen auf den 1. Januar 2012. Allerdings gehe die Rückwirkungsanordnung ins Leere, denn sie beziehe sich nicht auf die Vierte Änderungssatzung, sondern auf die zu ändernden Stammsatzung vom 29. März 2012. Die FVAS sei zudem auch deshalb unwirksam, weil die in § 4 Abs. 4 FVAS normierten Abgabensätze auf einer fehlerhaften Kalkulation beruhten.

4 Das Urteil ist der Beklagten am 22. Juni 2015 zugestellt worden. Mit seinem am 8. Juli 2015 eingelegten und am 10. August 2015 begründeten Antrag auf Zulassung der Berufung trägt der Beklagte vor:

5 Es bestünden ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils. Die FVAS sei bereits in ihrer Ursprungsfassung rechtmäßig gewesen. Nach § 5 Abs. 3 FVAS werde die Abgabenschuld mit ihrer Entstehung fällig und durch Bescheid der Kurverwaltung erhoben. Dagegen sei nichts zu erinnern. Dies verstoße – entgegen der Annahme des VG – nicht gegen § 2 Abs. 1 Satz 2 KAG M-V, wonach eine Satzung den Zeitpunkt der Abgabenentstehung und der Abgabenfälligkeit angeben müsse. Dem VG sei auf Seite 5 seines Urteils (2. und 3. Absatz) ein Fehler unterlaufen: Zum einen beziehe sich „§ 10 Inkrafttreten" der FVAS in der Vierten Änderungsfassung denktnotwendigerweise auf das Inkrafttreten der gesamten FVAS vom 29. März 2012; nichts anderes könne gemeint sein. Zum anderen: Wenn die Vierte Änderungssatzung in ihrer Präambel die FVAS vom 29. März 2012 in Bezug nehme und sodann feststelle, „diese Satzung" und nicht etwa nur „dieser § 10 der Satzung" trete rückwirkend in Kraft, so könne damit nur die FVAS in toto gemeint gewesen sein. Damit aber sei – entgegen der Schlussfolgerung des VG – rückwirkend eine Ermächtigungsgrundlage vorhanden. Endlich sei anzumerken, dass es um die Erhebung von Abgaben gehe und im Zeitpunkt der Entscheidung des VG auch nach seiner Ansicht eine nicht zu beanstandende Fälligkeitsregelung und damit Ermächtigungsgrundlage vorhanden sei. Es entspreche der ständigen Rechtsprechung des BVerwG, die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung zugrunde zu legen. Ernsthaft zweifelhaft sei schließlich,

ob die Aussage des VG zutreffend sei, der nach § 1 Abs. 2 FVAS zulässige Deckungsgrad werde deutlich überschritten, d. h. es liege ein Kalkulationsfehler vor. Das VG verkenne, dass der Satzungsgeber seinen Fehler in der Zweiten Änderungssatzung korrigiert habe.

6 Die Sache habe auch grundsätzliche Bedeutung. Es liege im allgemeinen Interesse, geklärt zu wissen, dass ein rückwirkendes Inkrafttreten einer Satzung auch dann gegeben sei, wenn der Satzungsgeber in seiner Präambel der Änderungssatzung auf die – zu ändernde – Satzung Bezug nehme und deren rückwirkendes Inkrafttreten bestimme.

7 Zudem weiche die angefochtene Entscheidung von der Entscheidung des OVG M-V Greifswald vom 21. Mai 2014 – 1 L91/09 – ab und von der Rechtsprechung des BVerwG im Bereich der Abgabenerhebung, unter anderem BVerwG in NJW 1984 S. 648, BVerwGE 50 S. 2, DVBl 1982 S. 544 ff., BVerwGE 64, 356 ff. und NVwZ 1991 S. 360 f. Allen Entscheidungen des BVerwG sei Folgendes gemeinsam: Maßgeblich für die Entscheidung eines Gerichts seien die Rechtsvorschriften, die sich im Zeitpunkt der Entscheidung für die Beurteilung des Klagebegehrens Geltung beimessen würden; und zwar gleichgültig ob es sich um eine Feststellungs-, eine Leistungs-, eine Anfechtungs- oder eine Verpflichtungsklage handle. Anders ausgedrückt: Es komme danach auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung an.

8 Die Klägerin tritt dem Vorbringen entgegen.

II.

9 Der Antrag auf Zulassung der Berufung ist zulässig, aber in der Sache unbegründet. Ein Zulassungsgrund des § 124 Abs. 2 VwGO liegt nicht vor.

10 1. Der Senat sieht keine ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung (§ 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO). Das Verwaltungsgericht hat seine Entscheidung auf zwei selbstständig tragende rechtliche Gesichtspunkte gestützt. Dies ist zum einen der rechtliche Gesichtspunkt, dass die streitige Satzung in ihrer Ausgangsfassung vom 29. März 2012 nicht den nach § 2 Abs. 1 Satz 2 KAG M-V erforderlichen Mindestinhalt enthalten hat. In der Stammsatzung sei keine wirksame Regelung über die Fälligkeit der Abgabe enthalten gewesen und eine geänderte Fälligkeitsregelung sei nicht rückwirkend auf den 1. Januar des Wirtschaftsjahres 2012 in Kraft gesetzt worden, wie dies bei einer antizipierten Gebührenerhebung erforderlich gewesen wäre. Zum anderen hat das Verwaltungsgericht seine Entscheidung noch zusätzlich darauf gestützt, dass die FVAS auch deshalb nichtig sei, weil die Abgabensätze auf einer fehlerhaften Kalkulation beruhten.

11 Das Zulassungsvorbringen hat den das Urteil tragenden rechtlichen Gesichtspunkt, dass die Regelung der FVAS in der Ausgangsfassung (Stammsatzung) vom 29. März 2012 über die Fälligkeit der Abgabe unwirksam ist und dass keine rückwirkende Änderung der Stammsatzung auf den 1. Januar 2012 durch die Dritte und/oder Vierte Änderungssatzung erfolgt ist, nicht ernsthaft in Zweifel ziehen können.

12 Das Zulassungsvorbringen setzt sich nicht mit der vom Verwaltungsgericht zitierten eigenen Entscheidung auseinander, eine Satzungsregelung, nach der eine Fremdenverkehrsabgabe zum Jahresbeginn entsteht und mit der Entstehung fällig wird, beschneidet angesichts der Verwirkung von Säumniszuschlägen mit der Abgabenfestsetzung die Rechtsschutzmöglichkeiten des Abgabenschuldners in

unzumutbarer Weise und ist unwirksam (VG Greifswald, Urt. vom 22. November 2013 - 3 A 885/12 –, juris Leitsatz 2 und Rn. 23). Diese Aussage ist zutreffend und entspricht auch der Rechtsprechung des Senates (vgl. z. B. den gegenüber dem Beklagten ergangenen Beschluss des Senates vom 5. Februar 2018 – 1 L106/14 –). Ist die Fälligkeit sofort mit dem Wirksamwerden des Bescheides eingetreten, tritt die Rechtsfolge der Säumniszuschläge unmittelbar ein. Es wäre Aufgabe des Ortsgesetzgebers gewesen, eine angemessene Zahlungsfrist vorzusehen, wie das in der Dritten Änderungssatzung mit der dort niedergelegten Monatsfrist geschehen ist. Damit hat das Zulassungsvorbringen keine ernstlichen Zweifel daran wecken können, dass die Ausgangssatzung wegen einer fehlerhaften Regelung über die Fälligkeit insgesamt unwirksam gewesen ist.

13 Der Zulassungsvortrag geht im Kern dahin, dass durch die Vierte Änderungssatzung die Fälligkeitsregelung, die diese Änderungssatzung enthält, rückwirkend zum 1. Januar 2012 in Kraft getreten sei. Dieser Auffassung ist nicht zu folgen. Vielmehr schließt sich der Senat der Auffassung des Verwaltungsgerichtes an, dass zwar die Änderungsbefehle der Vierten (wie auch der Dritten) Änderungssatzung rechtlich nicht zu beanstanden sind. Es fehlt auch der Vierten Änderungssatzung aber eine Geltungszeitregelung, hier für ihr (rückwirkendes) Inkrafttreten.

14 Jede Gesetzesänderung unterliegt – wegen des Grundsatzes der Bestimmtheit und der Normklarheit – strengen formellen Anforderungen. Dies gilt in erhöhtem Maße, wenn – wie hier – ein Änderungsgesetz rückwirkend in Kraft gesetzt werden soll. Zu dem erforderlichen Inhalt eines Änderungsgesetzes wird auf das Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. Aufl., 2008, Seite 146 ff., verwiesen.

15 Bei der Vierten Änderungssatzung handelt es sich um eine Einzelnovelle, d. h. eine Novelle, die ein einziges Stammgesetz ändern will (vgl. Handbuch der Rechtsförmlichkeit, a. a. O., Rn. 516 ff.). Die Einzelnovelle verwendet eine besondere Änderungstechnik, die das Stammgesetz in seiner Substanz unangetastet lässt. Die Überschrift der Vierten Änderungssatzung wird dem insoweit gerecht, als dort die Überschrift lautet: „Vierte Satzung zur Änderung der Satzung der Gemeinde Ostseebad H. über die Erhebung einer Fremdenverkehrsabgabe vom 29.03.2012". Da eine Einzelnovelle ein eigenständiges Gesetz ist, muss sie eine Eingangsformel haben (vgl. Handbuch der Rechtsförmlichkeit, a. a. O., Rn. 535). Dieses Erfordernis ist hier gleichfalls eingehalten. In der bundesrechtlichen Gesetzgebung wird eine Einzelnovelle in Artikel gegliedert. Art. 1 enthält die Änderungsbefehle bezüglich des zu ändernden Stammgesetzes. Mehrere Änderungsbefehle werden mit arabischen Ziffern aneinandergereiht, und zwar entsprechend der Systematik des Stammgesetzes. Art. 2 enthält eine Geltungszeitregelung (vgl. Handbuch der Rechtsförmlichkeit, a. a. O., Seite 146). Als rechtlich unschädlich sieht der Senat an, dass die Vierte Änderungssatzung lediglich eine Untergliederung in Art. I bis Art. III aufweist. Damit hat der Satzungsgeber aber zugleich zum Ausdruck gebracht, dass er alle drei Artikel auf der gleichen Stufe ansiedelt. Dies ist hier, worauf das VG zutreffend hingewiesen hat, die Änderung der Stammsatzung vom 29. März 2012.

16 Der Senat folgt dem VG allerdings nicht bei seiner Einschätzung, dass der Art. III letztlich ins Leere läuft. Er lautet:

„Art. III

§ 10 Inkrafttreten

§ 10 der Satzung enthält erhält folgende Fassung:
Diese Satzung tritt rückwirkend am 01.01.2012 in Kraft."

17 Diese Regelung ist auch als Änderung der Stammsatzung nicht inhaltsleer. Durch den geänderten § 10 stellt sie erstmalig klar, dass die Stammsatzung zum 1. Januar 2012 Kraft treten soll. Dies hat nicht etwa bereits Art. I der Ersten Änderungssatzung bewirkt. Auch wenn die Erste Änderungssatzung die Stammsatzung im Hinblick auf die Inkrafttretensregelung hat ändern wollen, ist diese Änderung aber gescheitert. Die Stammsatzung enthält – anders als in der Ersten Änderungssatzung angegeben – keinen § 12, sondern endet mit § 10, der das Inkrafttreten regelt. Daher hat es der Satzungsgeber zu Recht für notwendig angesehen, diesen in der Ersten Änderungssatzung enthaltene Fehler, nämlich die unzutreffende Bezeichnung der Paragrafen des Inkrafttretens, durch die Vierte Änderungssatzung zu berichtigen.

18 Zugleich zeigt aber die Erste Änderungssatzung, dass es dem Beklagten durchaus bekannt ist, dass er in einem weiteren Artikel eine Geltungszeitregelung, hier für das Inkrafttreten, normieren muss. So enthält Art. 2 der Ersten Änderungssatzung auch eine Rückwirkungsklausel für die Änderungssatzung auf den 1. Januar 2012.

19 Eine solche Geltungszeitregelung ist in der Vierten Änderungssatzung nicht enthalten. Damit ist die Vierte Änderungssatzung durch ihre Bekanntmachung in Kraft getreten, d. h. sie hat Außenwirksamkeit bzw. Rechtsgeltung erlangt. Das bedeutet, dass die einzelnen drei Änderungsbefehle durch die Bekanntmachung wirksam geworden sind, sich im Stammrecht vollziehen und damit zugleich gegenstandslos werden. Der Text des Stammgesetzes erhält von diesem Zeitpunkt an seine neue geänderte Fassung (Handbuch der Rechtsförmlichkeit, a. a. O., Rn. 710).

20 Das Beschwerdevorbringen geht fehl, dass es bei einer Gesetzesänderung stets auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung ankommt. Zutreffend ist vielmehr, dass sich die Frage nach dem entscheidungserheblichen Zeitpunkt nach dem einschlägigen Fachrecht richtet. Dies legt auch das in der Zulassungsbegründung genannte Urt. des BVerwG vom 27. April 1990 (- 8 C 87.88 -, NVwZ 1991 S. 360 f., betr. eine Vorausleistung auf den Entwässerungsbeitrag) dar (vgl. Leitsatz und juris Rn. 12). Ob für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit eines angefochtenen Verwaltungsakts die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung oder die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Entscheidung des Gerichts maßgebend ist, beantwortet nicht § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO, d. h. nicht das Verwaltungsprozessrecht, sondern das jeweils einschlägige materielle Recht (BVerwG, a.a.O., m. w. N.).

21 Im Erschließungsbeitragsrecht und im Kommunalabgabenrecht des Landes Mecklenburg-Vorpommern ist nach den einzelnen Abgaben zu unterscheiden. Während im bundesrechtlichen Erschließungsbeitragsrecht und im Anschlussbeitragsrecht nach § 9 KAG M-V eine wirksame Satzung dem Eintritt der Vorteilslage nachfolgen kann und dadurch ein zuvor ergangener (rechtswidriger) Abgabenbescheid nicht mehr der Aufhebung unterliegt (Institut der Aufrechterhaltung), stellt sich die Sachlage im Straßenbaubeitragsrecht (§ 8 KAG M-V) und im Gebührenrecht (§§ 4 und 6 KAG M-V) anders dar. Nach der ständigen Rechtsprechung des Senates muss im Bereich des Straßenbaubeitragsrechts eine wirksame Abgabensatzung, notfalls rückwirkend, auf den Zeitpunkt des Eintritts der Vorteilslage erlassen werden (so ständige Rspr. des Senates seit OVG M-V

Greifswald, Beschl. vom 29. Juli 1997 – 6 M 93/97 –, DVBl 1998 S. 56 ff. = NordÖR 1998 S. 267 f.). Gleiches gilt bei einer Gebührenerhebung. Auch hier muss eine wirksame Satzung im Zeitraum der Verwirklichung des Gebührentatbestandes bestehen; zu diesem Zeitpunkt fließen dem Schuldner die durch die Gebühr abzugeltenden konkreten Vorteile zu. Dies räumt der Beklagte indirekt auch dadurch ein, dass durch Art. III der Vierten Änderungssatzung die FVAS 2012 auf den 1. Januar des Wirtschaftsjahres 2012 hat in Kraft setzen wollen. Alles in allem hat das VG zu Recht die Erhebung einer antizipierten Jahresgebühr für zulässig erachtet, aber ausschließlich unter der Voraussetzung, dass der Ortsgesetzgeber speziell bei der Erhebung einer antizipierten Jahresgebühr – ggf. rückwirkend auf den 1. Januar des jeweiligen Erhebungsjahres – wirksames Ortsrecht schafft.

22 Die vonseiten des Beklagten zitierten Entscheidungen des BVerwG geben nichts
22 Gegenteiliges her - siehe unten unter Ziffer 3.

23 Auf die Frage, ob noch aus einem weiteren Grund die Abgabenerhebung rechtswidrig ist, kommt es für den Senat nicht an. Daher bedarf es keiner weiteren Erörterung der Frage des gemeindlichen Eigenanteils.

24 2. Mit seinem Zulassungsvorbringen zeigt der Beklagte zum einen keine Rechtsfrage von rechtsgrundsätzlicher Bedeutung auf (§ 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO), die sich im vorliegenden Fall streitgegenständlich stellte. Zum anderen ist hier vorrangig eine Auslegung des konkreten Einzelfalles vorzunehmen, und zwar unter dem Blickwinkel, ob – mit einem dem Grundsatz der Normenklarheit genügenden Maß – der Ortsgesetzgeber ein rückwirkendes Inkrafttreten seines Ortsrechtes tatsächlich beschlossen hat. Hierbei ist ein strenger Maßstab anzulegen, und, wie oben ausgeführt, auf die Grundsätze der Rechtsförmlichkeit abzustellen. Ob es eventuell die gesetzgeberische Intention gewesen ist, eine rückwirkende Änderung des Ortsrechtes vorzunehmen, ist demgegenüber rechtlich irrelevant. Da im vorliegenden Fall letztlich (nur) eine Auslegung des Einzelfalles geboten ist, kommt der Sache keine rechtsgrundsätzliche Bedeutung zu. Zudem ergibt die Auslegung des Senates, dass die bereits oben dargestellten Grundsätze der Rechtsförmlichkeit, die für Änderungssatzungen gelten, das vom VG gefundene Ergebnis tragen.

25 3. Die von der Beklagtenseite vorgetragene Divergenz (§ 124 Abs. 2 Nr. 4 VwGO) zu dem Urteil des Senates vom 21. Mai 2014 – 1 L 91/09 – liegt nicht vor. Im dortigen Sachverhalt stellte sich die Sachlage so dar, dass die dortige Jahresmindestgebühr erst nach Ablauf des Erhebungszeitraumes (Kalenderjahr) entstand. Damit verliert eine Regelung über die Fälligkeit der Jahresmindestgebühr bezogen auf das Austauschverhältnis von Leistung und Gegenleistung an Bedeutung. Zudem kann die Fälligkeit einer Gebühr nicht vor ihrer Entstehung eintreten, d. h. erst am Ende des Kalenderjahres, mithin nach der Leistungserbringung durch den Aufgabenträger. Dies mag den Senat seinerzeit bewogen haben, weniger strenge Anforderungen an das Bestehen einer Fälligkeitsregelung aufzustellen. Der damalige Fall ist in keiner Weise mit dem hier vorliegenden Sachverhalt vergleichbar. § 5 Abs. 3 in der Fassung der Stammsatzung sah genau Gegenteiliges, nämlich ein auf den 1. Januar antizipierte Gebühr vor: „Die Abgabenschuld wird mit ihrer Entstehung fällig und durch Bescheid der Kurverwaltung der Gemeinde Ostseebad Heringsdorf erhoben". Die oben genannte Entscheidung des OVG M-V Greifswald ist somit nicht verallgemeinerungsfähig, da sie eine ganz spezielle Sachverhaltskonstellation

betrifft (vgl. Aussprung in Aussprung/Siemers/Holz, KAG M-V § 2 Erl. 3.6).

26 Die Urteile des BVerwG, vom 28. November 1975 – IV C 45.74 –, BVerwGE 50, 2 ff., vom 25. November 1981 – 8 C 14.81 –, DVBl 1982 S. 544 ff., und vom 27. Januar 1982 – 8 C 12.81 –, BVerwGE 64, 356 ff., betreffen das Erschließungsbeitragsrecht, wo – wie oben ausgeführt – auch nach Auffassung des Senates eine andere Rechtslage gilt. Das Urteil des BVerwG vom 27. April 1990 – 8 C 87.88 –, NVwZ 1991 S. 360 f., betrifft eine Vorausleistung auf den Entwässerungsbeitrag, wo sich in Mecklenburg-Vorpommern die Rechtslage im Hinblick auf den entscheidungserheblichen Zeitpunkt wie im Erschließungsbeitragsrecht darstellt. Bei dem Zitat „NJW 1984 S. 648" handelt es sich ersichtlich um ein Fehlzitat, sodass die gemeinte Entscheidung nicht hat recherchiert werden können.

27 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO. Die Streitwertfestsetzung beruht auf §§ 47 GKG i. V. m. § 52 Abs. 3 GKG.

Hinweis:

28 Dieser Beschluss ist gemäß § 152 Abs. 1 VwGO und § 68 Abs. 1 Satz 5 i. V. m. § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG unanfechtbar. Mit der Ablehnung des Antrags wird das Urteil rechtskräftig (§ 124a Abs. 5 Satz 4 VwGO).

Zitiervorschlag:
OVG Greifswald Beschl. v. 20.3.2018 – 1 L 292/15, BeckRS 2018, 12099

BeckRS 2018, 8284

LG Berlin (Zivilkammer 65), Urteil vom 28.02.2018 - 65 S 225/17

Titel:
Staffelmietvereinbarung, Miete, Staffelmiete, Modernisierungsmaßnahmen, Mieterhöhungserklärung, Mieter, Wohnraummiete

Normenketten:
ZPO § 313 a, § 540 Abs. 2,
BGB §§ 280 Abs. 1, § 286,§ 557a Abs. 2, § 558, § 559, § 559b, § 561,
EGZPO § 26 Nr. 8
MHG § 3 , § 5

Redaktioneller Leitsatz:
§ 557a II BGB erfasst auch (nachträgliche) Mieterhöhungen aufgrund zurückliegender Modernisierungen während der Laufzeit der Staffelmietvereinbarung.

Rechtsgebiet:
Miet- und Wohn-, Leasing-, Pachtrecht

Schlagworte:
Staffelmiete, Mieterhöhung, Modernisierung

vorgehend:
AG Berlin-Neukölln, Urteil vom 07.07.2017 - 2 C 52/17 (Rechtskraft: unbekannt)

Fundstellen:
GE 2018, 711
LSK 2018, 8284
NZM 2018, 599 (m. Anm. Professor Dr. Ulf Börstinghaus)
WuM 2018, 363
ZMR 2018, 759

ECLI:
ECLI:DE:LGBE:2018:0228.65S225.17.0A
Rechtskraft:
rechtskräftig

Text1

Landgericht Berlin
Im Namen des Volkes
Urteil
65 S 225/17
verkündet am: 28.02.2018
2 C 52/17 Amtsgericht Neukölln
In dem Rechtsstreit
der (…) Berlin,
Klägerin und
Berufungsklägerin,
– Prozessbevollmächtigter:
Rechtsanwalt (…) Berlin,-
gegen
den (…) G.,
Beklagten und
Berufungsbeklagten,
– Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte (…) Berlin,-
hat die Zivilkammer 65 des Landgerichts Berlin in Berlin - Mitte, Litten Straße 12-17, 10179 Berlin, auf die mündliche Verhandlung vom 28.02.2018 durch die Vorsitzende Richterin am Landgericht Siegmund und die Richterinnen am Landgericht Dr. Peißker und Kothe-Retzlaff
für Recht erkannt:

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Amtsgerichts Neukölln vom 08. September 2017 - 2 C 52/17 - abgeändert und wie folgt neu gefasst:
Es wird festgestellt, dass die Mieterhöhungen vom 28. November 2010 und 26. Oktober 2016 jeweils zum 01. Januar 2017 unwirksam sind und eine Änderung der Miete für die von der Klägerin innegehaltene Wohnung im Hause B2. Straße ... in 1. B1. nicht eingetreten ist.
Die Widerklage wird abgewiesen.
Die Kosten des Rechtsstreits hat der Beklagte zu tragen.
Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

1 Von der Darstellung der tatsächlichen Feststellungen wird gemäß §§ 313 a, 540 Abs. 2 ZPO abgesehen.

II.

2 1. Die Berufung ist zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt worden. Sie ist unbegründet. Die der Entscheidung zugrunde zu legenden Tatsachen rechtfertigen keine andere Entscheidung, §§ 513, 529, 546 ZPO.

3 a) Die Klägerin hat gegen den Beklagten einen Anspruch auf Feststellung der Unwirksamkeit der Mieterhöhungen vom 26. November 2010 und 26. Oktober 2016 jeweils zum 1. Januar 2017, denn § 557a Abs. 2 BGB erfasst auch (nachträgliche) Mieterhöhungen aufgrund zurückliegender Modernisierungen während der Laufzeit der Staffelmietvereinbarung.

§ 557a Abs. 2 BGB schließt eine Erhöhung der Miete nach §§ 558 bis 559b BGB während der Laufzeit der Staffelmiete aus.

4 Unter Bezugnahme auf den Wortlaut wird teilweise in der Literatur die Auffassung vertreten, dass eine Mieterhöhung nach § 559 BGB nach Ablauf der Laufzeit einer Staffelmieterhöhung auch aufgrund von Modernisierungsmaßnahmen möglich sei, die während der Laufzeit der Staffelmietvereinbarung durchgeführt wurden; § 557 a Abs. 2 Satz 2 BGB stelle nur auf die Mieterhöhung gemäß § 559 BGB ab, nicht hingegen auf den Zeitpunkt der Modernisierungsmaßnahme; zudem werde auch die Anwendung des § 559b BGB, die Vorschrift über die Mieterhöhungserklärung, nach § 557a Abs. 2 BGB ausgeschlossen. Der Mieter sei durch das Sonderkündigungsrecht nach § 561 BGB ausreichend geschützt. Soweit in den Gesetzesmaterialien zum Gesetz über die Regelung der Miethöhe (nachfolgend: MHG) etwas anderes vertreten worden sei, habe diese Auffassung bereits im MHG keinen hinreichenden Ausdruck gefunden. Der Wortlaut sei eindeutig. Er knüpfe nur an die Erhöhung der Miete an. Auch der Sinn und Zweck der Regelung spreche nicht gegen diese Auslegung. Die Mieterhöhung gem. § 559 BGB wirke nur für die Zukunft. Unerwünschte Doppeleffekte könnten deshalb nicht auftreten, weil die Mieterhöhung nach § 559 BGB nicht für die Zeit der Staffelmietvereinbarung wirke, sondern erst für die Zeit danach. Bei Mieterhöhungen nach § 559 BGB sei der Vermieter auch sonst nicht verpflichtet, diese unmittelbar nach Abschluss der Modernisierungsarbeiten vorzunehmen. Die Staffelmietvereinbarung sei ein vertraglicher Ausschluss des Mieterhöhungsverfahrens nach den §§ 558, 559 BGB. Das könne sich aber nur für die Zeit der Geltung der Staffelmietvereinbarung beziehen und besage nichts darüber, ob die nach Ablauf der Staffelmietvereinbarung geltend gemachte Erhöhung nicht auf einer Modernisierung beruhen darf, die bereits unter Geltung der Staffelmietvereinbarung erfolgte. Die Staffelmietvereinbarung gebe nur für die Zeit ihrer Laufzeit Kalkulationssicherheit (vgl. Schmidt-Futterer/Börstinghaus, Mietrecht, 13. Aufl., 2017, § 557a Rn. 53. mwN; MüKoBGB/Artz, 7. Aufl., 2016, BGB § 557a Rn. 8; BeckOKBGB/Schüller, 44. Ed., 01.11.2017, BGB § 557a Rn. 22).

5 Dagegen wird eingewandt, dass eine Staffelmietvereinbarung beiden Vertragsparteien Kalkulationssicherheit bieten soll.

6 Dem Vermieter sollen Investitionsentscheidungen dadurch erleichtert werden, dass er mit einer künftigen Erhöhung seiner Mieteinnahmen schon zu einem frühen Zeitpunkt rechnen kann (vgl. BGH, Urt. v. 23.11.2005 – VIII ZR 154/04, WuM 2006, 97 = NZM 2006, 256, nach juris Rn. 17; Urt. v. 03.12.2003 – VIII ZR 157/03, WuM 2004, 28 = Grundeigentum 2004, 175, nach juris Rn. 13). Der Vermieter, der bei Abschluss eines Mietvertrages Modernisierungsmaßnahmen plant, kann entweder die Modernisierungskosten kalkulatorisch in der Staffelmietvereinbarung berücksichtigen oder muss auf eine solche Vereinbarung

verzichten und die Miete dann gemäß § 559 BGB erhöhen (Bub/Treier/Schultz, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4 Aufl., 2014, Kap III Rn. 1653ff.; Fischer-Dieskau/Pergande/Schwender/Mersson, Wohnungsbaurecht, Loseblatt-Kommentar, Stand: EL Juni 2013, § 557a BGB Anm. 8.1; ebenso: LG Berlin, Urt. v. 28.02.1992 – 63 S 448/91, Grundeigentum 1992, 381, nach juris Rn. 12f.).

7 Dem Mieter bietet die Staffelmietvereinbarung – ihrem Zweck entsprechend - langfristig Klarheit über die auf ihn zukommenden Belastungen (BGH, Urt. v. 03.12.2003, a.a.O., Rn. 13), auch insoweit, als er nicht mit Erhöhungen wegen Modernisierungsmaßnahmen des Vermieters rechnen muss. Auch für den Mieter soll sich eine Staffelmietvereinbarung finanziell günstig auswirken können, etwa indem der Vermieter an die vereinbarte Miete gebunden bleibt, wenn er bauliche Maßnahmen durchgeführt hat, die er durch eine Mieterhöhung gemäß § 559 BGB auf den Mieter umlegen könnte (BGH, Urt. v. 23.11.2005, a.a.O., Rn. 17). Dieser Zweck des § 557a BGB würde verfehlt, wenn der Mieter nur vorläufig von Erhöhungen nach § 559 BGB verschont bliebe, nach Ablauf der Staffelmietvereinbarung aber alle in der Zwischenzeit durchgeführten Modernisierungsmaßnahmen für die Zukunft im Wege einer summierten Mieterhöhung umgelegt werden könnten (vgl. Bub/Treier/Schultz, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4 Aufl., 2014, Kap III Rn. 1655).

8 Die Kammer folgt der letztgenannten Ansicht in Übereinstimmung mit der in der Rechtsprechung bisher vertretenen Auffassung (vgl. LG Berlin, Urt. v. 28.02.1992 – 63 S 448/91, Grundeigentum 1992, 381, nach juris Rz. 12). Sie sieht sich insoweit auch in Übereinstimmung mit den Intentionen des Gesetzgebers und der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Zweck von Staffelmietvereinbarungen.

9 Der Gesetzgeber ist davon ausgegangen, dass die Vereinbarung einer Staffelmiete dem Bedürfnis beider Vertragsparteien entspricht, die wirtschaftliche Entwicklung des Mietverhältnisses mit größerer Sicherheit vorhersehen zu können. Insbesondere der Mieter werde sich darauf verlassen, dass mit Ausnahme einer Veränderung der Betriebskosten, keine anderen als die in der Staffelmiete vereinbarten Erhöhungen auf ihn zukommen. Durch Staffelmietvereinbarungen sollen insbesondere die gemäß § 2 (MHG) verbundenen Unsicherheiten ausgeschlossen werden, darüber hinaus die Möglichkeit von Erhöhungen gemäß §§ 3 und 5 MHG. Sowohl die Durchführung baulicher Maßnahmen als auch die Veränderung der Kapitalkosten sei vom Mieter nicht zu beeinflussen und liege allein im Verantwortungsbereich des Vermieters. Der Vermieter, der Baumaßnahmen durchführen wolle und die hierdurch verursachten Kosten nicht in die Kalkulation der vereinbarten Staffelsätze einbeziehen kann, müsse auf die Vereinbarung einer Staffelmiete für die Zeit nach Durchführung der Baumaßnahme verzichten. Auch die Gefahr, dass Kosten durch bauliche Maßnahmen aufgrund von Umständen, die er nicht zu vertreten habe, erforderlich werden, trage der Vermieter (BT-Ds. 9/2079, S. 18). An dieser Grundeinschätzung hat sich mit der Neuformulierung des § 557a BGB im Rahmen der Mietrechtsreform 2001 nichts geändert (vgl. BT-Ds. 14/4553, S. 53, Ziff. 3 zu § 557a Entwurf).

10 Die Gesetzesbegründung lässt auf den Willen des Gesetzgebers schließen, Modernisierungsmieterhöhungen dauerhaft auszuschließen. Anders lässt sich die Formulierung nicht verstehen, dass der Vermieter sich zwischen Staffelmiete und Modernisierung/Mieterhöhung nach Durchführung der Maßnahme entscheiden

müsse.

11 Der aus den Materialien ersichtliche Zweck des Gesetzes und der Wille des
1 Gesetzgebers ist nach Überzeugung der Kammer in die Feststellung des Inhaltes der Regelung einzubeziehen, ein Ansatz, dem der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung folgt (vgl. nur BGH, Beschluss vom 12.03.1997 – VIII ARZ 3/96, NJW 1997, 1695, juris; Urt. v. 16.07.2003 – VIII ZR 274/02, NJW 2003, 2601, juris). Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass eine Vorschrift knapp formuliert sein sollte (vgl. Handbuch der Rechtsförmlichkeit, Hrsg. Bundesministerium der Justiz, 1999, Rn. 88) und Formulierungsalternativen hier schwer vorstellbar sind. Der Wortlaut der Vorschrift legt es noch nicht einmal nahe, dass der Vermieter Mieterhöhungen aufgrund von Modernisierungsmaßnahmen für die Dauer der Laufzeit der Staffelmietvereinbarung zwar nicht vornehmen, aber jedenfalls nach deren Ablauf nachholen kann, mit der Folge, dass es nach Ablauf der Staffelmiete zu einer sehr drastischen Mieterhöhung kommen kann. Hinzu kommt, dass der Mieter schon während der Laufzeit der Staffelmiete in das Verfahren nach §§ 556d, 559 BGB gedrängt wird, weil er anderenfalls Gefahr läuft, mit Härteeinwänden ausgeschlossen zu sein. Auch das ist weder mit dem Wortlaut noch dem Zweck der Regelung vereinbar. Die finanziellen Risiken und Zugeständnisse des Vermieters reduzieren sich damit erheblich, ohne dass dem auf Mieterseite ein Vorteil gegenüber stünde.

12 Eine andere Bewertung rechtfertigt sich auch nicht aus dem Umstand, weil der
2 Beklagte bereits im Rahmen der Ankündigung der Modernisierungsmaßnahmen mit Schreiben vom 26. November 2010 und 4. Mai 2015 die Mieterhöhung mit Ablauf der Staffelmietvereinbarung angekündigt hat. Es bestätigt vielmehr die Richtigkeit der Auffassung, die dem Vermieter unter Bezugnahme auf die Gesetzesmaterialien das Kalkulationsrisiko bzw. –erfordernis auferlegt. Der Mietvertrag wurde am 8. Dezember 2008 geschlossen; der Beklagte hätte insbesondere die Modernisierung 2010 in die Kalkulation einbeziehen können (und müssen). Sein Vorgehen führt dazu, dass er lediglich zeitlich versetzt am Ende – ungeachtet der Staffelmietvereinbarung - alle Modernisierungskosten auf den Mieter umlegen kann, denn die Modernisierungsmieterhöhung wird zeitlich unbegrenzt vom Mieter getragen. Der Beklagte hat zudem den Vorteil, für Mieterhöhungen nicht auf das Verfahren nach §§ 558ff. BGB angewiesen zu sein.

13 Das Sonderkündigungsrecht des Mieters nach § 561 BGB stellt sich gerade mit
3 Blick auf den Zweck der Staffelmiete nicht als Vorteil, sondern - bei lebensnaher Betrachtung - faktisch als weitgehend wertlos dar.

14 Der Hinweis des Beklagten auf die Regelung zur Indexmiete in § 557b BGB trägt
4 keine andere rechtliche Bewertung. Der Beklagte übersieht dabei, dass die Höhe der Miete nicht – wie bei der Staffelmiete – unmittelbar zwischen den Parteien vereinbart wird, sondern die Höhe der Miete an Entwicklungen anknüpft, die die Mietvertragsparteien selbst nicht beeinflussen können, sie ist – mangels Vorhersehbarkeit – daher gerade nicht mit einer vergleichbaren Kalkulationssicherheit verbunden. Die mit der Indexmiete verbundenen Kalkulationsrisiken werden in § 557b Abs. 2 Satz 2 BGB nachvollziehbar abgemildert, indem zumindest Mieterhöhungen nach § 559 BGB für bauliche Maßnahmen zugelassen werden, die auf Umständen beruhen, die der Vermieter nicht zu vertreten hat. Der Umkehrschluss des Beklagten drängt sich keinesfalls auf.

15 b) Aus den Feststellungen unter a) folgt, dass die Widerklage abzuweisen ist. Ein Anspruch des Beklagten gegen die Klägerin auf Ersatz der außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 255, 85 € besteht nicht. Die Voraussetzungen der §§ 280 Abs. 1, 286 BGB liegen nicht vor.

16 2. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO; die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO in Verbindung mit § 26 Nr. 8 EGZPO.

17 3. Die Revision ist gemäß § 543 Abs. 1, 2 ZPO nicht zuzulassen, weil die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts nicht erfordern. Die Kammer befindet sich mit ihrer Auslegung der Regelung des § 557a Abs. 2 BGB im Einklang mit dem aus den Gesetzesmaterialien ersichtlichen Willen des Gesetzgebers, der Instanzrechtsprechung sowie den vom Bundesgerichtshof entwickelten und angewandten Maßstäben zu § 557a BGB.

Zitiervorschlag:
LG Berlin Urt. v. 28.2.2018 – 65 S 225/17, BeckRS 2018, 8284

BeckRS 2018, 3325

VG Koblenz (4. Kammer), Beschluss vom 30.01.2018 - 4 L 1353/17.KO

Titel:
Änderung, Änderungsverordnung, Anlage, Anordnung, Auslegung, dynamische Verweisung, Fassung, geltende Fassung, Gesetz, Gesetzesauslegung, Gesetzesbindung, Gesetzgeber, Immissionsschutzrecht, sachliche Zuständigkeit, statische Verweisung, Verordnung, Verordnungsgeber, Verweisung, Wortlaut, Wortlautauslegung, Zuständigkeit, Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung, immissionsschutzrechtliche Anordnung, Industrie-Emissions-Richtlinie

Normenketten:
BImSchG § 20 Abs. 2
ImSchZuVO § 1, § 4 Abs. 1
VwGO § 80 Abs. 5, § 137 Abs. 1, § 154 Abs. 1 u. Abs. 3, § 162 Abs. 3

Amtliche Leitsätze:

1. Durch die in der Anlage zur Landesverordnung über Zuständigkeiten auf dem Gebiet des Immissionsschutzes (ImSchZuVO) enthaltenen dynamischen Verweisungen sind die aktuellen Fassungen des Bundes-Immissionsschutzgesetzes (BImSchG) und der Verordnung über genehmigungsbedürftige Anlagen (4. BImSchV) Bezugspunkt für die Zuständigkeitsregelungen im Immissionsschutzrecht in Rheinland-Pfalz.

2. Eine seit mehr als vier Jahren überfällige Anpassung der ImSchZuVO an die durch die Umsetzung der Industrie-Emissions-Richtlinie der EU (2010/75/EU) erfolgten Veränderungen der Bezugsnormen kann nicht durch eine Einzelfallweisung der Aufsichtsbehörde vorweggenommen werden.

3. Eine Auslegung, welche eine mögliche Änderung der Norm vorwegnimmt und damit den aktuellen eindeutigen Wortlaut nicht berücksichtigt, ist nicht zulässig.

4. Durch einen landesrechtlichen Verweis auf eine bundesrechtliche

Norm steht letztere im Anwendungsbereich der verweisenden Norm im Rahn von Landesrecht (wie BVerwG, Beschluss vom 8. August 2008 - 9 B 31.08 -).

Rechtsgebiete:

Umweltrecht, Verwaltungsverfahren und -prozess

Schlagworte:

Änderung, Änderungsverordnung, Anlage, Anordnung, Auslegung, dynamische Verweisung, Fassung, geltende Fassung, Gesetz, Gesetzesauslegung, Gesetzesbindung, Gesetzgeber, Immissionsschutzrecht, sachliche Zuständigkeit, statische Verweisung, Verordnung, Verordnungsgeber, Verweisung, Wortlaut, Wortlautauslegung, Zuständigkeit, Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung, immissionsschutzrechtliche Anordnung, Industrie-Emissions-Richtlinie

ECLI:

ECLI:DE:VGKOBLE:2018:0130.4L1353.17.00

Rechtskraft:

unbekannt

Text1

VERWALTUNGSGERICHT KOBLENZ
BESCHLUSS
In dem Verwaltungsrechtsstreit
der …,
– Antragstellerin –
Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte B. & K., M. Straße 61, 5. I.-O.,
gegen
den Landkreis B.,
vertreten durch den Landrat, S. Straße 25, 5. B.,
– Antragsgegner –
beigeladen:
Land R.-P.,
vertreten durch den Präsidenten der ... Nord, S. Straße 3 - 5, 5. K.,
wegen Immissionsschutzrechts
hier: Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO
hat die 4. Kammer des Verwaltungsgerichts Koblenz aufgrund der Beratung vom 30. Januar 2018, an der teilgenommen haben Vorsitzender Richter am Verwaltungsgericht Dr. Fritz, Richter am Verwaltungsgericht Porz, Richter Dr. Klein beschlossen:

Tenor:

Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin gegen Bescheid des Antragsgegners vom 30. November 2017 wird wiederhergestellt.

Der Antragsgegner hat die Kosten des Verfahrens zu tragen; hiervon ausgenommen sind die außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen, welche dieser selbst zu tragen hat.

Der Wert des Streitgegenstandes wird auf 12.500,- € festgesetzt.

Gründe:

1 Der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gegen die mit Datum vom 30. November 2017 erlassene immissionsschutzrechtliche Anordnung nach § 20 Abs. 2 des Bundes-Immissionsschutzgesetzes (BImSchG) hat Erfolg, denn die gemäß § 80 Abs. 5 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) vorzunehmende Abwägung der gegenseitigen Interessen der Beteiligten fällt zugunsten der Antragstellerin aus.

2 Im Rahmen der vom Gericht nach § 80 Abs. 5 VwGO zu treffenden eigenen Ermessensentscheidung überwiegt hier das private Interesse der Antragstellerin an einer Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gegen den Bescheid vom 30. November 2017, weil dieser sich bei der im vorliegenden Eilverfahren allein möglichen summarischen Prüfung mit hoher Wahrscheinlichkeit als rechtswidrig erweist. Denn der Antragsgegner war für den Erlass der immissionsschutzrechtlichen Anordnung nicht zuständig, so dass der Bescheid bereits in formeller Hinsicht rechtswidrig ist.

3 Die Zuständigkeit für den Erlass von Anordnungen nach § 20 Abs. 2 BImSchG ergibt sich aus der Landesverordnung über Zuständigkeiten auf dem Gebiet des Immissionsschutzes (ImSchZuVO) vom 14. Juni 2002 (GVBl. 2002, 280; BRS 2129-5). Nach § 1 Abs. 1 Satz 1 ImSchZuVO sind für die Wahrnehmung der in der Anlage zur Verordnung aufgeführten Verwaltungsaufgaben die dort bezeichneten Behörden sachlich zuständig. Die Inhaltsübersicht der Anlage (zu § 1) zur ImSchZuVO benennt u.a. Zuständigkeiten nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz sowie der Verordnung über genehmigungsbedürftige Anlagen (4. BImSchV). Dabei werden sowohl das Bundes-Immissionsschutzgesetz als auch die Verordnung über genehmigungsbedürftige Anlagen „in der jeweils geltenden Fassung" als anzuwendende Rechtsnorm genannt (Nrn. 1 und 3.4 der Anlage zur ImSchZuVO).

4 Die zuständige Behörde für Anordnungen nach § 20 Abs. 2 BImSchG bestimmt sich nach der Nr. 1.1.12 der Anlage zur ImSchZuVO gemäß der Nr. 1.1.1 (1.) der Anlage zur ImSchZuVO. Dies ist die SGD und nicht der Antragsgegner, wie sich in Anwendung der Norm ergibt:

5 Der Antragsgegner und der Beigeladene gehen von einer Anlage gemäß § 4 BImSchG i.V.m. § 1 der 4. BImSchV und Nr. 8.12.3.2 des Anhang 1 zur 4. BImSchV aus. Die einschlägige Anlagenbezeichnung im Anhang 1 zur 4. BImSchV lautet:
„Anlagen zur zeitweiligen Lagerung von Abfällen, auch soweit es sich um Schlämme handelt, ausgenommen die zeitweilige Lagerung bis zum Einsammeln auf dem Gelände der Entstehung der Abfälle und Anlagen, die durch Nr. 8.14 erfasst werden bei Eisen- oder Nichteisenschrotten, einschließlich Autowracks, mit einer Gesamtlagerfläche von 1.000 bis weniger als 15.000 Quadratmetern oder einer Gesamtlagerkapazität von 100 bis weniger als 1.500 Tonnen."

6 Bei Anlagen unter anderem nach Nr. 8.12 des Anhangs 1 zur 4. BImSchV ist gemäß Nr. 1.1.1 (1.) der Anlage zur ImSchZuVO eine Zuständigkeit der SGD bzw. des LGB (Landesamt für Geologie und Bergbau Rheinland-Pfalz) angegeben. Eine Zuständigkeit des LGB entfällt, da es vorliegend um keine Anlagen oder Betriebe geht, welche der Bergaufsicht unterliegen (vgl. Erläuterung Nr. 3 der Anlage zur ImSchZuVO). Nach dem eindeutigen Wortlaut der Verordnung besteht damit eine Zuständigkeit der SGD und nicht eine solche der Kreisverwaltung.

7 Dieser aus dem Wortlaut der Rechtsverordnung sich ergebenden Zuständigkeitsbestimmung halten Antragsgegner und Beigeladener ohne Erfolg

entgegen, dass die dortige Anlagenbezeichnung ihre derzeitige Nummerierung und sprachliche Fassung im Zuge der Umsetzung der Industrie-Emissions-Richtlinie (Richtlinie 2010/75/EU) in deutsches Recht mit der 4. BImSchV in der Fassung vom 2. Mai 2013 (BGBl. I., Seite 973, 3756) erhalten habe. Inhaltlich erfasse die Anlagenbezeichnung nach Nr. 8.12.3.2 der Anlagenliste im heute geltenden Anhang 1 zur 4. BImSchV jedoch dieselben Anlagen, welche bis zu der vorgenannten Novelle der 4. BImSchV von Nr. 8.9 b – Spalte 2 – des Anhangs der 4. BImSchV in der alten Fassung erfasst worden seien. Die zuletzt genannte Anlagenbezeichnung laute:

„Anlagen zur zeitweiligen Lagerung von Eisen- oder Nichteisenschrotten einschließlich Autowracks, mit einer Gesamtlagerfläche von 1.000 Quadratmeter bis weniger als 15.0000 Quadratmeter oder einer Gesamtlagerkapazität von 100 Tonnen bis weniger als 1.500 Tonnen Eisen- oder Nichteisenschrotten, ausgenommen die zeitweilige Lagerung bis zum Einsammeln auf dem Gelände der Entstehung der Abfälle und Anlagen, die durch Nr. 8.13 erfasst werden."

8 Würde die ImSchZuVO eine sogenannte statische Verweisung beinhalten mit der Folge, dass also lediglich auf die bei ihrem Inkrafttreten am 6. Juli 2002 (siehe § 4 Abs. 1 ImSchZuVO) geltende Fassung der 4. BImSchV abzustellen wäre, ergäbe sich eine Zuständigkeit der Kreisverwaltung und damit des Antragsgegners, denn für die damalige Nr. 8.9 b –Spalte 2 – des Anhangs der 4. BImSchV in der Fassung von 2002 gelte nicht die Nr. 1.1.1 (1.) der Anlage zur ImSchZuVO; vielmehr liege ein Fall von „anderen Anlagen" nach Nr. 1.1.1 (4.) der Anlage zur ImSchZuVO vor mit einer Zuständigkeit der Kreisverwaltung.

9 Der Antragsgegner und der Beigeladene verweisen in diesem Zusammenhang auf eine fehlende redaktionelle Anpassung der Anlage zur ImSchZuVO an die Begrifflichkeiten des Anhangs zur 4. BImSchV in der Fassung vom 2. Mai 2013, was kein Anlass für eine Zuständigkeitsverschiebung sei. Nach dem Willen des Gesetzgebers sei die Anlagenart Nr. 8.12.3.2 der Anlage zur 4. BImSchV identisch mit der Nr. 8.9 b – Spalte 2 – der vorherigen Fassung und inhaltlich werde die letztgenannte Nummer erfasst. Dies ergebe eine Auslegung im Lichte des zeitlichen Ablaufs sowie nach Sinn und Zweck der Norm. Es sei auch zu berücksichtigen, dass der Landesverordnungsgeber bei der Novelle der Zuständigkeitsverordnung keine Änderung der bisherigen Zuständigkeiten für die Anlagen der 4. BImSchV beabsichtige, sondern lediglich eine Anpassung an die geänderten Nummernbezeichnungen der 4. BImSchV. Das Änderungsverfahren sei zwar schon 2014 angestoßen worden, indes noch nicht abgeschlossen.

10 Dieser Argumentation steht der eindeutige Wortlaut der Landesverordnung über die Zuständigkeiten auf dem Gebiet des Immissionsschutzes entgegen, der nach dem Grundsatz der Gesetzesbindung der Verwaltung und des Gerichts nicht korrigiert werden kann. Die hier maßgeblichen Vorschriften der Anlage zur ImSchZuVO lauten:

Lfd. Nr.	Anzuwendende Rechtsnorm	Verwaltungsaufgabe	Zuständige Behörde
1	Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG) in der Fassung vom 26. September 2 002 (BGBl. I S. 3830) in der jeweils geltenden Fassung		
1.1	Erster Abschnitt des zweiten Teils des Gesetzes	Maßnahmen in Bezug auf genehmigungsbedürftige Anlagen	
1.1.1	§§ 4, 16	Entscheidung über den Antrag auf Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb oder zur wesentlichen Änderung einer genehmigungsbedürftigen Anlage, auch als Versuchsanlage nach § 2 Abs . 3 der Verordnung über genehmigungsbedürftige Anlagen (4. BImSchV) in der Fassung vom 14. März 1997 (BGBl. I S. 504) in der jeweils geltenden Fassung,	
		1. bei Anlagen nach den Nummern 1 bis 1.5 und 1.8 sowie bei Anlagen nach den Nummern 8.1 bis 8.9 Buchst. a, 8.9 Buchst. b Spalte 1, 8.10, 8.11 mit Ausnahme von Anla-	SGD/LGB

	gen zum Brechen, Mahlen oder Klassieren von Abbruchmaterial, 8.12, 8.14 und 8.15 des Anhangs zur 4. BImSchV,	
2.	bei Anlagen, die von einem Landkreis, einer kreisfreien oder einer großen kreisangehörigen Stadt errichtet oder betrieben werden und für deren Genehmigung nach den Nummern 4 und 5 die betreffende Kreis -oder Stadtverwaltung selbst zuständig wäre,	SGD
3.	bei Anlagen nach Nummer 1.8 des Anhangs zur 4. BImSchV, soweit sie im Zusammenhang mit einer genehmigungsbedürftigen Anlage im Sinne des § 7 des Atomgesetzes betrieben werden,	das für das Atomrecht zuständige Ministerium
4.	bei allen anderen Anlagen in Landkreisen	KrV/LGB
5.	bei allen anderen Anlagen in kreisfreien und großen kreisangehörigen Städten	StV/Verwaltung großer kreisangehöriger Städte /LGB

11 Die zitierte Landesverordnung enthält mit ihrer Verweisung auf das
11 Bundesimmissionsschutzgesetz sowie die Verordnung über genehmigungsbedürftige Anlagen (4. BImSchV) mit dem Zusatz „in der jeweils geltenden Fassung" eine sogenannte dynamische Verweisung in dem Sinne, dass das in Bezug genommene Bundesrecht jeweils in der Fassung anzuwenden ist, die im Zeitpunkt der Anwendung gilt (vgl. BVerfG, Beschluss vom 1. März 1978 – 1 BvR 786/70 u.a., juris; Handbuch der Rechtsförmlichkeit, herausgegeben vom Bundesministerium der Justiz, 3. Auflage, 2008, Bundesanzeiger Nr. 160a vom 22. Oktober 2008, Rn. 243). Mit dem Inkrafttreten der 4. BImSchV in der Fassung vom 2. Mai 2013 wurde also deren Inhalt in die Landesverordnung inkorporiert.

12 Es bestehen keine rechtlichen Bedenken gegen die Wirksamkeit der hier
12 vorliegenden dynamischen Verweisung, so dass die Kammer diese zugrundelegen kann. Eine dynamische Verweisung unterliegt zwar strengen verfassungsrechtlichen Anforderungen, die hier aber eingehalten sind (vgl. hierzu BVerfG, a.a.O.). Wenn auf Normen eines anderen Normgebers gleitend verwiesen wird, kann es hierdurch zu einer versteckten Verlagerung von Rechtsetzungsbefugnissen kommen. Daher ist es nicht zulässig, auf Regelungen anderer Normgeber gleitend zu verweisen, soweit grundrechtliche Gesetzesvorbehalte oder die Wesentlichkeitstheorie eine eigenverantwortliche Entscheidung des Normgebers fordern (siehe BVerfG, a.a.O., und Handbuch der Rechtsförmlichkeit, Rn. 243 ff.). Derartige Einschränkungen für die Zulässigkeit einer gleitenden oder dynamischen Verweisung sind hier nicht erkennbar. Denn jedenfalls bei der im Eilverfahren allein möglichen summarischen Überprüfung erschließt es sich nicht, dass die Regelung von Zuständigkeiten auf dem Gebiet des Immissionsschutzrechtes in einer solchen Weise in den

Schutzbereich von Grundrechten eingreifen würde, die es erforderte, über den Gesetzesvorbehalt sicherzustellen, dass der nach der Verfassung zuständige Gesetzgeber eigenverantwortlich prüfen und entscheiden müsste, welche Zuständigkeiten auf dem Gebiet des Immissionsschutzrechtes bestehen. Von dieser Rechtslage dürfte auch der Verordnungsgeber beim Erlass der ImSchZuVO ausgegangen seien, als er ausdrücklich eine dynamische Verweisung regelte. Denn die mit einer dynamischen Verweisung verbundenen verfassungsrechtlichen Probleme sind bereits seit Jahrzehnten bekannt gewesen, wie die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zeigt.

13 Es ist daher im Ergebnis aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht geboten, die Verweisungen in der ImSchZuVO entgegen ihrem Wortlaut als statische Verweisungen auszulegen. Angesichts dessen verfängt auch nicht der Hinweis darauf, dem Bund stehe es nicht zu, Regelungen bezüglich der Zuständigkeiten der Verwaltung der Länder zu treffen. Wenn das Land Rheinland-Pfalz ausdrücklich eine auch verfassungsrechtlich zulässige Verweisung auf das jeweilige Bundesrecht enthält, so macht es sich jede bundesrechtliche Neuregelung zu eigen und es liegt eine inhaltliche Änderung des Landesrechts infolge Änderung des in Bezug genommenen Bundesrechts vor. Das Bundesverwaltungsgericht kennzeichnet den Normrang einer bundesrechtlichen Vorschrift, auf die in einer landesrechtlichen Vorschrift verwiesen wird, wie folgt (vgl. BVerwG, Beschluss vom 8. August 2008 – 9 B 31.08 –, juris Rn. 4):

„Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts sind durch Regelungen in den landesrechtlichen Kommunalabgabengesetzen in Bezug genommene Vorschriften der Abgabenordnung nicht dem Bundesrecht, sondern dem irreversiblen Landesrecht (vgl. § 137 Abs. 1 VwGO) zuzurechnen (vgl. etwa Beschlüsse vom 17. Dezember 2004 - BVerwG 9 B 47.04 - juris Rn. 6 und vom 10. August 2007 - BVerwG 9 B 19.07 -Buchholz 310 § 137 Abs. 1 VwGO Nr. 29 S. 6, jeweils m.w.N.). Denn diese Vorschriften gelten – unabhängig vom Umfang solcher Verweisungen – nicht kraft eines Gesetzesbefehls des Bundesgesetzgebers, sondern nur kraft der Bezugnahme im Landesrecht und damit aufgrund einer gesetzgeberischen Entscheidung des Landes."

14 Ausgehend von einer wirksamen dynamischen Verweisung ist nach dem eindeutigen Wortlaut von § 1 i.V.m. der Anlage zur ImSchZuVO eine Zuständigkeit der SGD gegeben. Dieser Wortlaut kann auch nicht durch den Hinweis auf Sinn und Zweck der Norm sowie einen behaupteten anderen Willen des Verordnungsgebers überspielt werden. Ein solcher Wille hat nämlich in der Verordnung nicht den geringsten Anklang gefunden und ergibt sich im Übrigen auch nicht aus der Systematik der Norm. Vielmehr wird dort hinsichtlich jeder in Bezug genommenen bundesrechtlichen Norm diese stets „in der jeweils geltenden Fassung" in Bezug genommen. Es ist somit ein durchgängiges Regelungsprinzip dergestalt erkennbar, dass der Landesverordnungsgeber bei den Zuständigkeitsregelungen sich den jeweiligen Inhalt des Bundesrechts zu eigen machen will. Wenn der Beigeladene ausführt, bei der Novelle der Zuständigkeitsverordnung sei keine Änderung der bisherigen Zuständigkeiten für die Anlagen der 4. BImSchV beabsichtigt, sondern lediglich eine Anpassung an die geänderten Nummernbezeichnungen, so ist dies für die Auslegung unerheblich. Das, was de lege ferenda geplant ist, ändert nichts an der geltenden Rechtslage. Eine Gesetzesauslegung gegen den eindeutigen Wortlaut in dem Sinne, wie ihn Antragsgegner und Beigeladener gerne verstehen würden,

bedeutete eine Auslegung nach Gutdünken, die rechtlich unzulässig ist. Das Bundesverwaltungsgericht hat diesbezüglich ausgeführt (Urteil vom 27. März 2008 – 2 C 30/06, juris):

„… Der Richter darf über den der Auslegung zugänglichen Wortlaut hinaus den Gesetzgeber nicht korrigieren… Aufgabe des Richters ist nicht, das Gesetz so zu gestalten, wie der eine oder andere es gern gestaltet sähe, weil er es so für richtig hielte; Sache des Richters ist vielmehr, das Gesetz so anzuwenden, wie es gestaltet ist (Artikel 20 Abs. 3 GG). Das verbietet es, Gedanken und Überlegungen zu verwirklichen, die – mögen sie noch so bedenkenswert sein – eben nicht Gesetz geworden sind…".

15 Im Übrigen ist zu bedenken, dass der Landesverordnungsgeber qua Bundesverordnungsgeber spätestens seit der Änderung des Anhangs 1 zur 4. BImSchV in der Fassung vom 2. Mai 2013 über die mögliche Notwendigkeit einer Anpassung der Zuständigkeitsverordnung unterrichtet war. Denn die Änderung der 4. BImSchV erfolgte mit Zustimmung des Bundesrates, so dass insofern auch eine Unterrichtung des Landes im Verfahren gegeben war (vgl. die Bundesrats-Drucks. 319/12(B) vom 14.12.2012, S. 17).

16 Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO. Danach hat der Antragsgegner als Unterlegener die Kosten des Verfahrens zu tragen. Dem Beigeladenen konnten keine Kosten auferlegt werden, da er keinen Antrag gestellt hat (§ 154 Abs. 3 VwGO). Ein Kostenerstattungsanspruch nach § 162 Abs. 3 VwGO entfällt, da es unbillig wäre, den Antragsgegner mit den außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen zu belasten; denn dieser ist der Sache nach ebenso wie der Antragsgegner unterlegen und hat sich im Übrigen durch fehlende Antragstellung auch keinem Kostenrisiko ausgesetzt.

17 Die Streitwertfestsetzung folgt aus § 52 Abs. 1, § 53 Abs. 3 Nr. 2, § 53 Abs. 2 des Gerichtskostengesetzes (GKG) und orientiert sich an den Empfehlungen in den Ziffern 1.5 und 19.1.6 des Streitwertkataloges für die Verwaltungsgerichtsbarkeit.

Zitiervorschlag:
VG Koblenz Beschl. v. 30.1.2018 – 4 L 1353/17.KO, BeckRS 2018, 3325

BeckRS 2017, 140553

VG Würzburg (8. Kammer), Urteil vom 06.11.2017 - W 8 K 16.1289

Titel:

Verbot von Taubenausstellungen - Bekämpfung der Geflügelpest

Normenketten:

TierGesG § 2, § 43
ViehVerkV § 4
BayVwVfG Art. 41

Redaktionelle Leitsätze:

1. Im Gefahrenabwehrrecht ist bei der Feststellung der Rechtmäßigkeit die ex-ante-Beurteilung maßgeblich. (Rn. 32)

2. Für die Bejahung des Begriffs des Vorliegens einer Tierseuche reicht bereits die realistische Möglichkeit der Weiterverbreitung einer übertragbaren Krankheit auch auf der Grundlage weniger Einzelfälle aus; der Ausbruch einer Epidemie im großen Umfang ist dafür nicht erforderlich. (Rn. 39)

Rechtsgebiete:

Sonstiges besonderes Verwaltungsrecht, Verwaltungsverfahren und -prozess

Schlagworte:

Verbot von Taubenausstellungen, Geflügelpest H5N8, bei der Bestimmung des Vorliegens einer Tierseuche darf aufgrund des hohen Gefahrenpotentials nicht auf einen einzelnen Landkreis abgestellt werden, wenn bereits Fälle verteilt über das ganze Gebiet der BRD festgestellt wurden, vorrangige Beurteilungskompetenz des Friedrich-Loeffler-Instituts und des Amtstierarztes, zur Bekämpfung von Tierseuchen erforderlich, kein pauschales Ausstellungsverbot ohne Einzelfallbewertung, Tierseuchenbekämpfung, Rassegeflügelzuchtverein, Allgemeinverfügung, Taubenausstellungsverbot, Wiederholungsgefahr

ECLI:

ECLI:DE:VGWUERZ:2017:1106.W8K16.1289.00

Rechtskraft:

unbekannt

Text1

Bayerisches Verwaltungsgericht Würzburg
W 8 K 16.1289
Im Namen des Volkes
In der Verwaltungsstreitsache
…
– Kläger –
bevollmächtigt: …
gegen
Freistaat Bayern,
vertreten durch:
Landratsamt H., Am H1-hof 1, 9. H2,
– Beklagter –
wegen Verbots von Taubenausstellungen,
erlässt das Bayerische Verwaltungsgericht Würzburg, 8. Kammer,
durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgericht Dr. Müller,
die Richterin am Verwaltungsgericht Will,
die Richterin Epple,
ehrenamtlicher Richter Weber,
ehrenamtliche Richterin Ries
aufgrund mündlicher Verhandlung am 6. November 2017
folgendes
Urteil:

Tenor:

I. Die Klage wird abgewiesen.

II. Der Kläger hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.

III. Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar. Der Kläger kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe des zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht der Beklagte vorher in gleicher Höhe Sicherheit leistet.

Tatbestand:

I.

1 Der Kläger begehrt mit seiner Klage die Feststellung, dass die Allgemeinverfügung des Beklagten vom 24. November 2016, in der unter anderem die Durchführung von Taubenausstellungen zum Zwecke der Tierseuchenbekämpfung verboten wurde, rechtswidrig war.

2 1. Der Kläger ist ein Rassegeflügelzuchtverein, der Mitglied im Bund Deutscher Rassegeflügelzüchter e.V. ist. Am 17. und 18. Dezember 2016 war eine Taubenausstellung durch den Kläger geplant. Mit Schreiben des Bayerischen Staatsministeriums für Umwelt und Verbraucherschutz (STMUV) vom 23. November 2016 war den nachgeordneten Behörden mitgeteilt worden, dass aufgrund der festzustellenden Dynamik des Seuchengeschehens im Hinblick auf die gebotene Risikominimierung ein Verbot von Ausstellungen, Märkten und Veranstaltungen ähnlicher Art von Geflügel und gehaltenen Vögeln anderer Art angezeigt sei. Da Tauben häufig in gemischten Beständen mit Ziergeflügel gehalten würden und als passive Überträger des Erregers dienen könnten, betreffe dies auch reine Taubenausstellungen. Die Regierungen wurden gebeten, die Kreisverwaltungsbehörden anzuweisen, unverzüglich entsprechende Verbote für ihren gesamten Zuständigkeitsbereich anzuordnen. Per E-Mail vom 24. November 2016 erteilte die Regierung von Unterfranken an das Landratsamt H. die entsprechende Weisung.

3 2. Mit Allgemeinverfügung vom 24. November 2016 verbot das Landratsamt H. Ausstellungen, Märkte sowie Veranstaltungen ähnlicher Art von Geflügel und gehaltenen Vögeln anderer Arten, beispielsweise reine Taubenausstellungen (Nr. 1). Die sofortige Vollziehung der Nr. 1 der Allgemeinverfügung wurde angeordnet (Nr. 2). Die Allgemeinverfügung galt am Tag nach der Veröffentlichung als bekannt gegeben (Nr. 3). Zur Begründung wurde ausgeführt, gemäß dem Schreiben des STMUV vom 23. November 2016 sei aufgrund der derzeitigen Dynamik des Geschehens im Hinblick auf die Risikominimierung ein Veranstaltungsverbot im Landkreis H. erforderlich. Auf Weisung der Regierung von Unterfranken vom 24. November 2016 sei diese Allgemeinverfügung zu erlassen gewesen. Rechtsgrundlage der Allgemeinverfügung sei § 38 Abs. 11 i.V.m. § 6 Abs. 1 Nr. 4 Tiergesundheitsgesetz (TierGesG) und § 4 Abs. 2 Viehverkehrsverordnung (ViehVerkV) i.V.m. § 7 Abs. 6 Geflügelpestverordnung. Im Rahmen von Ausstellungen, Märkten und vergleichbaren Veranstaltungen kämen Vögel aus unterschiedlichen Betrieben in Kontakt. Es würden häufiger im Landkreis H. Anträge auf Taubenausstellungen gestellt. Ein möglicher Kontakt mit infizierten Wildvögeln und damit ein gegebenenfalls bestehendes Infektionsrisiko seien zu verhindern. Da Tauben häufig in gemischten Beständen mit Ziergeflügel gehalten würden und als passive Überträger des Erregers dienen könnten, seien diese in das verfügte Verbot miteinzubeziehen. Das Verbot sei geboten, um im Falle eines Ausbruchs der Geflügelpest die tierische Erzeugung von hochwertigen Lebensmitteln im Landkreis nicht zu gefährden. Diese Entscheidung erfolge nach pflichtgemäßem Ermessen. Die Maßnahme sei als mildestes Mittel geeignet, die Verhinderung einer Infektion von Hausgeflügel mit hochpathogener aviärer Influenza H5N8 zu erreichen. Die Anordnung sei angemessen, da die wirtschaftlichen Nachteile der betroffenen Tierhalter im Vergleich zum gesamtwirtschaftlichen Schaden, der durch einen einzigen Geflügelpestausbruch

für die Geflügel- und Lebensmittelwirtschaft entstehen könnte, nachrangig seien. Die sofortige Vollziehung der Maßnahmen werde angeordnet, da es sich bei der Geflügelpest um eine hochansteckende und leicht übertragbare Tierseuche handle, deren Ausbruch mit hohen wirtschaftlichen Schäden und weitreichenden Handelsrestriktionen einhergehe. Die Maßnahmen zum Schutz vor der Verschleppung der Seuche müssten daher sofort und ohne eine zeitliche Verzögerung greifen. Es könne nicht abgewartet werden, bis die Rechtmäßigkeit der amtlichen Feststellung der Seuche gerichtlich festgestellt werde. Insofern überwiege das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung ein entgegenstehendes privates Interesse.

4 Die Allgemeinverfügung vom 24. November 2016 wurde am 25. November 2016 durch Aushang öffentlich bekannt gemacht. Zudem erfolgte eine Bekanntmachung im Amtsblatt vom 29. November 2016. Mit Schreiben vom 25. November 2016 setzte das Landratsamt den Schriftführer des Klägers schriftlich von dem Ausstellungsverbot in Kenntnis. Mit Allgemeinverfügung vom 16. März 2017, die am Tag nach der Bekanntmachung in Kraft trat, hob das Landratsamt H. die Allgemeinverfügung vom 24. November 2016 wieder auf.

5 3. Mit Schreiben vom 14. Dezember 2016, eingegangen bei Gericht am 16. Dezember 2016, erhoben der 1. Vorstand und der Schriftführer für den Kläger „Einspruch" gegen den Bescheid des Landratsamts H. vom 25. November 2016. Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, Tauben seien nachweislich nicht dem Geflügel zugeordnet. Weiterhin sei wissenschaftlich belegt, dass Tauben keine Überträger des H5N8 Virus seien.

6 In der mündlichen Verhandlung vom 6. November 2017 ließ der Kläger beantragen, festzustellen, dass die Allgemeinverfügung des Landratsamts H2 vom 24. November 2016 insoweit rechtswidrig war, als reine Taubenausstellungen verboten wurden.

7 Mit Schreiben vom 18. April 2017 und 19. August 2017 ließ der Kläger ausführen, nach Aufhebung der Allgemeinverfügung bestehe ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse in Form der Wiederholungsgefahr, denn auch im Jahr 2017 beabsichtige der Kläger die Veranstaltung seiner Rassegeflügelzuchtausstellung, zumindest als reine Taubenausstellung. Da in den letzten Jahren immer wieder Fälle der aviären Influenza bei Vögeln aufgetreten seien, müsse damit gerechnet werden, dass wieder eine entsprechende Allgemeinverfügung ergehe. Voraussichtlich würden nach entsprechenden Gesprächen zwischen dem Bund Deutscher Rassegeflügelzüchter e.V. auf Bundesebene im Beisein des ...-Instituts (FLI) Verbote von Taubenausstellungen nicht mehr ausgesprochen werden, dies sorge aber noch nicht für die notwendige Rechtsklarheit. Da der Kläger weiterhin Taubenausstellungen im Zuständigkeitsbereich des Landratsamts H. durchführen wolle, läge die Beteiligung derselben betroffenen Personen und Stellen vor. Die Geflügelpestverordnung und die Viehverkehrsverordnung würden nicht zwischen verschiedenen Subtypen der Geflügelpest unterscheiden. Also würden bei einem Geflügelpestgeschehen dieselben Voraussetzungen der identischen Vorschriften geprüft werden. Außerdem habe das Landratsamt seine Entscheidung für das Taubenausstellungsverbot gerade nicht vom Einzelfall abhängig gemacht, sondern ausschließlich auf das Schreiben des STMUV und die Weisung der Regierung Unterfrankens gestützt. Genau eine solche Vorgabe könne es unabhängig vom Subtypus des Geflügelpestvirus wieder

geben. Die Ausführung, wonach nicht absolut auszuschließen sei, dass auch Tauben erkranken könnten, sei bislang wissenschaftlich nicht belegt. Dies gehe weit über eine zulässige Einschätzung einer Gefahrenprognose hinaus und könne dem Kläger bei der Annahme der Wiederholungsgefahr nicht entgegengehalten werden.

8 Die Taubenzucht erfolge zur persönlichen Erbauung als Freizeitbeschäftigung, aber auch im Gesellschaftsinteresse zum Zwecke der Erhaltung der biologischen Vielfalt im Bereich des Geflügels und der Tauben. Die alljährlichen Taubenausstellungen würden den Höhepunkt der züchterischen und vereinsmäßigen Arbeit bilden. Die Ausstellung sei Treffpunkt der Züchter, um das gesellschaftliche Leben zwischen den Vereinsmitgliedern zu pflegen. Weiterhin diene diese Ausstellung der Finanzierung des Vereins durch die erhobenen Standgelder für die Tiere und die Einnahmen aus der Verköstigung der Gäste.

9 § 38 Abs. 11 i.V.m. § 6 Abs. 1 Nr. 4 des TierGesG sehe nicht ausdrücklich ein Verbot solcher Veranstaltungen vor. Es gehe lediglich um die ordnungsgemäße Durchführung solcher Veranstaltungen. Eine Durchführung setze grundsätzlich das Stattfinden der Veranstaltung voraus. Ein Verbot sei allein aus diesen Bestimmungen nicht rechtmäßig. Im Gegensatz zu § 38 Abs. 11 TierGesG sei in § 4 Abs. 2 ViehVerkV ein Verbot zum Zwecke der Vorbeugung von Tierseuchen nicht vorgesehen. Ein Verbot müsse aus Gründen der Tierseuchenbekämpfung erfolgen und erforderlich sein. Am 18. November 2016 seien in lediglich fünf Fällen bundesweit Erreger bei Hausgeflügelbeständen festgestellt worden. Dem Bundesland Bayern würden von den Beklagten keine Fälle beim Hausgeflügel zugeordnet. Lediglich 32 Fälle würden bei Wildvögeln behauptet. Der Beklagte würde nicht erwähnen, ob es sich bei diesen Fällen mit Stand vom 18. November 2016 um hochpathogene oder niedrigpathogene Erreger handeln würde. Nach den Ausführungen des Beklagten habe sich die Lage nach dem 18. November 2016 zugespitzt, insoweit also 363 Fälle von H5N8 bei Wildvögeln und 11 Fälle bei Hausgeflügel in der BRD dokumentiert seien. In Bayern habe es jedoch keinen Fall beim Hausgeflügel gegeben. Die Fälle bei Wildvögeln in Bayern habe es in Lindau am Bodensee, in Rosenheim, in Starnberg und in Traunstein gegeben. Der Landkreis H. und auch ein benachbarter Landkreis seien zu jener Zeit nicht betroffen gewesen. Dies ergebe sich aus der Risikobewertung des Friedrich Löffler Institut Bundesforschungsinstitut für Tiergesundheit (FLI) mit Stand vom 8. November 2016.

10 Die Geflügelpestverordnung sehe eine lokal begrenzte Bewertung und keine pauschale Vorgehensweise für einen Landkreis wegen der zu ergreifenden Schutzmaßnahmen und erst recht nicht für Verbote vor, daher sei dies keine „Bekämpfung" i.S.d. § 4 ViehVerkV. Bereits aus der Gesetzessystematik ergebe sich dies aufgrund der Unterscheidung von in Gefangenschaft gehaltenen Vögel und Wildvögel. Die Verordnung unterscheide weiterhin zwischen einem Verdacht der Geflügelpest und einer amtlichen Feststellung der Geflügelpest. Erst bei einer amtlichen Feststellung griffen das Verbringungsverbot der Tiere und eine Aufstallungspflicht. Die Einrichtung des Sperrbezirks mit einem Radius von drei Kilometern zeige auf, dass Entscheidungen lokal begrenzt erfolgten. Nur hier erfolge eine Aufstallungspflicht. Halte die Behörde es für notwendig, könne sie einen Beobachtungsbezirk um weitere sieben Kilometer einrichten. Dann bestehe grundsätzlich auch ein Verbringungsverbot von Vögel, Geflügelfleisch und Eier, wofür es auch einer konkreten Behördenentscheidung bedürfe. Auch bei Auftreten

der hochpathogenen Variante der aviären Influenza käme es nicht zu Maßnahmen, die pauschal das gesamte Bundesland noch einen gesamtem Landkreis beträfen. Ein pauschales Ausstellungsverbot ohne Einzelfallbewertung für Rassetauben sei rechtswidrig. Die Voraussetzungen für ein Verbot im Einzelfall auf Grundlage der Einrichtung eines Sperrbezirks hätten nicht vorgelegen. Mangels zeitgleichen Flugverbots für Tauben im Landkreis hätten die Tauben sich also ohne weiteres in fremden Geflügelbeständen mit Freilauf niederlassen können. Für den Landkreis H. sei zum Erlasszeitpunkt der Allgemeinverfügung kein Fall des hochpathogenen H5N8 Erregers beim Hausgeflügel bestätigt worden. Es sei weder ein Sperrbezirk noch ein Beobachtungsgebiet bestimmt worden.

11 Es gebe keinen nachgewiesenen Fall bei Rassetauben. Nach Angaben des FLI seien Tauben von Infektionen mit H5N8 nicht betroffen. Das FLI habe lediglich eine „risikobasierte Einschränkung der Freilandhaltung" bei maßgeblich hoher Wildvogeldichte, hoher Geflügeldichte oder Wildvogelsammelstellen empfohlen. All diese Voraussetzungen hätten nicht vorgelegen. Das FLI habe keine konkreten Verbote von Taubenausstellungen, sondern „Zugangsbeschränkungen zu Vogelhäusern/ Vogelschauen" empfohlen. Als Zugangsbeschränkung sei auch das Auslegen von Desinfektionsmatten denkbar gewesen. Die Weisung des STMUV, Taubenausstellungen zu verbieten, sei ohne Differenzierung nach Risikobezirken erfolgt. Ebenso sei nicht danach differenziert worden, ob neben den Tauben noch anderes Geflügel ausgestellt würde. Bei der Begründung stütze sich das Landratsamt H. ohne eine eigene Prüfung ausschließlich auf das Schreiben des STMUV und der Weisung der Regierung von Unterfranken. Vielmehr hätte eine landkreisbezogene Risikobewertung durch das Landratsamt H. vorgenommen werden müssen. Auch wenn es H5N8-Fälle bei Wildvögeln gegeben habe, sei kein pauschales Verbot für ein ganzes Bundesland zulässig. Bei den aufgetretenen Fällen von H5N8 hätte beim Hausgeflügel beachtet werden müssen, dass nur Wildvögel - vorrangig Wassergeflügel im Bereich der Flüsse und Seen des Freistaats Bayern - und nicht Tauben betroffen gewesen seien. Auch bei gemischten Beständen im Bereich der Hobbytierhaltung spreche die Faktenlage gegen eine Übertragung des Erregers in die häuslichen Bestände sonstigen Geflügels. So habe auch in Erfurt die Deutsche Rassentaubenausstellung Ende November 2016 stattgefunden, bei der Tauben aus einem Sperrbezirk oder Beobachtungsbezirk nicht zugelassen gewesen seien, und diese Tauben auch häufig in gemischten Geflügelbeständen lebten. Danach habe es auch keinen Fall der Übertragung gegeben. Eine Risikoerhöhung durch Taubenausstellungen sei im Jahr 2016 und den vergangenen 10 Jahren durch keinen einzigen Fall bestätigt. Eine Rechtfertigung durch eine Tierseuchenbekämpfung habe es zum Zeitpunkt der Allgemeinverfügung im Landkreis H. nicht gegeben. § 4 Abs. 2 ViehVerkV sehe Ausstellungsverbote zur Vorbeugung von Tierseuchen nicht vor.

12 Als milderes Mittel hätten Desinfektionsmatten, Desinfektion und Reinigung von Transportkisten genügt. Die Ermessenserwägungen im Schriftsatz vom 12. Januar 2017 würden als solche zum ersten Mal vorgenommen. Die Häufigkeit der Anträge für Taubenausstellungen stellten keine Erwägungen dar. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeit würde mangels Übertragungsrisiko bei Tauben das Veranstaltungsinteresse des Klägers vorgehen. Soweit Taubenausstellungen für ganz Bayern verboten würden, würde häufig aus Frust die Taubenzucht aufgegeben werden und dies den dünnen Mitgliederbestand erheblich gefährden.

13 Die Einschätzung, dass der Begriff der Bekämpfung auch Schutzmaßnahmen vor allgemeinen Gefahren erfasse, sei nach Einschätzung gemäß § 79 TierSG nicht haltbar. Dies sei gerade die Ermächtigungsgrundlage zum Erlass u.a. der ViehVerkV. Inwieweit § 1 TierSG allgemein oder konkret zu verstehen sei, trete hinter der spezielleren Vorschrift des § 79 TierSG zurück. Diese Vorschrift unterscheide danach, ob es um eine allgemeine Gefährdung von Tierbeständen gehe oder um die besondere Gefahr. Zum Schutz vor der allgemeinen Gefährdung können nach Maßgabe der §§ 16 bis 17a TierSG Regelungen auf dem Verordnungswege getroffen werden. In diesen Bestimmungen fände sich keine Möglichkeit die Ausstellung zu verbieten. Dies sehe erst § 28 TierSG vor, welche aber nur dann in einer Verordnung umgesetzt werden könne, wenn eine besondere Gefahr im Sinne des § 79 Abs. 1 Nr. 2 TierSG vorläge. Folgerichtig sei der Begriff der Tierseuchenbekämpfung des § 4 Abs. 2 ViehVerkV so zu verstehen und auszulegen. § 1 Abs. 1 TierSG bilde hier nicht den zulässigen Maßstab. Selbst wenn man der Auffassung sein sollte, dass ein Geflügelpestgeschehen in einem Bundesland oder gar in der gesamten BRD eine besondere Gefahr darstelle, bleibe es bei der restriktiven Auslegung des § 4 Abs. 2 ViehVerkV. Dies folge bereits daraus, dass der Verordnungsgeber eine Erforderlichkeit für ein Verbot eine Veranstaltung verlange, aber aus den tatsächlichen Gegebenheiten des Geflügelpestgeschehens seit dem Jahr 2006, also eines solchen Geschehens, welche sich Jahr für Jahr mit mehr oder weniger erheblichen Auswirkungen wiederhole. Die allgemeine Gefährdung des § 79 Abs. 1 Nr. 1 TierSG und die insoweit zulässigen Maßnahmen würden unterlaufen, wenn der Begriff der besonderen Gefahr bereits dann als erfüllt angesehen werde, wenn ein Geflügelpestgeschehen in einem Bundesland bereits als allgemeine Gefährdung eingestuft werden würde. Die Regelung des § 79 Abs. 1 Nr. 2 TierSG diene gerade auch dem Schutz der Grundrechte der betroffenen Person, als auch dem Grundrecht Tierschauen durchzuführen.

14 Würde ein Seuchengeschehen in einem Bundesland schon so verstanden werden, müsste der Gesetzgeber diese Differenzierung angesichts des generellen Risikos der Geflügelpest in den letzten Jahren nicht vornehmen. Zwischen der Wissenschaft und den Beteiligten sei es unstreitig, dass von Tauben kein Risiko im Rahmen der Geflügelpest ausgehe. Auch dies spreche eindeutig gegen die Annahme des Begriffs der Tierseuchenbekämpfung im Sinne des § 4 Abs. 2 ViehVerkV. Eine Erkrankung sei biologisch nicht möglich. Auch der Begriff der Gefährdung setze bereits eine hinreichende Wahrscheinlichkeit des Geflügelpestgeschehens voraus. Tauben seien keine Träger des Geflügelpestvirus.

15 Mit Schreiben vom 10. September 2017 ließ der Kläger ausführen, nach den Ausführungen des Beklagten bedeute für ihn das Vorliegen eines solchen Geschehens in einem Bundesland stets, dass die Taubenausstellungen immer verboten werden könnten ohne Prüfung, ob ein Verbot der konkreten Tierschau erforderlich sei. Dieses Verständnis gehe an den hohen Voraussetzungen zum Verbot einer Tierschau vorbei. Es sei gerade typisch für eine Geflügeltaubenausstellung, dass Tiere auch aus gemischten Beständen zusammenkämen, demnach wäre jedes Verbot erforderlich.

16 Der Gesetzgeber verlange die gesonderte Prüfung der Erforderlichkeit. Dies sei vom Beklagten zu keinem Zeitpunkt durchgeführt worden. Das Verbot als strengste Form des Einschreitens solle nur ausnahmsweise erfolgen wie sich aus dem

Prüfungspunkt der Erforderlichkeit ergebe. Ein landesweites Verbot führe dazu, dass die Zuchtbemühungen für ein ganzes Jahr sinnlos würden. Rassegeflügelzuchtvereine fänden gerade darin ihre Existenz, dass die Mitglieder die Tiere des entsprechenden Zuchtjahres präsentieren und bewerten ließen. Zweijährige Tiere hätten so gut wie keine Bedeutung auf den Ausstellungen. Gehe ein gesamtes Jahr verloren, wirke sich dies sofort erheblich negativ auf die Zucht aus. Die wichtigste Veranstaltung eines Geflügelzuchtvereins im Jahr müsse ausfallen. Ein einzelfallunabhängiges landesweites Ausstellungsverbot bedeute ein Kahlschlag für das gesamte Vereinsleben. Viele gäben ihre Zucht auf, weil die Motivation abhandenkomme. Zeit und Geld wären in dem jeweiligen Jahr fehlinvestiert. Der Aufwand für die Tierhaltung stehe dann in keinem Verhältnis mehr zum gesellschaftlichen Nutzen für die Vereinsgemeinschaft. Mit diesen Konsequenzen habe sich der Beklagte nicht befasst.

17 4. Das Landratsamt H. beantragte für den Beklagten mit Schriftsatz vom 12. Januar 2017, eingegangen bei Gericht am 19. Januar 2017,
die Klage abzuweisen.

18 Zur Begründung wurde ausgeführt, zur Vorbeugung von Tierseuchen sei auch ein Verbot von Taubenausstellungen nach § 4 Abs. 2 ViehVerkV möglich. Bei den in der Allgemeinverfügung angeführten Taubenausstellungen handle es sich um Viehausstellungen bzw. Veranstaltungen i.S.d. § 4 Abs. 1, Abs. 2 ViehVerkV. Tauben fielen gemäß der Legaldefinition des § 2 Nr. 4 f) TierGesG unter den Begriff des Viehs. Das Verbot auch von Taubenausstellungen im Landkreis H. sei aufgrund der Seuchendynamik im Hinblick auf die Risikominimierung erforderlich gewesen. Das FLI habe in seinem Bericht „Risikoeinschätzung zum Auftreten von H5N8 in Deutschland" zum Stand 9. November 2016 bestätigt, dass in Proben von verendeten Reiherenten am Plöner See (Schleswig Holstein) der Nachweis von hochpathogener aviärer Influenza des Subtyps H5N8 geführt worden sei. Fast zeitgleich sei es zu einem auffälligen Wasservogelsterben am Bodensee (Schweiz, Österreich und Deutschland) gekommen, welches weiterhin anhalte. Der Folgebericht des FLI, Stand 18. November 2016, bestätige 221 Fälle bei Wildvögeln und 5 Fälle bei Hausgeflügel in 8 Bundesländern, davon 32 Fälle bei Wildvögeln in Bayern. Des Weiteren hieße es unter Abschnitt „Einschätzung der Situation", dass das Auftreten von H5N8 in 8 europäischen Staaten und die schnelle Verbreitung darauf hinweise, dass die räumliche Ausbreitung der Infektion derzeit mit großer Dynamik erfolge. Der Folgebericht vom 25. November 2016 bestätige 373 Fälle von H5N8 bei Wildvögeln und 11 Fälle bei Hausgeflügel in Deutschland. Im Gesamtergebnis seien dies 384 bestätigte Fälle. Davon seien 13 Bundesländer betroffen, unter anderem auch Bayern. Im Zeitraum vom 1. Oktober 2016 bis 24. November 2016 habe das FLI in Bayern 52 Fälle von H5N8 bei Wildvögeln bestätigt. In der Risikoeinschätzung des FLI Stand 25. November 2016 sei im Abschnitt „Empfehlungen" u.a. ausgeführt, „Geflügelausstellungen sollten unterbleiben; dies gilt auch für Taubenausstellungen (wenngleich Tauben bisher von Infektionen mit H5N8 nicht betroffen waren)". Da Tauben häufig in gemischten Beständen mit Ziergeflügel oder auch Nutzgeflügel gehalten würden und als passive Übertragung des Erregers dienen könnten, seien diese in das verfügte Verbot mit einzubeziehen gewesen. Sinn und Zweck des Verbots sei es, der Verbreitung der momentan in der BRD und auch in Bayern grassierenden Geflügelpest möglichst schnell Einhalt zu gebieten und diese zu bekämpfen. Das

verfügte Verbot stelle eine geeignete Maßnahme dar, den Zweck der Verhinderung einer Infektion von Hausgeflügel mit der hochpathogenen aviären Influenza H5N8 zu erreichen. Die Taube erkranke zwar in der Regel nicht an der aviären Influenza, jedoch könne eine Verschleppung des Virus durch die Taube nicht ausreichend sicher ausgeschlossen werden. Insbesondere dann, wenn weiteres Geflügel gemeinsam mit Tauben gehalten werde, Tauben frei fliegen dürften oder in offenen Volieren gehalten würden und mögliche Kontakte so überhaupt nicht bekannt seien. Folglich bestehe ein signifikantes Ansteckungsrisiko für gehaltene Vögel (Geflügel oder in Gefangenschaft gehaltene Vögel anderer Arten) durch Tauben. Tauben könnten das Virus der Geflügelpest als Vektoren an im gleichen Bestand gehaltene Vögel und insbesondere auf Ausstellungen an Geflügel aus anderen Beständen weitergeben.

19 Bei dem angeordneten Verbot handle es sich um die erforderliche und mildeste Maßnahme, da eine Beschränkung der Ausstellung durch bestimmte Auflagen nicht geeignet sei. Insbesondere sei es nicht zielführend, Taubenausstellungen unter der Auflage zuzulassen, dass nur Taubenzüchter/-halter mit ihren Tieren teilnehmen dürften, die den Nachweis führten, dass ihre Tauben weder mit anderen Hausgeflügel noch mit Wildvögeln in Kontakt kämen. Ebenso sei das Einfordern eines tierärztlichen Nachweises, dass ausgestellte Tauben keine Virusträger seien, als Auflage nicht geeignet, die Bekämpfung der Tierseuche in vergleichbar effizienter Weise zu leisten wie das verfügte Ausstellungsverbot. Beide Auflagen würden intensive und umfängliche Kontrollen vor Ort notwendig machen, die in der Praxis nicht zu leisten seien; faktisch müssten solche Auflagen mangels entsprechender Kontrollen ins Leere laufen und würden eine wirksame Bekämpfung gerade nicht ermöglichen.

20 Der Umstand, dass bisher im räumlichen Geltungsbereich der Verfügung noch kein Seuchenausbruch festgestellt worden sei, stehe dem Verbot nicht entgegen. Die oben genannten Befugnisnormen regelten nicht nur die Bekämpfung konkreter Seuchenfälle, sondern die Bekämpfung der Seuche an sich. Es genüge daher die Gefahr der Einschleppung der Seuche von außen. Eine dahingehende Gefahr würde, vorliegend durch das Risiko der Übertragung der Viren durch Tauben, genügen, um die verfügte Maßnahme anzuordnen. Sinn und Zweck des TierGesG und der erlassenen Verordnungen sei es die Weiterverbreitung einer Tierseuche zu verhindern bzw. diese zu bekämpfen. Zielführend könnten daher nur Maßnahmen sein, die bereits vorbeugend einer Weiterverbreitung entgegenwirkten und mögliche Gefahrenquellen, wie eben auch Taubenausstellungen, ausschließen würden. Auch unter Berücksichtigung der Belange und Interessen des Klägers sei das Ermessen beim Erlass der Allgemeinverfügung pflichtgemäß und fehlerfrei ausgeübt worden. Vorliegend müssten die allgemeine Handlungsfreiheit des Klägers und ein wirtschaftliches Interesse an Einnahmen aus den Tauben Ausstellungen/ Veranstaltungen gegenüber dem Gesundheitswohl der Allgemeinheit, dem Tierwohl des ansteckungsgefährdeten Geflügels und den finanziellen und beruflichen Interessen anderer Geflügelhalter und Züchter zurückstehen. Wirtschaftliche Nachteile, die der Kläger durch das Verbot der Ausstellung hinnehmen müsste, sowie die damit einhergehende Einschränkung seiner allgemeinen Handlungsfreiheit seien im Vergleich zum gesamtwirtschaftlichen Schaden, der durch einen einzigen Geflügelpestausbruch für die Geflügel und Lebensmittelindustrie und für andere Geflügelhalter entstehen könnten,

nachrangig. Dies, das zu berücksichtigende Tierwohl des ansteckungsgefährdeten Geflügels und das ebenfalls zu berücksichtigende Gesundheitswohl der Allgemeinheit (Risiko einer Mutation und Übertragbarkeit des Krankheitserregers auf den Menschen) würden dazu führen, dass im Ergebnis das öffentliche Interesse am angegriffenen Verbot das private Interesse des Klägers überwiege. Nach Einschätzung des FLI würde das Geflügelpestgeschehen weiterhin einer dramatischen Dynamik unterliegen, bislang sei keine Entspannung der Lage eingetreten und die dringende Empfehlung werde gegeben, aktuelle Maßnahmen (Anordnungsstallpflicht, Verbot von Märkten, Ausstellungen und Veranstaltungen ähnliche Art) in vollem Umfang aufrechtzuerhalten. Zudem sei am 10. Januar 2017 räumlich recht nahe am Markt Burgbernheim, Landkreis Neustadt Aisch, H5N8 im Bestand eines Hobbygeflügelzüchters nachgewiesen worden, dessen Bestand (9 Hühner, 4 Enten, 3 Gänse) dann gekeult habe werden müssen.

2 1 Mit Schreiben vom 9. Mai 2015 führte das Landratsamt H. aus, da die ViehVerkV auf dem TierSG beruhe, welches zwischen allgemeiner Gefahr von Tierseuchen und besonderer Gefahr von Tierseuchen unterscheide, könne auch beim Bestehen einer allgemeinen Gefahr und dagegen gerichteter Schutzmaßnahmen von einem „Bekämpfen" i.S.d. § 4 Abs. 2 ViehVerkV gesprochen werden. Das Vorliegen eines konkreten Seuchengeschehens im Landkreis (Seuchenfall oder Verdachtsfall) sei nicht Voraussetzung. § 1 TierGesG regele auch die Vorbeugung von Tierseuchen. In § 2 Abs. 1 Nr. 4 f) TierGesG seien auch Tauben als Vieh aufgeführt. Nach § 7 Abs. 6 Geflügelpestverordnung würde § 4 der ViehVerkV unberührt bleiben. Die zuständige Behörde könne demnach zur Vorbeugung von Tierseuchen und zu deren Bekämpfung erforderliche Verfügungen über die Durchführung von Veranstaltungen, anlässlich derer Tiere zusammenkämen, erlassen. Auch ein Verbot derartiger Veranstaltungen könne gemäß § 4 Abs. 2 ViehVerkV erlassen werden. Zur Risikoeinschätzung von Tauben als Vektoren sei auszuführen, dass seit Feststellung der ersten Fälle ab dem 7. November 2016 in Schleswig Holstein und am Bodensee das Geflügelpestgeschehen sehr dynamisch verlaufen sei. So sei in der Risikoeinschätzung vom 9. November 2016 durch das FLI bereits von über 100 toten Wasservögeln rund um den Plöner See sowie einem fast zeitgleichen auffälligen Wasservogelsterben am Bodensee berichtet worden. Im Folgebericht vom 18. November 2016 habe das FLI über 200 Fälle H5N8 bei Wildvögeln und 5 Fälle bei Hausgeflügel in 9 Bundesländern bestätigt und dass die räumliche Ausbreitung der Infektion derzeit mit großer Dynamik erfolgen würde. In seiner Risikoeinschätzung vom 25. November 2016 habe das FLI empfohlen, dass Geflügelausstellungen unterbleiben sollten und dass dies auch für Taubenausstellungen gelte, wenngleich Tauben bisher von Infektionen mit H5N8 nicht betroffen seien. Das FLI habe bereits in seiner Risikoeinschätzung vom 9. November 2016 auf das hohe Eintragsrisiko des Erregers in Nutztierbestände durch direkte und indirekte Kontakte hingewiesen. Außerdem sei mitgeteilt worden, dass es Anhaltspunkte für eine Veränderung des Virus gebe. Auch wenn bis heute kein Fall einer Infektion einer Taube vom FLI festgestellt worden sei, habe man bei der Entscheidung zum Erlass der Allgemeinverfügung berücksichtigen müssen, dass bei Influenzaviren wie dem Geflügelpestvirus es nicht selten zur genetischen Reassortierung (auch Antigen-Shift) käme. Häufig käme es zu Punktmutationen der einzelsträngigen RNA (sogenannte Antigen-Drift). Aufgrund dieser Mechanismen verändere sich das Virus immer wieder. In der Humanmedizin müsse daher Jahr für

Jahr ein neuer Influenzaimpfstoff hergestellt und zugelassen werden. Man habe nicht ausschließen können, dass das Geflügelpestvirus über Taubenausstellungen in andere Bestände weitergetragen werde, da Tauben häufig in gemischten Beständen zusammen mit Geflügel gehalten würden. Weiter müsse berücksichtigt werden, dass insbesondere auf Tierbörsen des Klägers die Tierhalter nicht nur aus den Nachbarlandkreisen, sondern teils überregional auch aus anderen Bundesländern kämen.

22 Da kein Ausbruch von Geflügelpest festgestellt worden sei, bestätige dies, dass die angeordneten Maßnahmen im Landkreis H. ihren Zweck erfüllt hätten. Laut Risikoeinschätzung des FLI vom 31. März 2017 seien vom Auftreten von H5N8 insgesamt 29 europäische Staaten betroffen. In der BRD sei es bis zum 31. März 2017 in 90 Geflügelhaltungen und 15 Zoos zu Ausbrüchen gekommen. Außerdem sei das Virus bei über 1000 Wildvögeln nachgewiesen worden, wobei mindestens 53 verschiedene Vogelarten betroffen gewesen seien. Im Gegensatz dazu sei H5N8 im Geschehen 2014/2015 nur vereinzelt bei gesund erscheinenden Wildvögeln nachgewiesen worden. Laut FLI würde die erhöhte Virulenz bei Wasservögeln mit der veränderten Zusammensetzung der Genomsegmente des aktuellen H5N8 korrelieren. Aufgrund des ständigen Wandels des Geflügelpestvirus sei nicht ausgeschlossen, dass bei künftigem Geflügelpestgeschehen auch Tauben infiziert, erkranken und nicht nur als Vektoren dienen würden. Es erscheine deshalb zweifelhaft, ob ein Feststellungsinteresse vorliegend aus einer Wiederholungsgefahr abgeleitet werden könne.

23 Mit Schreiben vom 28. August 2017 führte das Landratsamt aus, die ViehVerkV sei unter dem 6. Juli 2007 neu erlassen worden. Die Vorgängerverordnung habe in § 6 Abs. 2 die Befugnis des Verbotes von Ausstellungen, wenn dies aus Gründen der Seuchenbekämpfung erforderlich sei, enthalten. Die Vorgängerverordnung sei auf der Grundlage des § 79 Abs. 1 i.V.m. § 28 TierSG erlassen worden, wobei § 79 Abs. 1 zwischen der „ständigen" Gefährdung und „besonderer" Gefahr differenziert habe. Das Verbot von Viehausstellungen sei in § 28 TierSG geregelt gewesen, auf den § 79 Abs. 1 Nr. 2 TierSG Bezug genommen habe. Ausgehend hiervon, dass sich an dieser Systematik nichts grundlegendes geändert habe bzw. die Voraussetzung für die Regelung von Viehausstellungen durch Verordnung beim Erlass der ViehVerkV am 6. Juli 2007 - unbeschadet der Nichterwähnung der § 79 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 28 TierSG als Grundlage in der Verordnung - gleich geblieben sei, mithin eine besondere Gefahr im Sinne des vormaligen § 28 TierSG bei Anwendung der Verbotsbefugnis des aktuellen § 4 ViehVerkV zu fordern sei, habe eine solche jedenfalls vorgelegen. Der Begriff der besonderen Seuchengefahr sei in Abgrenzung zur allgemeinen Seuchengefahr zu verstehen, d.h. erforderlich sei eine konkrete Gefahr einer bestimmten Seuche. Nicht ausreichend sei die allgemein bestehende Gefahr eines solchen Ausbruchs. Dagegen solle der Begriff der besonderen Gefahr nicht voraussetzen, dass eine erhöhte Seuchengefahr bestehe. Zum Zeitpunkt des Erlasses der Allgemeinverfügung habe man auch von einer erhöhten Seuchengefahr ausgehen dürfen. Nach der amtlichen Begründung des TierSG genüge für die Bejahung einer besonderen Seuchengefahr bereits die Bedrohung durch eine Seucheneinschleppungsgefahr. Nicht erforderlich sei die Feststellung eines solchen Falls oder solchen Verdachts in dem Bezirk für den die Schutzmaßregeln angeordnet werden solle. Angesichts der aufgezeigten epidemiologischen Situation habe im Zeitpunkt des Erlasses der

Allgemeinverfügung von einer besonderen Seuchengefahr ausgegangen werden können.

24 Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Gerichts- und Behördenakten Bezug genommen sowie auf die Niederschrift der mündlichen Verhandlung vom 6. November 2017.

Entscheidungsgründe:

25 Die zulässige Klage ist unbegründet, da das Taubenausstellungsverbot in der Allgemeinverfügung des Landratsamts H. vom 24. November 2016 rechtmäßig war und daher den Kläger nicht in seinen Rechten verletzte, § 113 Abs. 1 Satz 1, Satz 4 VwGO.

26 Die Klage ist zulässig, insbesondere ist das für die Fortsetzungsfeststellungsklage erforderliche berechtigte Feststellungsinteresse in Form der Wiederholungsgefahr gegeben.

27 Statthafte Klageart ist die Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO. Nach Erhebung der Klage hat sich die Allgemeinverfügung des Beklagten vollständig erledigt, weil die Allgemeinverfügung am 16. März 2017 aufgehoben wurde und von ihr auch keine weiteren Rechtswirkungen für ein Vollstreckungsverfahren oder ein Kostenverfahren ausgehen.

28 Das für die Fortsetzungsfeststellungsklage von § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO geforderte berechtigte Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes liegt bei dem Taubenausstellungsverbot in Form der konkreten Wiederholungsgefahr vor. Ein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes ist anzunehmen, wenn der Kläger trotz Erledigung des angegriffenen Verwaltungsakts noch ein nachvollziehbares Interesse an der Frage hat, ob der Verwaltungsakt ursprünglich rechtswidrig war. Das begehrte Feststellungsurteil muss geeignet sein, die Position des Klägers zu verbessern (Kopp, VwGO, 23. Aufl. 2017, § 113 Rn. 130). Das erforderliche berechtigte Feststellungsinteresse kann aus einem Rehabilitationsinteresse oder tiefgreifenden Grundrechtseingriff sowie aus einer konkreten Wiederholungsgefahr resultieren. Für die Annahme einer Wiederholungsgefahr muss angesichts des vorbeugenden Charakters eines solchen Feststellungsinteresses eine hinreichend konkrete Gefahr dafür vorliegen, dass ein gleichartiger Verwaltungsakt bzw. eine sonstige gleichartige Maßnahme unter im Wesentlichen nicht veränderten tatsächlichen und rechtlichen Umständen ergehen wird. Es kommt darauf an, ob die Klärung der tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen von zukünftigem Verwaltungshandeln unter Anwendung der dafür maßgeblichen Rechtsvorschriften zu erwarten ist. Für den Einzelfall bedarf es nicht des Nachweises, dass einem zukünftigen behördlichen Vorgehen in allen Einzelheiten die gleichen Umstände zu Grunde liegen werden, wie vor Erledigung des Verwaltungsakts, denn entscheidend ist die Klärung der rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen zukünftigen Verwaltungshandelns unter Anwendung der dafür maßgeblichen Rechtsvorschriften (Decker in BeckOK, VwGO, Stand 1.10.2017, § 113 Rn. 87.2). Notwendig ist daher eine vergleichbare, nicht jedoch eine identische Situation (VGH München, B.v. 14.7.2008 – 4 ZB 07.2735 - BayVBl. 2009, 215).

29 Nach diesem Maßstab ist im vorliegenden Fall eine Wiederholungsgefahr gegeben, denn anhand der momentanen Entwicklungen kann eine vergleichbare Seuchensituation, die wiederum ihr entgegenwirkende Maßnahmen wie das Taubenausstellungsverbot erfordern, auch in den folgenden Jahren wieder

auftreten. Dies ergibt sich auch bereits daraus, dass in den vergangenen Jahren immer wieder die Geflügelpest auftrat und auch für 2017 wieder zu erwarten war (vgl. FLI, Radar Bulletin, Stand: Oktober 2017). Entgegen den Ausführungen des Beklagten kommt es nicht darauf an, ob der in den Folgejahren tatsächlich auftretende Subtypus des Geflügelpestvirus mit dem Subtypus des Jahres 2016 identisch ist. Denn für die Annahme einer sich wiederholenden Seuchensituation reicht eine zu erwartende vergleichbare Situation aus. Würde die Annahme der Wiederholungsgefahr den gleichen Subtypus erfordern, liefe dies letztlich auf das Erfordernis einer identischen Situation hinaus, die faktisch nicht möglich ist. Insbesondere wird das Landratsamt wohl auch in Zukunft bei einer erneut auftretenden Geflügelpest ein Taubenausstellungsverbot erlassen, da es dies unter anderem aufgrund des relevanten Risikos der Vektoreneigenschaft der Tauben erließ und die Vektoreneigenschaft auch nicht anhand des jeweiligen Subtypus der Geflügelpest differenzierte.

30 Da im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung bislang nur Gespräche und Überlegungen stattfanden und noch nicht eindeutig absehbar war, ob in Zukunft tatsächlich im Rahmen einer beabsichtigten Änderungsverordnung, ein Verbot von reinen Taubenausstellungen nicht mehr möglich sein wird, lag im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung eine Wiederholungsgefahr vor.

31 Die zulässige Klage ist jedoch nicht begründet. Die Allgemeinverfügung vom 24. November 2016 war rechtmäßig (§ 113 Abs. 1 Satz 1, Satz 4 VwGO), insbesondere war das Verbot der Taubenausstellung im Zeitpunkt seines Erlasses bis zu dessen Aufhebung nach einer ex-ante-Betrachtung für die Bekämpfung von Tierseuchen erforderlich.

32 Maßgeblicher Zeitpunkt der Beurteilung der Sach- und Rechtslage ist zunächst der Erlass der Allgemeinverfügung am 24. November 2016, weil das Taubenausstellungsverbot als seuchenrechtliche Maßnahme in das Recht der Gefahrenabwehr zu verorten ist und dort die ex-ante-Beurteilung bei der Feststellung der Rechtmäßigkeit maßgeblich bleibt (vgl. u.a. BVerfG B. v. 20.4.2017 – 2 BvR 1754/14 – juris Orientierungssatz 2b). Zusätzlich sind aber vorliegend bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit die Sach- und Rechtslage nach Erlass des Taubenausstellungsverbots bis zu dessen Aufhebung zu berücksichtigen, da das Verbot bis zu seiner Aufhebung am 16. März 2017 fortwirkte und folglich das Taubenausstellungsverbot ein Dauerverwaltungsakt war.

33 Das Taubenausstellungsverbot war formell rechtmäßig. Es wurde unter Einhaltung der besonderen Voraussetzungen einer Allgemeinverfügung öffentlich bekanntgegeben nach Art. 41 Abs. 3, Abs. 4 BayVwVfG.

34 Im Zeitpunkt seines Erlasses bis zu seiner Aufhebung war das Taubenausstellungsverbot auch materiell rechtmäßig, da es zur Bekämpfung der Geflügelpest erforderlich war nach § 4 Abs. 2 ViehVerkV i.V.m. § 7 Abs. 6 Geflügelpest-Verordnung.

35 Bei der Prüfung des Vorliegens der Voraussetzungen des Tatbestandes des § 4 Abs. 2, Abs. 1 ViehVerkV ist zunächst zu beachten, dass bei der Definition und Auslegung der einzelnen Voraussetzungen das Tiergesundheitsgesetz (TierGesG) heranzuziehen ist. Ursprünglich wurde die Viehverkehrsverordnung auf der Ermächtigungsgrundlage von § 7 Abs. 1, § 17b Abs. 1, § 17h Nr. 1, § 73a, § 79 Abs. 1 Tierseuchengesetz erlassen. Das TierGesG ist am 1. Mai 2014 in Kraft getreten und hat das Tierseuchengesetz damit abgelöst. Soll anstelle des neuen

Rechts etwas anderes gelten, muss dies ausdrücklich bestimmt werden (Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. Aufl. 2008, Rn. 412 ff.). Eine gegenteilige Übergangsregelung gibt es nicht, vielmehr bestimmt § 43 Abs. 4 TierGesG, dass das Bundesministerium ermächtigt wird, durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates in Rechtsverordnungen, die auf Grund des Tierseuchengesetzes erlassen worden sind, die Anpassungen vorzunehmen, die erforderlich sind, um die jeweilige Rechtsverordnung an die Ablösung des ermächtigenden Gesetzes durch dieses Gesetz anzupassen. Aus dieser Übergangsregelung folgt letztlich, dass die auf der Grundlage des Tierseuchengesetzes erlassenen Rechtsverordnungen - unter anderem die Viehverkehrsverordnung - weitergelten sollen, nunmehr auf der Grundlage des TierGesG, da ansonsten eine andere Regelung getroffen worden wäre.

36 Nach § 4 Abs. 2, Abs. 1 ViehVerkV i.V.m. § 7 Abs. 6 Geflügelpestverordnung kann die zuständige Behörde Viehausstellungen, Viehmärkte und Veranstaltungen ähnlicher Art beschränken oder verbieten, soweit dies aus Gründen der Tierseuchenbekämpfung erforderlich ist.

37 Der Anwendungsbereich des § 4 Abs. 2, Abs. 1 ViehVerkV i.V.m. § 1 Satz 1 TierGesG ist erfüllt, da das Verbot der Taubenausstellung eine Maßnahme zur Vorbeugung vor Tierseuchen und deren Bekämpfung ist.

38 Bei der Taubenausstellung handelt es sich auch um eine Viehausstellung im Sinne des § 4 Abs. 2, Abs. 1 ViehVerkV i.V.m. § 2 Nr. 4 Buchst. f TierGesG. Nach der Legaldefinition des § 2 Nr. 4 Buchst. f TierGesG unterfallen dem Begriff des Viehs auch die Tauben.

39 Im Zeitpunkt des Erlasses des Taubenausstellungsverbots bis zu dessen Aufhebung lag eine Tierseuche bei Wildvögeln und Hausgeflügel vor. Nach § 2 Nr. 1 TierGesG ist eine Tierseuche eine Infektion oder Krankheit, die von einem Tierseuchenerreger unmittelbar oder mittelbar verursacht wird, bei Tieren auftritt und auf Tiere oder Menschen (Zoonosen) übertragen werden kann. Für die Bejahung des Begriffs des Vorliegens einer Tierseuche reicht insofern bereits die realistische Möglichkeit der Weiterverbreitung einer übertragbaren Krankheit auch auf der Grundlage weniger Einzelfälle aus; der Ausbruch einer Epidemie im großen Umfang ist dafür nicht erforderlich. Andernfalls würde der Schutzzweck, der mit den nach dem Tierseuchengesetz maßgeblichen vorbeugenden Schutzmaßnahmen erreicht werden soll, verfehlt (Hessischer VGH, B. v. 25.4.1997 – 11 TG 1050/97 – juris Rn.10). Dem Risikobericht des FLI vom 18. November 2016 ist zu entnehmen, dass im maßgeblichen Zeitraum eine Tierseuche in Form des H5N8-Virus vorlag. Die Anzahl der betroffenen Tierinfektionen ging sogar bereits über wenige Einzelfälle hinaus. Denn in diesem Risikobericht wurden 221 Fälle von H5N8 bei Wildvögeln und 5 Fälle von H5N8 bei Hausgeflügel in 8 Bundesländern, davon 32 Fälle bei Wildvögeln in Bayern, bestätigt. Die übertragbare Virusinfektion trat laut Risikoeinschätzung des FLI mit Stand vom 22. Dezember 2016 auch weiterhin während des andauernden Ausstellungsverbotes auf. Danach breitete sich die Geflügelpest in Form des H5N8-Virus weiter aus auf insgesamt 15 Bundesländer (über 500 Fälle bei Wildvögeln und 20 Fälle bei gehaltenen Vögeln) und es wurden 70 Fälle bei Wildvögeln in Bayern bestätigt.

40 Aus Effektivitätsgründen bei der Seuchenbekämpfung darf bei der Feststellung des Vorliegens einer Tierseuche zudem nicht punktuell auf einen einzelnen Landkreis

abgestellt werden, wenn die Tierseuche bei Wildvögeln und Hausgeflügel bereits im ganzen Gebiet der Bundesrepublik Deutschland (BRD) auftritt. Würde bereits das Vorliegen einer Tierseuche verneint werden mit der Begründung, auf einem eingrenzbaren Gebiet in der BRD läge gerade keine Tierseuche vor, obwohl bereits in mehreren Bundesländern Infektionsfälle festgestellt wurden, würde dies die Möglichkeiten der Bekämpfung von Tierseuchen zu sehr einschränken und gänzlich der Besonderheit von Tierseuchen in Hinblick auf ihre unkontrollierbare und in kürzester Zeit mögliche Verbreitung nicht gerecht werden.

41 Des Weiteren kommt es im vorliegenden Fall nicht streitentscheidend darauf an, ob es einer besonderen oder allgemeinen Tierseuchengefahr bedarf, da wie soeben ausgeführt eine Tierseuche bei Wildvögeln und Hausgeflügel vorlag. Tauben wurden seitens der Beklagten stets nur im Hinblick auf ihre Vektoreneigenschaft, mit anderen Worten als Übertragungs Weg und nicht als mögliches erkranktes Tier, betrachtet. Es wurde zu keinem Zeitpunkt seitens der Behörde von der Gefahr einer Erkrankung der Tauben mit dem H5N8-Virus ausgegangen.

42 Das Taubenausstellungsverbot war nach der anzuwendenden ex-ante Betrachtungsweise erforderlich zur Bekämpfung der Geflügelpest. Aufgrund des dynamischen Seuchengeschehens und der daher bestehenden aktuellen Gefahrenlage mit kurzfristigem Handlungsbedarf war die Beurteilung der Erforderlichkeit durch den Beklagten rechtlich nicht zu beanstanden.

43 Insbesondere bei der uneingeschränkten gerichtlichen Nachprüfung der Erforderlichkeit (BVerfG, B. v. 20.4.2017 – 2 BvR 1754/14 – juris Orientierungssatz 2b und 2c) kommt es, da eine Prognoseentscheidung getroffen werden muss, darauf an, ob aus der ex-ante-Sicht eines objektiven Betrachters im Zeitpunkt des Erlasses der Allgemeinverfügung die Voraussetzungen für ein Verbot von Taubenausstellungen vorlagen (VG Gera U.v. 17.3.2008 – 3 K 1513/07 Ge – juris Rn. 138).

44 Die Erforderlichkeit des Ausstellungsverbots zur Tierseuchenbekämpfung liegt vor, wenn das gewählte Mittel für diesen bestimmten Zweck geeignet ist und kein milderes Mittel existiert.

45 Der Zweck wird bereits durch § 4 Abs. 2 ViehVerkV bestimmt, der vorsieht, dass das Verbot der Viehausstellung nur zum Zwecke der Tierseuchenbekämpfung angeordnet werden darf. Das Taubenausstellungsverbot wurde vom Landratsamt H. zur Bekämpfung der Geflügelpest bei Wildvögeln und Hausgeflügel angeordnet. Insbesondere zielte die Maßnahme darauf ab, die weitere Verbreitung der Tierseuche und ein Einschleppen in und von anderen Gebieten zu verhindern (vgl. OVG Brandenburg, B.v. 5.6.1997 – 4 B 65/97 – NVwZ 1997, 811-815).

46 Die Maßnahme zielte bereits auf die Bekämpfung der Tierseuche ab und nicht auf eine bloße Vorbeugung. Denn für die Annahme einer Bekämpfung ist es bereits aus Effektivitätsgründen ausreichend, die weitere Verbreitung einer bereits ausgebrochenen Tierseuche zu verhindern (OVG Brandenburg, B.v. 5.6.1997 – 4 B 65/97 – NVwZ 1997, 811-815), insbesondere wenn die Tierseuche bereits verteilt über das ganze Bundesgebiet auftritt. Andernfalls würde es dazu führen, dass ein Bekämpfen immer erst dann angenommen werden könnte, wenn jedes Tier, das auf den Erreger reagiert, bereits infiziert ist. Dann könnten nur noch nachträgliche Maßnahmen wie - bei tödlich verlaufenden Seuchen nicht mehr erfolgreiche - medikamentöse Behandlungen erfolgen. Es geht daher letztlich an dieser Stelle nicht darum, ob das Landratsamt H2 den Ausbruch der Geflügelpest nur

vorbeugend verhindern wollte. Da die Tierseuche per Definition schon ausgebrochen war, war Zweck des Ausstellungsverbots bereits die Bekämpfung. Dass die Maßnahme selbst einen gewissen vorbeugenden Charakter hat, ist unschädlich. Eine Maßnahme ist auch zur Bekämpfung erforderlich, wenn sie „vorbeugend" die weitere Verbreitung der Tierseuche verhindert. Andernfalls könnte wie bereits dargestellt niemals eine Verbreitung der Seuche effektiv verhindert werden.

47 Der Argumentation der Klägerseite ein Bekämpfen käme nicht in Frage, da die Geflügelpestverordnung eine lokal begrenzte Bewertung und keine pauschale Vorgehensweise für einen Landkreis wegen der zu ergreifenden Schutzmaßnahmen und erst recht nicht für Verbote vorsehe, sondern eine landkreisbezogene Risikobewertung durch das Landratsamt H. vorzunehmen gewesen wäre, kann nicht gefolgt werden. Eine solche lokale Begrenzung sieht das Verbot des § 4 Abs. 2 ViehVerkV bereits nach seinem Wortlaut nicht vor. Vor allem kann nach Sinn und Zweck bei der Bekämpfung von Tierseuchen aufgrund des enorm hohen immanenten Risikos bei Seuchen, sich innerhalb kürzester Zeit zu verbreiten und zu verändern, nicht auf jeden einzelnen Landkreis abgestellt werden, wenn sich das Virus bereits bundes- und europaweit verbreitet hat (vgl. oben die Ausführungen zum Vorliegen einer Tierseuche). Gegen eine andere Sichtweise spricht auch bei diesem Prüfungspunkt, dass ansonsten Seuchenbekämpfungsmaßnahmen zu sehr eingeschränkt würden und eine seuchenartige Verbreitung nicht effektiv verhindert werden könnte.

48 Des Weiteren war das Verbot der Taubenausstellung als Mittel geeignet, eine weitere Verbreitung der Geflügelpest zu verhindern. Laut den nachvollziehbaren Ausführungen in der Begründung der Allgemeinverfügung vom 24. November 2016, die bereits die knappen aber wesentlichen Ausführungen enthielt, können Tauben als passive Überträger der Geflügelpest dienen und bei einem Kontakt auf Taubenausstellungen mit Vögeln aus unterschiedlichen Betrieben und infizierten Wildvögeln ein Infektionsrisiko darstellen, da sie auch häufig in gemischten Beständen gehalten werden. Vertieft wurde in der Klageerwiderung nachvollziehbar ausgeführt, die Taube erkranke zwar in der Regel nicht an der aviären Influenza, jedoch könne eine Verschleppung des Virus durch die Taube nicht ausreichend sicher ausgeschlossen werden. Insbesondere dann, wenn weiteres Geflügel gemeinsam mit Tauben gehalten werde, Tauben frei fliegen dürften oder in offenen Volieren gehalten würden und mögliche Kontakte so überhaupt nicht bekannt seien. Folglich bestehe ein signifikantes Ansteckungsrisiko für gehaltene Vögel (Geflügel oder in Gefangenschaft gehaltene Vögel anderer Arten) durch Tauben. Tauben könnten das Virus der Geflügelpest als Vektoren an im gleichen Bestand gehaltene Vögel und insbesondere auf Ausstellungen an Geflügel aus anderen Beständen weitergeben. Auch in der mündlichen Verhandlung wiederholte der Beklagtenvertreter Veterinär-Oberrat Dr. M. diese Einschätzung. Tauben hätten eine Vektorfunktion und könnten zur Übertragung beitragen.

49 Die Geeignetheit wird auch durch die Risikoeinschätzungen des FLI bestätigt. Zwar waren in der Risikoeinschätzung des FLI mit Stand 18. November 2016 noch bloße Zugangsbeschränkungen zu Vogelschauen empfohlen worden. Aber bereits wenige Tage später in der Risikoeinschätzung des FLI Stand 25. November 2016 (Blatt 84 der Behördenakte) wurde empfohlen, dass Geflügel-Ausstellungen unterbleiben sollten; dies gelte auch für Taubenausstellungen (wenngleich Tauben bisher von

Infektionen mit H5N8 nicht betroffen waren). Obwohl zeitlich der Stand dieser Empfehlung einen Tag nach Erlass der Allgemeinverfügung ist, kann die Empfehlung dennoch wegen der zeitlichen Nähe zur Untermauerung der Geeignetheit als Mittel herangezogen werden. Auch in der Risikoeinschätzung mit Stand 22. Dezember 2016 (Blatt 129 der Behördenakte) wurde diese Empfehlung aufrechterhalten. Eine solche Empfehlung birgt in sich bereits die Aussage, dass die Maßnahme des Verbots einer Taubenausstellung geeignet ist, eine weitere Verbreitung der Geflügelpest zu verhindern. Die Empfehlung des FLI kann auch aufgrund der vorrangigen fachlichen Beurteilungskompetenz des FLI der Beurteilung der Geeignetheit des Verbots von Taubenausstellungen zugrunde gelegt werden. Das FLI als Bundesforschungsinstitut für Tiergesundheit ist eine selbstständige Bundesoberbehörde und nach § 27 Abs. 2 Nr. 2 TierGesG zuständig für die Herstellung von Risikobewertungen auf dem Gebiet der Tierseuchenbekämpfung und somit für eine fachliche Beurteilung von tierischen Seuchengeschehen besonders prädestiniert.

50 Diese nachvollziehbare Einschätzung wird nicht durch das klägerische Vorbringen - wissenschaftlich belegt sei, dass Tauben keine Überträger des H5N8 Virus seien – widerlegt. Ein bloßes Bestreiten der fachlichen Beurteilung des Landratsamts H., der Regierung von Unterfranken und der Empfehlung des FLI reicht nicht aus, um die fachlichen Beurteilungen zu entkräften. Vielmehr ist zur Entkräftung dieser fachlichen Beurteilungen ein substantiiertes Gegenvorbringen erforderlich (vgl. vorrangige Beurteilungskompetenz durch verbeamtete Tierärzte BayVGH, B. v. 23.5.2017 – 9 C 16.2602 – juris, Orientierungssatz). An einem solchen substantiierten Gegenvorbringen fehlt es vorliegend. Konkrete wissenschaftliche Begründungen wurden nicht vorgetragen.

51 Ein milderes Mittel mit gleicher Effektivität wie das Taubenausstellungverbot war vorliegend nicht gegeben. Insbesondere ist den nachvollziehbaren Ausführungen der Beklagtenvertreter in der Begründung der Allgemeinverfügung, in deren Schriftsätzen und in der mündlichen Verhandlung zu folgen, dass das Taubenausstellungsverbot aufgrund der damaligen Dynamik des Geschehens im Hinblick auf die Risikominimierung das erforderliche, also effektivste und zugleich mildeste Mittel, zur Bekämpfung der Geflügelpest war.

52 Da die tierseuchenrechtlichen Bestimmungen in den Bereich der Gefahrenabwehr zu verorten sind, muss gerade bei der Überprüfung, ob die tierseuchenrechtlichen Maßnahme das mildeste und zugleich effektivste Mittel ist, berücksichtigt werden, dass im Zeitpunkt der Entscheidung letztlich nur ein Prognose, die jedoch den wissenschaftlichen Erkenntnissen entsprechen muss, getroffen werden kann. Zudem darf nicht außer Acht gelassen werden, dass ein mögliches milderes Mittel auch mindestens die gleiche Sicherheit und Eignung zur Verhinderung der Weiterverbreitung der Tierseuche bieten muss.

53 Daher kann aufgrund der vielen Unwägbarkeiten einer Tierseuche bei der Wahl des Mittels von den entscheidenden Beklagtenvertretern nicht gefordert werden, ein nicht überschaubares Risiko einzugehen. So ist nicht zu beanstanden, dass die Beklagtenvertreter die Auswahl der Maßnahme unter anderem anhand des Kriteriums der höchst möglichen Risikominimierung trafen. Der Beklagtenseite ist zuzugestehen, dass sie nicht verpflichtet ist, ein milderes Mittel mit einer geringeren Effektivitätsprognose zu wählen. Insbesondere ist gerade das Verbot der Taubenausstellung das mildeste und effektivste Mittel gewesen, um den

Kontakt von Vögeln aus unterschiedlichen Betrieben, die möglicherweise Kontakt mit Wildvögeln hatten, und zugleich eine mögliche Übertragung der Tierseuche zu verhindern. Da die Taubenzüchter ihre Tiere in Volieren oder im Freiflug halten, ist ein Kontakt zu möglicherweise infizierten Wildvöglen nicht ausgeschlossen. Sicherlich sind auch noch andere Übertragungswege möglich, bezüglich derer dann aber separate Maßnahmen getroffen werden müssen.

54 Im Gegensatz zum Taubenausstellungsverbot stellen Desinfektionsmatten oder sonstige Hygienevorkehrungen kein milderes und gleich effektives Mittel zur Geflügelpestbekämpfung dar. Diesbezüglich kann auf die plausiblen Erläuterungen von Dr. M. in der mündlichen Verhandlung verwiesen werden. Nach dessen nachvollziehbarer Einschätzung sind Desinfektionsmatten im Eingangsbereich einer Taubenausstellung nicht risikominimierend, da die Hobbyzüchter keine professionellen Hygienekenntnisse haben im Vergleich zu professionellen Geflügelbetrieben, in denen sonst solche Desinfektionsmatten zum Einsatz kommen. Eine Überprüfung der Einhaltung solcher Hygienemaßnahmen bei Taubenausstellungen ist nach den Angaben von Dr. M. in der Praxis nicht zu leisten. Entgegenstehende Anhaltspunkte sind nicht ersichtlich, zumal im Zusammenhang mit mehreren Taubenausstellungen in einem Landkreis und einem aktiven Tierseuchengeschehen jede Personalkapazität eines Veterinäramtes an ihre Grenzen kommt.

55 Auch kann der Erforderlichkeit des Verbots zur Seuchenbekämpfung nicht entgegen gehalten werden, dass die Allgemeinverfügung nicht unerlässlich für die Seuchenbekämpfung gewesen sei, da es im Landkreis selbst keine Fälle gegeben habe. Zum einen gab es laut Angabe des Dr. M* … in der mündlichen Verhandlung nach dem Erlass der Allgemeinverfügung vom 24. November 2016 im Landkreis H. circa 20 Fälle von betroffenen Wildvögeln. Vor allem aber kann die Erforderlichkeit zum anderen nicht aufgrund der im Gefahrenabwehrrecht vorzunehmenden Prognoseentscheidung anhand einer Betrachtung aus der Sicht nach dem Ende der Tierseuche beurteilt werden, sondern maßgeblich ist die ex-ante Sicht im Zeitpunkt der Anordnung des Verbots. Andernfalls würde die Erforderlichkeit der getroffenen Maßnahme, auch wenn sie kausal die Verbreitung einer Tierseuche verhindert hätte, im Nachhinein entfallen und die Maßnahme rechtswidrig werden, was mit den Besonderheiten des Gefahrenrechts nicht vereinbar wäre.

56 Aus dem gleichen Grund kann auch nicht eingewendet werden, dass es bei der Ausstellung in Erfurt mit 22.000 Tieren zu keinen Seuchenübertragungen kam und nach den Ausführungen der Klägerseite daher keine Nachweise über eine Übertragung des Geflügelpestvirus durch eine Ausstellung vorlägen.

57 Zudem ist das Verbot im Vergleich zu anderen Maßnahmen wie Flugverboten und Aufstallungsanordnungen oder Tiertötungen das mildere Mittel zur Bekämpfung der Geflügelpest.

58 Dem Landratsamt H2 sind bei der Ausübung des Ermessens keine Ermessensfehler unterlaufen.

59 Nach § 114 Abs. 1 VwGO darf nur eine eingeschränkte gerichtliche Überprüfung der Ermessensausübung erfolgen. Das Gericht darf daher nur prüfen, ob Ermessensfehler gemacht wurden. Solche Ermessensfehler sind weder in Form eines Ermessensausfalls noch eines Ermessensdefizits feststellbar.

60 Ein Ermessensausfall liegt nicht vor. Die Lenkung der Ermessenshandhabung durch die Weisung der Regierung von Unterfranken vom 24. November 2016 führt nicht

zu einem Ermessensausfall. Ermessensfehlerhaft ist eine durch Weisung gelenkte Entscheidung nur dann, wenn die zur Ermessensentscheidung berufene Behörde keine eigenen Ermessenserwägungen anstellt, auf Weisung einer anderen Behörde entscheidet und die Weisung ihrerseits nicht den Anforderungen genügt, die an eine ermessensfehlerfreie Entscheidung zu stellen sind (Kopp/Schenke, VwGO, 23. Aufl. 2017, § 114 Rn. 14; Schoch/Schneider/Bier/Gerhardt, VwGO, § 114 Rn. 17). Die Regierung war auch zur Weisung befugt nach Art. 102 Abs. 1 Satz 2 LKrO i.V.m. Art. 95 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 LKrO. Ob die Ermessensentscheidungen letztlich der Weisung zu entnehmen sind oder das Landratsamt H2 nochmals eigene Erwägungen anstellte oder letztlich eine Kombination erfolgte, ist nicht entscheidungserheblich, da jedenfalls bereits in der Begründung der Allgemeinverfügung eine Abwägung der Belange der betroffenen Tierhalter und der Belange der Gesamtwirtschaft vorgenommen wurde. Zusätzlich zu den Ermessenserwägungen in der Weisung nahmen die Beklagtenvertreter nach ihren glaubhaften Angaben eine eigenständige Ermessensausübung vor. So gab in der mündlichen Verhandlung der Beklagtenvertreter Veterinär-Oberrat Dr. M. an, dass sehr wohl Gedanken zur Angemessenheit gemacht worden seien, da sie geprüft hätten, wie viele Taubenhalter auch anderes Geflügel hielten und dass bei einer bundesweiten Ausstellung das Risiko deutlich höher gewesen sei.

61 Ein unzulässiges Nachschieben von Ermessenserwägungen im gerichtlichen Verfahren ist nicht erfolgt. Die wesentlichen Ermessenserwägungen sind bereits in der Allgemeinverfügung vom 24. November 2016 enthalten. Dort wird bereits eine, wenn auch knappe Abwägung der Belange der betroffenen Tierhalter und der Gesamtwirtschaft vorgenommen. Die Ermessenserwägungen wurden in der Klageerwiderung und der mündlichen Verhandlung lediglich ergänzt bzw. vertieft.

62 Ebenso wenig kann das Gericht ein Ermessensdefizit feststellen. Die vorgebrachten klägerischen Argumente, die Vereinsinteressen seien nicht berücksichtigt worden, da das Verbot der Taubenausstellung dazu führe, dass viele Züchter mangels Motivation die Zucht aufgeben würden und dies daher einen Kahlschlag für das gesamte Vereinsleben bedeute, können ein Ermessensdefizit nicht begründen.

63 Von einem Ermessensdefizit ist auszugehen, wenn die Behörde nicht alle nach Lage des Falles betroffene Belange in ihre Ermessensentscheidung einstellt. Ferner liegt ein Ermessensdefizit dann vor, wenn die Behörde zwar alle wesentlichen Gesichtspunkte ermittelt hat, diese aber falsch gewichtet (Decker in BeckOK, VwGO, Stand 1.10.2017, § 114 Rn. 21).

64 Im vorliegenden Fall hat das Landratsamt H., die Umstände des Falles in ihre Abwägung einbezogen, die nach Lage der Dinge und nach Maßgabe der gesetzlichen Vorgaben zu berücksichtigen waren. Erkannt und in der Begründung der Allgemeinverfügung einbezogen wurden zwar nicht direkt die Interessen des konkreten Klägers als Verein, aber die Nachteile für die betroffenen Tierhalter. Vertieft wurden die Ermessenserwägungen im Schreiben des Landratsamts H. vom 12. Januar 2017, in dem auch auf die wirtschaftlichen Nachteile des Klägers und der Einschränkungen der Handlungsfreiheit durch das Taubenausstellungsverbot behandelt wurden.

65 Fehler bei der Gewichtung der wesentlichen abwägungsrelevanten Gesichtspunkte wurden nicht gemacht. Dass durch das Landratsamt H. dem Gesundheitswohl der Allgemeinheit, dem Tierwohl des ansteckungsgefährdeten Geflügels, dem finanziellen und beruflichen Interesse anderer Geflügelhalter und dem durch eine

ausufernde Verbreitung der Geflügelpest drohenden gesamtwirtschaftlichen Schaden für die Geflügel- und Lebensmittelindustrie ein erheblich höheres Gewicht gegenüber den wirtschaftlichen und ideellen Belangen des Klägers als Taubenzüchterverein eingeräumt wurde, entspricht grundsätzlich den mit einer Tierseuche verbundenen erheblichen Risiken für das Allgemeinwohl und die Geflügel- und Lebensmittelindustrie. Daher können die achtenswerten ideellen Vereinsinteressen im Verhältnis zu den benannten gefährdeten Interessen nicht überwiegen. Sonstige Anzeichen hinsichtlich einer Fehlgewichtung der Belange sind nicht gegeben. Das Gericht verkennt nicht, dass es für den vom Ausstellungsverbot betroffenen Kläger zu Nachteilen im Vereinsleben, wie etwa Mitgliederschwund kommen kann. Jedoch war die Ermessensentscheidung des Beklagten bei der damals aktuellen Gefahrenlage mit kurzfristigem Handlungsbedarf nicht zu beanstanden.

66 Weiterhin ergibt sich kein Ermessensfehler aus einer fehlenden Einzelfallbetrachtung. Einzelfallbetrachtung bedeutet, dass die Besonderheiten des konkreten Einzelfalls beachtet werden müssen und nicht, dass eine Einzelfallbetrachtung die Einbeziehung von landes- und bundesgebietsübergreifenden Belangen verbietet. Die Besonderheit des Geflügelpestgeschehens 2016/2017 bestand gerade unter anderem darin, dass die festgestellten Fälle des H5N8-Virus bundes- und sogar europaweit aufgetreten waren und daher insbesondere diese weitgehende Verbreitung bei der Einzelfallbeurteilung zu berücksichtigen war. Zum anderen wurden auch die Belange des Landkreises H. einbezogen, da - wie der Beklagtenvertreter ausführte – unter anderem geprüft wurde, wie viele Taubenhalter auch anderes Geflügel hielten. Zudem wären durch eine Verbreitung der Geflügelpest im Landkreis H. ebenfalls das Allgemeinwohl und die finanziellen und beruflichen Interessen der anderen ansässigen Geflügelhalter betroffen gewesen. Dass letztlich ein bayernweites Verbot zustande kam, beruht darauf, dass die Auswirkungen und Gefahren der Verbreitung der Geflügelpest nicht an den Grenzen eines Landkreises endeten.

67 Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus § 167 VwGO i.V.m. § 708 Nr. 11, § 711 ZPO.

Zitiervorschlag:
VG Würzburg Urt. v. 6.11.2017 – 8 K 16.1289, BeckRS 2017, 140553

BeckRS 2017, 130306

VG Frankfurt (Oder) (3. Kammer), Beschluss vom 20.10.2017 - VG 3 K 3253/17.A

Titel:
Asylverfahren, Änderungsverordnung, Ermächtigungsgrundlage, Verbraucherschutz
Normenketten:
VwGO § 52 Nr. 2 S. 4 Abs. 1, § 83 Satz 1
GerZV § 15 Abs. 2
AsylG § 83 Abs. 3 S. 1 u. S. 2
GG Art. 80 Abs. 1 S. 1, S. 3, S. 4
Rechtsgebiete:

Ausländer- und Asylrecht, Verwaltungsverfahren und -prozess

Schlagworte:

Asylverfahren, Änderungsverordnung, Ermächtigungsgrundlage, Verbraucherschutz

ECLI:

ECLI:DE:VGFRANK:2017:1020.VG3K3253.17.A.0A

Text1

Verwaltungsgericht Frankfurt (Oder)
Beschluss
VG 3 K 3253/17.A
In dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren
wegen Asylrecht
hat die 3. Kammer des Verwaltungsgerichts Frankfurt (Oder)
am 20. Oktober 2017
durch
den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgericht P.,
den Richter am Verwaltungsgericht B. und
den Richter am Verwaltungsgericht S.
beschlossen:

Tenor:

Das Verwaltungsgericht Frankfurt (Oder) erklärt sich für örtlich unzuständig.
Der Rechtsstreit wird an das örtlich zuständige Verwaltungsgericht Potsdam verwiesen.

Gründe:

I.

1 Der Rechtsstreit ist nach Anhörung der Beteiligten gemäß § 83 Satz 1 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) in Verbindung mit § 17a Abs. 2 des Gerichtsverfassungsgesetzes an das zu verweisen. Dieses ist gemäß § 52 Nr. 2 Satz 4 VwGO i.V.m. § 15 Abs. 2 der Gerichtszuständigkeitsverordnung (GerZV) zuständig für Streitigkeiten im Sinne von § 1 Absatz 1 des Asylgesetzes von Personen, soweit sie sich auf eine Verfolgung oder eine sonstige schädigende Maßnahme in der Türkei berufen.

2 Die Kammer teilt die vom im Urteil vom 20. September 2017
vertretene Rechtsauffassung nicht, § 15 Abs. 2 GerZV komme nicht zur Anwendung, weil die diese Bestimmung einführende Erste Verordnung zur Änderung der Gerichtszuständigkeitsverordnung vom 14. Juni 2016 wegen eines Verstoßes gegen das Zitiergebot nichtig sei.

3 1. Nach Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG können die Bundesregierung, ein Bundesminister oder die Landesregierungen ermächtigt werden, Rechtsverordnungen zu erlassen. Dem Satz 2 derselben Vorschrift zufolge müssen dabei Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetze bestimmt werden.

4 Eine derartige gesetzliche Bestimmung ist § 83 Abs. 3 AsylG. Hierdurch werden die Landesregierungen ermächtigt, durch Rechtsverordnung einem Verwaltungsgericht für die Bezirke mehrerer Verwaltungsgerichte Streitigkeiten nach diesem Gesetz

hinsichtlich bestimmter Herkunftsstaaten zuzuweisen, sofern dies für die Verfahrensförderung dieser Streitigkeiten sachdienlich ist. Dass damit den Anforderungen von Art. 80 Abs. 1 GG hinsichtlich des Gesetzes Genüge getan ist, wird auch vom nicht bezweifelt.

5 2. Von der an dieser Stelle begründeten Verordnungsermächtigung an die Landesregierung wird in Brandenburg allerdings nicht unmittelbar Gebrauch gemacht; vielmehr soll diese im Wege einer sogenannten Subdelegation auf das für Justiz zuständige Mitglied der Landesregierung übertragen werden. Das ist zulässig, unterliegt allerdings zusätzlichen rechtlichen Anforderungen. Art. 80 Abs. 1 Satz 4 GG bestimmt, dass es zur Übertragung der Ermächtigung einer Rechtsverordnung bedarf. Deren Rechtsgrundlage ist in der Verordnung anzugeben (Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG). Zu den Maßstäben, die der diesbezüglichen gerichtlichen Überprüfung zugrundezulegen sind, hat das Bundesverfassungsgericht (Urteil vom 6. Juli 1999 – 2 BvF 3/90 -, veröffentlicht unter www.bverfg.de, Rn. 152 ff.) ausgeführt:

„1. Im gewaltenteilenden System des Grundgesetzes dient das Zitiergebot dem Zweck, die Delegation von Rechtssetzungskompetenz auf die Exekutive in ihren gesetzlichen Grundlagen verständlich und kontrollierbar zu machen.

Nach der rechtsstaatlich-demokratischen Verfassungsordnung des Grundgesetzes bedarf die Rechtssetzung durch die Exekutive einer besonderen Ermächtigung durch die Legislative. Art. 80 Abs. 1 GG legt fest, welchen Anforderungen solche Ermächtigungen und die auf ihrer Grundlage erlassenen Verordnungen genügen müssen.

Das Zitiergebot des Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG soll nicht nur die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage kenntlich und damit auffindbar machen. Es soll auch die Feststellung ermöglichen, ob der Verordnungsgeber beim Erlass der Regelungen von einer gesetzlichen Ermächtigung überhaupt Gebrauch machen wollte. Die Exekutive muss durch Angabe ihrer Ermächtigungsgrundlage sich selbst des ihr aufgegebenen Normsetzungsprogramms vergewissern und hat sich auf dieses zu beschränken. Es kommt daher nicht nur darauf an, ob sie sich überhaupt im Rahmen der delegierten Rechtssetzungsgewalt bewegt, vielmehr muss sich die in Anspruch genommene Rechtssetzungsbefugnis gerade aus den von ihr selbst angeführten Vorschriften ergeben … Außerdem dient Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG der Offenlegung des Ermächtigungsrahmens gegenüber dem Adressaten der Verordnung. Das soll ihm die Kontrolle ermöglichen, ob die Verordnung mit dem ermächtigenden Gesetz übereinstimmt. Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG statuiert insoweit ein rechtsstaatliches Formerfordernis, das die Prüfung erleichtern soll, ob sich der Verordnungsgeber beim Erlass der Verordnung im Rahmen der ihm erteilten Ermächtigung gehalten hat …

2. Hiervon ausgehend muss eine Verordnung, die auf mehreren Ermächtigungsgrundlagen beruht, diese vollständig zitieren und bei inhaltlicher Überschneidung mehrerer Ermächtigungsgrundlagen diese gemeinsam angeben. Allerdings muss nicht zu jeder Bestimmung der Verordnung im Einzelnen angegeben werden, auf welcher der Ermächtigungen sie beruht….

3. Das Zitiergebot erfordert vor allem, dass die einzelne Vorschrift des Gesetzes genannt wird, in welcher die Ermächtigung enthalten ist. Nur auf diese Weise kann sichergestellt werden, dass die Adressaten einer Verordnung deren Rechtsgrundlagen erkennen und ihre Einhaltung durch den Verordnungsgeber nachprüfen können …

4. Eine Missachtung des Zitiergebots verletzt ein, unerlässliches Element des demokratischen Rechtsstaates‘…. Ein solcher Mangel führt deshalb zur Nichtigkeit der Verordnung ….“

6 3. Daraus folgt, dass in einem Fall wie dem vorliegenden, in dem die durch § 83 Abs. 3 Satz 1 AsylG der Landesregierung verliehene Befugnis auf eine andere Stelle übertragen werden soll, in einem ersten Schritt die diesbezügliche Verordnung daraufhin zu untersuchen ist, ob den höherrangigen verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Anforderungen Genüge getan ist, weil es anderenfalls schon an einem wirksamen Übergang der Zuständigkeit fehlt.

7 Unter Zugrundelegung der angeführten Maßstäbe ist – wie es wohl ebenfalls als solches nicht anders sieht – die Zuständigkeit für den Erlass einer Regelung, mit der Streitigkeiten nach dem Asylgesetz hinsichtlich bestimmter Herkunftsstaaten für die Bezirke mehrerer Verwaltungsgerichte einem Verwaltungsgericht zugewiesen werden, durch Art. 1 der Ersten Verordnung zur Änderung der Justiz-Zuständigkeitsübertragungsverordnung vom 25. Januar 2016 (GVBl. II Seite 1) wirksam übertragen worden. Die Bestimmung ändert nämlich § 1 der Justiz-Zuständigkeitsübertragungsverordnung vom 9. April 2014 (GVBl. II, Nr. 23 Seite 1 - JuZÜV) und fügt dem dort enthaltenen Zuständigkeitskatalog, mit welchem dem für Justiz zuständigen Mitglied der Landesregierung unterschiedliche Ermächtigungen zum Erlass von Rechtsverordnungen übertragen werden, unter Nr. 59 aus dem Asylgesetz die „Ermächtigung nach § 83 Abs. 3 Satz 1“ an. Damit hält sie sich inhaltlich in dem durch § 83 Abs. 3 Satz 2 AsylG gezogenen Rahmen. Die Änderungsverordnung genügt ferner dem Zitiergebot, indem sie in der dem Artikelgesetz vorangestellten Einleitung ihre gesetzliche Grundlage – § 83 Abs. 3 Satz 2 AsylG – zitiert.

8 Der Umstand, dass die Eingangsformel der Justiz-Zuständigkeitsübertragungsverordnung durch die darauf bezogene Erste Änderungsverordnung nicht ebenfalls geändert worden ist, gibt keinen Anlass zu einer anderen Beurteilung. Es spricht schon einiges dafür, dass die Eingangsformel nicht zum Wortlaut einer Verordnung gehört, dass sie deshalb auch nachträglich nicht verändert und ein etwa versäumter Hinweis auf die Rechtsgrundlage der Verordnung nicht durch eine Änderung oder Ergänzung der Eingangsformel nachgeholt werden kann (Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 2008, Rn. 762, 775). Dem entspricht es, dass ein erforderlicher Hinweis auf eine gesetzliche Grundlage für den Verordnungserlass bzw. die Delegation gerade in der (Einleitung der) Änderungsverordnung enthalten sein muss, und es in Fällen, in denen diese einen solchen Hinweis nicht enthält, nicht ausreicht, wenn die geänderte Stammverordnung ihrerseits das Zitiergebot beachtet hat (Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, Urteil vom 24. März 2010 – OVG 1 A 1.09 – http://www.gerichtsentscheidungen.berlin-brandenburg.de Rn. 22).

9 4. Ist nach den vorstehenden Ausführungen davon auszugehen, dass die Befugnis zum Erlass einer Verordnung, mit der die verwaltungsgerichtliche Zuständigkeit für Asylverfahren von Klägern aus bestimmten Herkunftsstaaten an einzelnen Verwaltungsgerichten konzentriert wird, wirksam auf das für Justiz zuständige Ministerium übertragen worden ist, so hat dieses seinerseits davon beim Erlass der Ersten Verordnung zur Änderung der Gerichtszuständigkeitsverordnung vom 14. Juni 2016 auch in einer rechtlich nicht zu beanstandenden Weise Gebrauch gemacht und dabei – was hier allein beanstandet worden ist – das Zitiergebot

beachtet. Zur Wahrung der oben ausgeführten Anforderungen an die Rechtsklarheit, Nachvollziehbarkeit und Brauchbarkeit für die Einordnung des Rechtscharakters der Rechtsvorschrift ist erforderlich aber auch ausreichend, wenn der Verordnungsgeber, der von einer Befugnis zum Erlass einer Rechtsverordnung Gebrauch macht, die ihm durch eine Kette von Normen übertragen wird, seinerseits nicht die ganze Normenkette benennt, sondern nur die Rechtsgrundlagen, auf deren Grundlage er selbst tätig wird. Nicht erforderlich ist daher, dass in einer Verordnung, die von einer Subdelegation Gebrauch macht, stets beide übergeordnete Rechtsgrundlagen angegeben werden (BGH, Urteil vom 30. September 1976 – III ZR 134/74 –, juris Rn. 22; Handbuch der Rechtsförmlichkeit, a. a. O. Rn. 803).

10 An diesen Grundsätzen gemessen sind die einschlägigen Voraussetzungen einer Einhaltung des Zitiergebots beachtet. Die Erste Verordnung zur Änderung der Gerichtszuständigkeitsverordnung benennt in der Eingangsformel die parlamentsgesetzliche Bestimmung, in der die Zuständigkeitskonzentration ihre Grundlage hat („Auf Grund des § 83 Abs. 3 Satz 1 des Asylgesetzes …"). Satz 2 derselben Vorschrift musste an dieser Stelle nicht benannt werden, weil damit die Landesregierungen ermächtigt werden, die Befugnis zum Erlass einer Verordnung weiter zu übertragen, wovon der Minister der Justiz und für Europa und Verbraucherschutz keinen Gebrauch gemacht hat. Er hat sich stattdessen als weitere Rechtsgrundlage auf § 1 Nr. 59 der Justiz-Zuständigkeitsübertragungsverordnung bezogen, die Vorschrift also, die ihn zum Normerlass ermächtigt hat. § 1 Nr. 59 JuZÜV ist in der Ersten Verordnung zur Änderung der Gerichtszuständigkeitsverordnung auch in einer alle Missverständnisse ausschließenden Eindeutigkeit zitiert worden. Die Verordnung benennt nämlich in ihrer Einleitung § 83 Abs. 3 Satz 1 AsylG „in Verbindung mit § 1 Nummer 59 der Justiz-Zuständigkeitsübertragungsverordnung vom 9. April 2014 (GVBl. II Nr. 23), der durch die Verordnung vom 25. Januar 2016 (GVBl. II Nr. 2) eingefügt worden ist". Dass der Minister der Justiz und für Europa und Verbraucherschutz sich dieser und nicht der ebenfalls gebräuchlichen Wendung bedient hat, wonach eine im Verlauf der Zeit geänderte Stammverordnung „in der Fassung" der Änderungsverordnung zitiert wird, ändert nichts daran, dass § 1 der Justiz-Zuständigkeitsübertragungsverordnung in seiner inzwischen um die Nr. 59 ergänzten Fassung als Rechtsgrundlage in Bezug genommen worden ist.

II.

1 Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 80 AsylG).

Zitiervorschlag:
VG Frankfurt (Oder) Beschl. v. 20.10.2017 – 3 K 3253/17, BeckRS 2017, 130306

BeckRS 2017, 130314

VG Frankfurt (Oder) (6. Kammer), Beschluss vom 18.10.2017 - VG 6 K 3340/17.A

Titel:
Delegationsermächtigung, Übertragungsermächtigung, Ermächtigungsgrundlage, Internet, Herkunftsstaat, Rechtsgrundlage, Verbraucherschutz, Zitiergebot, Änderungsverordnung

Normenketten:
VwGO § 52 Nr. 2 S. 4

BbgJuZÜV § 1
GerZV § 15 Abs. 2
AsylG § 83 Abs. 3 S. 2
BbgGerZV § 15
GG Art. 80 Abs. 1 S. 3
ÄndVOBbgGerZV Art. 1 Nr. 1

Rechtsgebiete:

Sonstiges besonderes Verwaltungsrecht, Staats- und Verfassungsrecht, Verwaltungsverfahren und -prozess

Schlagworte:

Delegationsermächtigung, Übertragungsermächtigung, Ermächtigungsgrundlage, Internet, Herkunftsstaat, Rechtsgrundlage, Verbraucherschutz, Zitiergebot, Änderungsverordnung

ECLI:

ECLI:DE:VGFRANK:2017:1018.VG6K3340.17.A.0A

Text1

Verwaltungsgericht Frankfurt (Oder)
VG 6 K 3340/17.A
Beschluss
In dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren
der ...,
Klägerin,
gegen
die ...,
Beklagte,
wegen Asylrecht
hat die 6. Kammer des Verwaltungsgerichts Frankfurt (Oder)
am 18. Oktober 2017
durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgericht Dr. Hiester,
den Richter am Verwaltungsgericht Schröder und
den Richter am Verwaltungsgericht Hempen
beschlossen:

Tenor:

Das Verwaltungsgericht Frankfurt (Oder) erklärt sich für örtlich unzuständig.
Der Rechtsstreit wird an das Verwaltungsgericht Cottbus verwiesen.

Gründe:

1 Gemäß § 83 Satz 1 der Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO – in Verbindung mit [i. V. m.] § 17 a Abs. 2 Satz 1 des Gerichtsverfassungsgesetzes erklärt sich das Verwaltungsgericht Frankfurt (Oder) nach Anhörung der Beteiligten für örtlich unzuständig und verweist den Rechtsstreit an das Verwaltungsgericht Cottbus, das hierfür zuständig ist auf der Grundlage der Vorschriften des § 52 Nr. 2 Satz 4 VwGO i. V. m. § 83 Abs. 3 des Asylgesetzes – AsylG – in der gegenwärtig gültigen Fassung vom 20. Oktober 2015 (BGBl. I S. 1722) i. V. m. § 1 Nummer 59 der (brandenburgischen) Verordnung zur Übertragung von Zuständigkeiten zum Erlass

von Rechtsverordnungen auf das für Justiz zuständige Mitglied der Landesregierung (Justiz-Zuständigkeitsübertragungsverordnung – BbgJuZÜV) vom 09. April 2014 (GVBl. II Nr. 23) in der Fassung der Ersten Verordnung zur Änderung der Justiz-Zuständigkeitsübertragungsverordnung vom 25. Januar 2016 (GBVl. II Nr. 2) [im Folgenden als – 1. ÄndVOBbgJuZÜV – bezeichnet] in Verbindung mit § 15 Abs. 2 der (brandenburgischen) Verordnung über gerichtliche Zuständigkeiten und Zuständigkeitskonzentrationen (Gerichtszuständigkeitsverordnung – BbgGerZV) vom 02. September 2014 (GVBl. II Nr. 62) in der Fassung der Ersten Verordnung zur Änderung der Gerichtszuständigkeitsverordnung vom 14. Juni 2016 (GVBl. II Nr. 30) [im Folgenden als – 1. ÄndVOBbgGerZV – bezeichnet].

I.

2 Gemäß § 52 Nr. 2 Satz 4 VwGO ist, soweit ein Land, in dem der Ausländer seinen Aufenthalt zu nehmen hat, von der Möglichkeit des § 83 Abs. 3 des Asylgesetzes Gebrauch gemacht hat, dasjenige Verwaltungsgericht örtlich zuständig, das nach dem Landesrecht für Streitigkeiten nach dem Asylgesetz betreffend den Herkunftsstaat des Ausländers zuständig ist. Nach der Delegationsermächtigung (Übertragungsermächtigung) des § 83 Abs. 3 Satz 1 AsylG sind Landesregierungen ermächtigt, Streitigkeiten nach dem Asylgesetz hinsichtlich bestimmter Herkunftsstaaten durch Rechtsverordnung einem Verwaltungsgericht für die Bezirke mehrerer Verwaltungsgerichte zuzuweisen, sofern dies für die Verfahrensförderung dieser Streitigkeiten sachdienlich ist. Die in § 83 Abs. 3 Satz 1 AsylG enthaltene Ermächtigung können die Landesregierungen nach der Subdelegationsermächtigung (Weiterübertragungsermächtigung) des § 83 Abs. 3 Satz 2 AsylG auf andere Stellen übertragen (vgl. zum Begriff der Subdelegationsermächtigung: Schwarz, DÖV 2002, 852, [854]; Bundesministerium der Justiz, Handbuch der Rechtsförmlichkeit in der Fassung der Bekanntmachung vom 22. September 2008 im Bundesanzeiger Nummer 160a [Fundstelle im Internet: hdr.bmj.de], Randnummer [Rdnr.] 801).

3 Von der in § 83 Abs. 3 Satz 2 AsylG enthaltenen Subdelegationsermächtigung hat die Brandenburgische Landesregierung Gebrauch gemacht und die 1.ÄndVOBbgJuZÜV vom 25. Januar 2016 erlassen. Dabei wurde mit der Änderungsvorschrift des Art. 1 Nummer 2 der 1. ÄndVOBbgJuZÜV die ursprüngliche Stammvorschrift des § 1 BbgJuZÜV vom 09. April 2014 in der Weise geändert und ergänzt (vgl. zur Definition der Begriffe „Stammverordnung", „Änderungsverordnung" und „Änderungsvorschrift": Handbuch der Rechtsförmlichkeit, a.a.O., Rdnrn. 492, 494, 517, 765, 812 und 813), dass an den bisherigen § 1 Nummer 58 BbgJuZÜV eine neue Nummer 59 angefügt worden ist, durch die wiederum die Ermächtigung des § 83 Abs. 3 Satz 1 AsylG für die verordnungsrechtliche Bestimmung der Gerichtszuständigkeit weiter übertragen wird auf das für die Justiz zuständige Mitglied der Landesregierung (vgl. zum Begriff der Subdelegation und der verordnungsrechtlichen Ermächtigungsübertragung: Handbuch der Rechtsförmlichkeit, a.a.O., Rdnrn. 394, 801 und 802).

4 Auf der Grundlage der gesetzlichen Delegationsermächtigung des § 83 Abs. 3 Satz 1 AsylG in Verbindung mit der verordnungsrechtlichen Ermächtigungsweiterübertragungsvorschrift des „§ 1 Nummer 59 der Justiz-Zuständigkeitsübertragungsverordnung vom 9. April 2014 (GVBl. II Nr. 23), der durch die Verordnung vom 25. Januar 2016 (GVBl. II Nr. 2) eingefügt worden ist",

hat der (brandenburgische) Minister der Justiz und für Europa und Verbraucherschutz als das für Justiz zuständige Mitglied der Landesregierung die 1. ÄndVOBbgGerZV vom 14. Juni 2016 erlassen und dabei mit der Änderungsvorschrift des Art. 1 Nummer 1 der 1. ÄndVOBbgGerZV den neuen § 15 BbgGerZV in die ursprüngliche Stammverordnung der BbgGerZV vom 02. September 2014 (GVBl. II Nr. 62) eingefügt. Nach dem hiernach nunmehr in die Gerichtszuständigkeitsverordnung eingefügten § 15 Abs. 2 BbgGerZV in der Fassung vom 14. Juni 2016 ist das Verwaltungsgericht Cottbus das zuständige Verwaltungsgericht für Streitigkeiten nach dem Asylgesetz für betroffene Personen, soweit sie sich auf eine Verfolgung oder auf eine sonstige schädigende Maßnahme unter anderem in dem Herkunftsstaat Ghana berufen. Der Begriff des Herkunftsstaates im Sinne dieser Vorschrift ist im Lichte des § 3 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a) AsylG dahingehend bundesrechtskonform auszulegen, dass es sich bei dem Herkunftsstaat unter anderem um das Land handelt, dessen Staatsangehörigkeit der Ausländer besitzt.

II.

5 In Anwendung der vorstehend angeführten Rechtsvorschriften ist das Verwaltungsgericht Cottbus das für diesen Rechtsstreit örtlich zuständige Gericht. Das Herkunftsland der Klägerin ist Ghana, weil sie ausweislich ihrer Antwort auf die Frage Nummer 2 in der am 12. September 2017 durchgeführten Anhörung (vgl. Seite 2 der Niederschrift über die Anhörung gem. § 25 AsylG am 12.09.2017 [Blatt 60 der Bundesamtsakte 7201519-238]), deren Richtigkeit von dem bei dieser Anhörung anwesenden Dolmetscher nicht in Zweifel gezogen worden war (vgl. Seite 4 der vorgenannten Niederschrift, a.a.O., Blatt 62), nur die ghanaische Staatsangehörigkeit besitzt. Indem sie Gründe vorgetragen hat, weshalb sie Ghana verlassen hat (vgl. Seite 4 der Niederschrift, a.a.O.), hat sie sich zumindest auf eine sonstige schädigende Maßnahme in ihrem Herkunftsstaat berufen.

III.

6 § 15 Abs. 2 BbgGerZV in der Fassung des Art. 1 Nummer 1 der 1. ÄndVOBbgGerZV vom 14. Juni 2016 ist eine gültige Rechtsvorschrift, die im vorliegenden Fall zur Anwendung kommt; insbesondere ist sie nicht verfassungswidrig und demzufolge auch nicht nichtig (vergl. hierzu jedoch die abweichende Ansicht des Verwaltungsgerichts [VG] Potsdam, Beschluss vom 06. September 2017 - VG 6 L 676/17.A -, Seite 3 und 6 des amtlichen Entscheidungsabdrucks), weil der (brandenburgische) Minister der Justiz und für Europa und Verbraucherschutz zuständig ist für den Erlass dieser Vorschriften auf der Grundlage der seinerseits nicht verfassungswidrigen und damit gültigen verordnungsrechtlichen Subdelegationsvorschrift des § 1 Nummer 59 BbgJuZÜV in der Fassung des Art. 1 Nummer 2 der 1. ÄndVOBbgJuZÜV vom 25. Januar 2016 (dazu nachfolgend im Abschnitt III.1. dieses Beschlusses) und weil die 1. ÄndVOBbgGerzV vom 14. Juni 2016, mit der die Vorschrift des § 15 Abs. 2 BbgGerZV in die ursprüngliche Stammverordnung der BbgGerZV vom 2. September 2014 eingefügt wurde, nicht gegen das verfassungsrechtliche Zitiergebot des Art. 80 Abs. 1 Satz 3 des Grundgesetzes (GG) verstößt (dazu nachfolgend im Abschnitt III.2. dieses Beschlusses).

7 1. Der (brandenburgische) Minister der Justiz und für Europa und Verbraucherschutz ist zuständig für den Erlass des § 15 Abs. 2 BbgGerZV, weil ihm die Ermächtigung zum Erlass dieser Vorschrift in einer rechtswirksamen Weise

durch die rechtswirksame verordnungsrechtliche Subdelegationsvorschrift des § 1 Nummer 59 BbgJuZÜV übertragen worden ist.

8 a) Ihrerseits verstößt die verordnungsrechtliche Subdelegationsvorschrift des § 1 Nummer 59 BbgJuZÜV, die durch die Änderungsvorschrift des Art. 1 Nummer 2 der 1. ÄndVOBbgJuZÜV vom 25. Januar 2016 in die ursprüngliche Stammverordnung der BbgJuZÜV vom 09. April 2014 eingefügt worden war, nicht gegen das verfassungsrechtliche Zitiergebot des Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG (vgl. hierzu im Hinblick auf § 1 Nummer 59 BbgJuZÜV jedoch die abweichende Ansicht des VG Potsdam, a.a.O., Seite 6, das allerdings auf Seite 5 im Hinblick auf die 1.ÄndVOBbgJuZÜV das Zitiergebot offenbar als eingehalten erachtet). An den Vorgaben des Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG sind auch landesrechtliche Rechtsverordnungen zu messen, die (wie hier die BbgJuZÜV und deren Änderungsverordnungen) auf einer bundesrechtlichen Ermächtigung (wie hier dem § 83 Abs. 3 AsylG) beruhen (vgl. zu Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG als Maßstabsnorm für landesrechtliche Rechtsverordnungen, die auf bundesrechtlichen Ermächtigungen beruhen: Bayerischer Verfassungsgerichtshof, Entscheidung vom 24. Mai 1973 – Vf. 19-VII-72 –, zitiert nach Juris).

9 aa) Gemäß Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG ist in der Verordnung die Rechtsgrundlage anzugeben.

10 Bei der hiernach anzugebenden Rechtsgrundlage handelt es sich um die Ermächtigungsgrundlage, auf der die Verordnung beruht (vgl. Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, Band V, Art. 80 Abs. 1 GG, Anmerkung [Anm.] 125 [Lfg. 70 Dezember 2013]). Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, die für eine authentische Auslegung der Vorschriften des Grundgesetzes allein maßgeblich ist, werden mit dem Zitiergebot des Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG mehrere Zwecke bzw. Ziele verfolgt: Das Zitiergebot soll – erstens – die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage kenntlich und auffindbar machen; es soll – zweitens – auch die Feststellung ermöglichen, ob der Verordnungsgeber beim Erlass der Regelungen von einer gesetzlichen Ermächtigung überhaupt Gebrauch machen wollte; außerdem dient Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG – drittens – der Offenlegung des Ermächtigungsrahmens gegenüber dem Adressaten der Verordnung, dem die Kontrolle ermöglicht werden soll, ob die Verordnung mit dem ermächtigenden Gesetz übereinstimmt, und dem die Prüfung erleichtert werden soll, ob sich der Verordnungsgeber beim Erlass der Verordnung im Rahmen der ihm erteilten Ermächtigung gehalten hat (vgl. hierzu: Bundesverfassungsgericht [BVerfG], Urteil vom 06. Juli 1999 - 2 BvF 3/90 - sub [= unter dem Abschnitt] D.I.1., BVerfGE 101, 1, [42], zitiert nach Juris, Rdnr. 155 sowie Beschluss vom 01. April 2014 - 2 BvF 1/12, 2 BvF 3/12 - sub B.II.3, BVerfGE 136, 69, [113], zitiert nach Juris, Rdnr. 99).

11 bb) Ausgehend hiervon muss die Ermächtigungsgrundlage so genau bezeichnet werden, dass kein Zweifel darüber besteht, welche Vorschrift gemeint ist (vgl. Bundesverwaltungsgericht [BVerwG], Urteil vom 14. Dezember 1982 - 1 C 23/79 - NJW 83, 1922 [re.Sp.]). Dementsprechend ist in einer Verordnung nicht nur das ermächtigende Gesetz zu nennen, sondern auch die ermächtigende Einzelvorschrift aus dem ermächtigenden Gesetz, weil nur auf diese Weise sichergestellt werden kann, dass die Adressaten einer Verordnung deren Rechtsgrundlagen erkennen und ihre Einhaltung durch den Verordnungsgeber nachprüfen können (vgl. BVerfG, Urteil vom 06. Juli 1999 - 2 BvF 3/90 - sub D.I.1. und DI.2., BVerfGE 101, 1, [41,42], zitiert nach Juris, Rdnrn. 152, 158).

Hierfür muss die jeweilige Ermächtigungsgrundlage jedoch nicht bei jeder Einzelbestimmung einer Verordnung angegeben werden, sondern es ist ausreichend, wenn die Rechtsgrundlage (Verordnungsermächtigung) am Beginn der jeweiligen Verordnung gebündelt angeführt wird (vgl. BVerfG, Urteil vom 06. Juli 1999 - 2 BvF 3/90 - sub DI.2., BVerfGE 101, 1, [42], zitiert nach Juris, Rdnr. 157 sowie Beschluss vom 01. April 2014 - 2 BvF 1/12, 2 BvF 3/12 - sub B.II.3, BVerfGE 136, 69, [113/114], zitiert nach Juris, Rdnr. 100).

Den vorstehenden verfassungsgerichtlichen Ausführungen ist allerdings nicht zu entnehmen, dass die Ermächtigungsgrundlage für den Erlass einer Rechtsverordnung ausschließlich im Einleitungssatz einer Rechtsverordnung zu zitieren ist und niemals an einer anderen Stelle der Rechtsverordnung angegeben werden darf. Denn das Zitiergebot des Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG wird bereits dann eingehalten, wenn die in Frage kommenden Ermächtigungen „ohne Schwierigkeit erkennbar" sind (vgl. BVerfG, Beschluss vom 18. Oktober 1966 - 2 BvR 386/63, 2 BvR 478/63 -, zitiert nach Juris, Rdnr. 54). Dementsprechend wird den Regelungszwecken des verfassungsrechtlichen Zitiergebotes auch dann Genüge getan, wenn der eine Teil der maßgeblichen Ermächtigungsgrundlagen für den Erlass einer Rechtsverordnung zum einen in der Eingangsformel dieser Rechtsverordnung zitiert und zum anderen der andere Teil der Ermächtigungsgrundlagen direkt in den Einzelvorschriften der betreffenden Verordnung angegeben wird, sofern nach Maßgabe der jeweiligen Regelungszwecke des Zitiergebotes sämtliche Ermächtigungsgrundlagen in zweifelsfreier Weise kenntlich und ohne Schwierigkeiten auffindbar gemacht werden und die Prüfung ermöglicht wird, dass der Verordnungsgeber bei Erlass der Verordnung von einer Ermächtigung Gebrauch machen wollte und die Verordnung sich im Rahmen der Ermächtigung gehalten hat.

b) Den vorstehend angeführten Anforderungen des Zitiergebotes des Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG genügt die Subdelegationsvorschrift des § 1 Nummer 59 BbgJuZÜV, die durch den Artikel 1 Nummer 2 der 1.ÄndVOJuZÜV vom 25. Januar 2016 in die bisherige BbgJuZÜV vom 09. April 2014 eingefügt worden ist, weil die gesetzliche Subdelegationsermächtigung des § 83 Abs. 3 Satz 2 AsylG sowie die gesetzliche Delegationsermächtigung des § 83 Abs. 3 Satz 1 AsylG im Normtext der 1.ÄndVOBbgJuZÜV angeführt werden.

Die Eingangsformel der 1.ÄndVOBbgJuZÜV vom 25. Januar 2016 (GVBl. II Nr. 2) hat folgenden Wortlaut:

„Auf Grund des § 83 Abs. 3 Satz 2 des Asylgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. September 2008 (BGBl. I S. 1798), der durch Artikel 1 des Gesetzes vom 20. Oktober 2015 (BGBl. I S. 1722) eingefügt worden ist, verordnet die Landesregierung: … ".

Art. 1 der 1.ÄndVOBbgJuZÜV vom 25. Januar 2016 (GVBl. II Nr. 2) hat folgenden Wortlaut:

„§ 1 der Justiz-Zuständigkeitsübertragungsverordnung vom 9. April 2014 (GVBl. II Nr. 23) wird wie folgt geändert:

1. In Nummer 58 wird der Punkt am Ende durch ein Semikolon ersetzt.

2. Folgende Nummer 59 wird angefügt:

„59. Asylgesetz:

die Ermächtigung nach § 83 Abs. 3 Satz 1." ".

Die in der Eingangsformel der 1.ÄndVOBbgJuZÜV angeführte

7 Subdelegationsermächtigung des § 83 Abs. 3 Satz 2 AsylG befindet sich innerhalb der Subdelegationsverordnung des § 1 Nummer 59 BbgJuZÜV in der Fassung des Art. 1 Nummer 2 der 1. ÄndVOJuZÜV vom 25. Januar 2016 (vgl. dazu die nachfolgenden Ausführungen im Abschnitt III.1.b) aa)); eine gesonderte und zusätzliche Änderung der Eingangsformel in der Stammverordnung der BbgJuZÜV ist nicht zwingend notwendig gewesen (vgl. dazu die nachfolgenden Ausführungen im Abschnitt III.1.b) bb)); die gesetzliche Delegationsermächtigung des § 83 Abs. 3 Satz 1 AsylG wird in einer ausreichenden Weise innerhalb der Einzelnorm § 1 Nummer 59 BbgJuZÜV ausdrücklich genannt, die sich wiederum innerhalb des Normtextes des Art. 1 Nummer 2 der 1. ÄndVOBbgJuZÜV befindet (vgl. dazu die nachfolgenden Ausführungen im Abschnitt III.1.b) cc)) .

1 aa) Das erforderliche Zitat der gesetzlichen Subdelegationsermächtigung des § 83
8 Abs. 3 Satz 2 AsylG ist im Sinne des Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG auch „in" (mithin innerhalb) der verordnungsrechtlichen Subdelegationsvorschrift des § 1 Nummer 59 BbgJuZÜV, die durch Art. 1 Nummer 2 der 1. ÄndVOBbgJuZÜV vom 25. Januar 2016 in die ursprüngliche Stammverordnung der BbgJuZÜV eingefügt worden ist, angegeben worden (vgl. hierzu jedoch die abweichenden Feststellungen des VG Potsdam, a.a.O., Seite 6). Insoweit untergliedert sich Art. 1 Nummer 2 der 1. ÄndVOBbgJuZÜV, der nicht als eine Ermächtigungsgrundlage für den Erlass des § 1 Nummer 59 BbgJuZÜV fungiert (vgl. hierzu jedoch die abweichende Normqualifizierung des VG Potsdam, a.a.O., Seiten 5 und 6), sondern als eine klassische verordnungsrechtliche Änderungsvorschrift zu qualifizieren ist (vgl. zum Begriff der „Änderungsverordnung: Handbuch der Rechtsförmlichkeit: Rdnrn. 492, 494, 517, 765, 812 und 813), in zwei Regelungsbestandteile (vgl. hierzu: Handbuch der Rechtsförmlichkeit, a.a.O., Rdnrn. 499, 812):

Zum einen enthält diese Vorschrift einen <u>änderungssprachlichen</u> Teil mit Änderungsbefehlen, durch die an einer bestimmten Stelle im Wortlaut der vorhandenen (erstmalig erlassenen) Stammvorschrift eine Änderung vorgenommen wird, indem zu der bisherigen Stammvorschrift beispielsweise neue Normteile hinzugefügt werden (vgl. hierzu: Handbuch der Rechtsförmlichkeit, a.a.O., Rdnrn. 499, 556, 609 und 812). Zum änderungssprachlichen Teil des Art. 1 Nummer 2 der 1. ÄndVOBbgJuZÜV gehören hier die Normteile:

„§ 1 der Justiz-Zuständigkeitsübertragungsverordnung vom 9. April 2014 (GVBl. II Nr. 23) wird wie folgt geändert:

1. …

1 2. Folgende Nummer 59 wird angefügt: … ".

92 Die vorstehend zitierten änderungssprachlichen Teile des Art. 1 der 1.
0 ÄndVOBbgJuZÜV enthalten unter anderem den Änderungsbefehl, dass im unmittelbaren Anschluss an die vorangegangene Nummer 58 des § 1 BbgJuZÜV vom 09. April 2014 eine neue Nummer 59 angefügt und damit dem bisherigen § 1 BbgJuZÜV in der Fassung vom 09. April 2014 hinzugefügt wird. Mit Inkrafttreten der 1. ÄndVOBbgJuZÜV, die nach ihrem Art. 2 einen Tag nach ihrer Verkündung im Gesetz- und Verordnungsblatt Teil II, Nummer 2 vom 28. Januar 2016 in Kraft getreten war, haben sich die änderungssprachlichen Teile der Nummern 1 und 2 des Art. 1 der 1. ÄndVOBbgJuZÜV erledigt (vgl. zu Inhalt, Rechtswirkungen des Änderungsbefehls „anfügen" im änderungssprachlichen Teil einer Änderungsverordnung und zur Erledigung des änderungssprachlichen Teils einer Änderungsverordnung: Handbuch der Rechtsförmlichkeit, a.a.O., Rdnrn. 499, 556,

609, 812 und 816).

Zum zweiten enthält Art. 1 Nummer 2 der 1. ÄndVOBbgJuZÜV einen regelungssprachlichen Teil, der den Gegenstand des Änderungsbefehls bildet und in diesen eingebettet ist; im regelungssprachlichen Teil der Änderungsvorschrift befinden sich diejenigen durch Anführungszeichen gekennzeichneten Normteile, die auf Grund des änderungssprachlichen Änderungsbefehls zum neuen Wortlaut der Stammvorschrift werden sollen (vgl. zum Inhalt und zur Kennzeichnung des regelungssprachlichen Teiles einer Änderungsverordnung: Handbuch der Rechtsförmlichkeit, a.a.O., Rdnrn. 499, 591 und 812).

21 Zum regelungssprachlichen Teil des Art. 1 Nummer 2 der 1. ÄndVOBbgJuZÜV gehört hier der mit Anführungszeichen gekennzeichnete Normteil:

„59. Asylgesetz:
die Ermächtigung nach § 83 Abs. 3 Satz 1." ".

22 Mit Inkrafttreten der 1.ÄndVOBbgJuZÜV ist die im regelungssprachlichen Teil des Art. 1 Nummer 2 der 1.ÄndVOBbgJuZÜV angeführte Nummer 59 des § 1 BbgJuZÜV an die bisherige Nummer 58 der Stammvorschrift des § 1 BbgJuZÜV in der Fassung vom 09. April 2014 angefügt worden und damit zum wirksamen Bestandteil der bisherigen Stammvorschrift des § 1 BbgJuZÜV geworden (vgl. zu den Rechtswirkungen des regelungssprachlichen Teiles einer Änderungsverordnung: Handbuch der Rechtsförmlichkeit, a.a.O., Rdnrn. 499, 556, 609 und 812). Denn der im änderungssprachlichen Teil des Art. 1 Nummer 2 der 1. ÄndVOBbgJuZÜV enthaltene Änderungsbefehl „wird … angefügt" bewirkt als Rechtsfolge, dass die Nummer 59 des § 1 BbgJuZÜV als regelungssprachlicher Teil des Art. 1 Nummer 2 der 1. ÄndVOBbgJuZÜV zum integralen Bestandteil der bisherigen Stammvorschrift, nämlich der BbgJuZÜV vom 09. April 2014, wird.

§ 1 Nummer 59 BbgJuZÜV in der nunmehr geltenden Fassung des regelungssprachlichen Teiles des Art. 1 Nummer 2 der 1. ÄndVOBbgJuZÜV vom 25. Januar 2016 hat danach folgenden Regelungsinhalt:

„Die nachstehenden Ermächtigungen zum Erlass von Rechtsverordnungen werden im Umfang ihrer jeweiligen Fassung auf das für Justiz zuständige Mitglied der Landesregierung übertragen:
1. …
…
59. Asylgesetz:
die Ermächtigung nach § 83 Abs. 3 Satz 1."

Sowohl bei dem neuen § 1 Nummer 59 BbgJuZÜV in der Fassung des regelungssprachlichen Teiles des Art. 1 Nummer 2 der 1. ÄndVOBbgJuZÜV vom 25. Januar 2016 als auch bei der Justiz-Zuständigkeitsübertragungsverordnung vom 09. April 2014 als ursprünglicher Stammverordnung handelt es sich danach nicht mehr um zwei weiterhin eigenständige Rechtsnormen oder um zwei verschiedene Rechtsverordnungen (vgl. hierzu jedoch die offenbar abweichenden Feststellungen des VG Potsdam, a.a.O., Seiten 5 und 6). Stattdessen bilden sowohl die nicht geänderten Teile der ursprünglichen Stammverordnung der Justiz-Zuständigkeitsübertragungsverordnung vom 09. April 2014 als auch die regelungssprachlichen Teile der 1. ÄndVOBbgJuZÜV vom 25. Januar 2016, zu denen auch der durch Art. 1 Nummer 2 der 1.ÄndVOJuZÜV angefügte § 1 Nummer 59 BbgJuZÜV gehört, als einheitliche Rechtsverordnung eine Einheit. Denn – wie vorstehend im Abschnitt III.1.a) aa)) dieses Beschlusses ausgeführt wurde – hat

der änderungssprachliche Teil des Art. 1 Nummer 2 der 1.ÄndVOBbgJuZÜV vom 25. Januar 2016 den § 1 Nummer 59 BbgJuZÜV als regelungssprachlichen Teil des Art. 1 Nummer 2 der

2 1. ÄndVOBbgJuZÜV mit dem bisherigen § 1 BbgJuZÜV aus der Stammverordnung
3 vom 09. April 2014 zu einer einzigen Rechtsverordnung verschmolzen, die nunmehr als BbgJuZÜV vom 09. April 2014 in der Fassung der 1.ÄndVOBbgJuZÜV vom 25. Januar 2016 fortgilt.

Ausgehend hiervon befindet sich die im regelungssprachlichen Teil des Art. 1 Nummer 2 der 1. ÄndVOBbgJuZÜV erwähnte und damit darin enthaltene Nummer 59 des § 1 BbgJuZÜV zugleich innerhalb des Verordnungstextes der Ersten Verordnung zur Änderung der Justiz-Zuständigkeitsübertragungsverordnung vom 25. Januar 2016, in deren Eingangsformel wiederum die gesetzliche Subdelegationsermächtigung des § 83 Abs. 3 Satz 2 AsylG zitiert ist (vgl. hierzu allerdings die hiervon abweichenden Feststellungen des VG Potsdam, a.a.O., Seite 6).

Insoweit wird die in der Eingangsformel der 1. ÄndVOBbgJuZÜV zitierte gesetzliche Subdelegationsermächtigung des § 83 Abs. 3 Satz 2 AsylG entsprechend dem ersten Regelungszweck des Zitiergebotes des Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG auch für die innerhalb des Art. 1 Nummer 2 der 1.ÄndVOJuZÜV enthaltene Nummer 59 des § 1 BbgJuZÜV kenntlich und auffindbar gemacht, weil sich die Nummer 59 des § 1 BbgJuZÜV innerhalb des Verordnungstextes der Änderungsverordnung vom 25. Januar 2016 befindet.

Auf diese Weise wird zugleich die Feststellung entsprechend dem zweiten Regelungszweck des verfassungsrechtlichen Zitiergebotes ermöglicht, dass die Landesregierung nicht nur in ihrer Eigenschaft als Änderungsverordnungsgeber, sondern zugleich auch in ihrer Eigenschaft als Verordnungsgeber für den § 1 Nummer 59 BbgJuZÜV in der Fassung des regelungssprachlichen Teiles des Art. 1 Nummer 2 der 1. ÄndVOJuZÜV von der gesetzlichen Subdelegationsermächtigung Gebrauch machen wollte. Denn es gibt keinen Grund zu der Annahme, dass der Änderungsverordnungsgeber den Gebrauch der zitierten Ermächtigungsgrundlage ausschließlich auf den Erlass des änderungssprachlichen Teils der Änderungsverordnung beschränken und die zitierte Ermächtigungsgrundlage nicht für den Erlass des regelungssprachlichen Teiles der zu ändernden Stammverordnung heranziehen wollte.

) Schließlich wird entsprechend dem dritten Regelungszweck des Zitiergebotes auch die Kontrolle ermöglicht, ob die neu in den § 1 BbgJuZÜV eingefügte Nummer 59, mit der die gesetzliche Delegationsermächtigung des § 83 Abs. 3 Satz 1 AsylG weiterübertragen wird, auch mit der gesetzlichen Subdelegationsermächtigungsgrundlage des § 83 Abs. 3 Satz 2 AsylG übereinstimmt und ob sich die Landesregierung beim Erlass der neuen Vorschrift des § 1 Nr. 59 BbgJuZÜV im Rahmen der ihr nach § 83 Abs. 3 Satz 2 AsylG erteilten gesetzlichen Subdelegationsermächtigung gehalten hat.

2 bb) Ebenfalls verfassungsrechtlich unbedenklich ist es, dass die 1. ÄndVOBbgJuZÜV
4 das Zitat der gesetzlichen Subdelegationsermächtigung des § 83 Abs. 3 Satz 2 AsylG allein in ihrer Eingangsformel angeführt hat und dabei nicht die Eingangsformel aus der Stammverordnung der BbgJuZÜV vom 09. April 2014 um das Zitat des § 83 Abs. 3 Satz 2 AsylG ergänzt hat, indem auch an die Nummer 58 der bisherigen Eingangsformel aus der Stammverordnung vom 09. April 2014

(GVBl. II Nr. 23, Seite 5) eine neue Nummer 59 angefügt worden wäre, die wiederum die gesetzliche Subdelegationsermächtigungsgrundlage des § 83 Abs. 3 Satz 2 AsylG nennt. Vielmehr ist es im Hinblick auf die Regelungszwecke des verfassungsrechtlichen Zitiergebotes ausreichend, wenn die für den Erlass einer Verordnung zu Grunde liegende Ermächtigungsgrundlage – wie hier – lediglich in der Eingangsformel der betreffenden Änderungsverordnung zitiert wird, ohne dass zusätzlich die Eingangsformel der Stammverordnung in entsprechender Weise ergänzt wird.

) Denn im Hinblick auf den ersten Regelungszweck des Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG wird das für die verordnungsrechtliche Subdelegationsvorschrift des § 1 Nummer 59 BbgJuZÜV erforderliche Zitat der gesetzlichen Subdelegationsermächtigung des § 83 Abs. 3 Satz 2 AsylG bereits durch die Nennung in der Eingangsformel der 1. ÄndVOBbgJuZÜV in einer ausreichenden Weise kenntlich gemacht, weil sich der im regelungssprachlichen Teil des Art. 1 Nummer 2 der 1. ÄndVOBbgJuZÜV enthaltene § 1 Nummer 59 im selben Normtext befindet wie das in der Eingangsformel der 1. ÄndVOBbgJuZÜV angeführte Zitat der gesetzlichen Subdelegationsermächtigung. Hinsichtlich der Auffindbarkeit der zitierten Ermächtigungsgrundlage ist in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass sich nach dem Erlass einer Änderungsvorschrift der nunmehr verbindlich geltende Norminhalt einer geänderten Gesamtvorschrift ohnehin nicht innerhalb eines einzigen, in visueller Hinsicht zusammenhängenden Textgefüges befindet (anders als dies in nichtamtlichen Gesetzes- und Vorschriftensammlungen jedoch suggeriert wird). Regelmäßig obliegt es daher den Normadressaten und Rechtsanwendern, den rechtsverbindlichen Inhalt und Normtext der geänderten Rechtsvorschrift auf die Weise zu ermitteln, dass zunächst der in einem amtlichen Verkündungsblatt veröffentlichte ursprüngliche Wortlaut der Stammvorschrift verglichen wird mit dem Wortlaut der regelungssprachlichen Bestandteile aus der in einem anderem Verkündungsblatt bekannt gemachten Änderungsvorschrift und sodann diese beiden Normteile in gedanklicher Hinsicht zusammengefügt werden (vgl. zur Methode der Ermittlung des Norminhaltes einer durch eine Änderungsvorschrift geänderten Stammvorschrift: Handbuch der Rechtsförmlichkeit, a.a.O., Rdnr. 500). Diese Art der Ermittlung des Norminhaltes einer Stammvorschrift in der Fassung der Änderungsvorschrift, die angesichts dessen, dass der überwiegende Teil der Rechtssetzungstätigkeit in der Änderung vorhandenen Rechts liegt (vgl. hierzu: Handbuch der Rechtsförmlichkeit, a.a.O., Rdnrn. 492 und 500), allgemein üblich ist, begegnet im Hinblick auf die Auffindbarkeit einer Rechtsnorm keinen grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Bedenken. Gleiches gilt dementsprechend für die verfassungsrechtlichen Anforderungen des Zitiergebotes, die maßgebend sind für das Auffinden des Zitates der Ermächtigungsgrundlage für eine geänderte Rechtsverordnung. Denn durch die dargelegte Methode zur Ermittlung des Norminhaltes einer aus einer Stamm- und Änderungsvorschrift bestehenden Rechtsnorm ist das innerhalb der Änderungsvorschrift enthaltene Zitat der Ermächtigungsgrundlage mit einem vergleichbaren Schwierigkeitsgrad aufzufinden wie es das Zitat der Ermächtigungsgrundlage in der geänderten Eingangsformel der Stammverordnung wäre, weil ein Normadressat zum Auffinden der Ermächtigungsgrundlage selbst dann die im Verkündungsblatt veröffentlichte Änderungsverordnung einsehen müsste, wenn die Änderungsverordnung das Zitat der Ermächtigungsgrundlage auch in die Eingangsformel der zu ändernden

Stammverordnung eingefügt hätte.

) Aus diesen Gründen wird der Ermächtigungsrahmen für den Erlass der regelungssprachlichen Teile einer Änderungsverordnung, mit denen die Stammverordnung geändert wird, auch dann in einer dem dritten Regelungszweck des Zitiergebotes genügenden Weise offengelegt, wenn das Zitat der Ermächtigungsgrundlage ohne eine Ergänzung der Eingangsformel der Stammverordnung mit diesem Zitat allein in der Eingangsformel der Änderungsverordnung angegeben wird.

) Entsprechend dem zweiten Regelungszweck des verfassungsrechtlichen Zitiergebotes hat der Änderungsverordnungsgeber beim Erlass der Änderungsverordnung schließlich in ausreichender Weise zu erkennen gegeben, dass er auch im Hinblick auf die zu ändernde Stammverordnung von der zitierten Ermächtigungsgrundlage Gebrauch machen wollte, weil regelmäßig davon ausgegangen werden kann, dass er von dieser Ermächtigungsgrundlage nicht nur für die änderungssprachlichen Teile der Änderungsverordnung, sondern auch für deren regelungssprachlichen Teile Gebrauch machen wollte, mit denen der Norminhalt der Stammverordnung geändert wird.

2 5 cc) Unbedenklich ist schließlich, dass die gesetzliche Delegationsermächtigung des § 83 Abs. 3 Satz 1 AsylG nicht in der Eingangsformel der 1.ÄndVOBbgJuZÜV zitiert worden ist, sondern lediglich die gesetzliche Subdelegationsermächtigung des § 83 Abs. 3 Satz 2 AsylG. Denn nach den Ausführungen im Abschnitt III.1.a) bb)) dieses Beschlusses sind die jeweils maßgeblichen Ermächtigungsgrundlagen für den Erlass einer Rechtsverordnung nicht zwingend in der Eingangsformel dieser Rechtsverordnung anzugeben. Im vorliegenden Fall ist die gesetzliche Delegationsermächtigung im Text der Einzelvorschrift des Art. 1 Nr. 2 der 1.ÄndVOBbgJuZÜV ausdrücklich angeführt worden.

) Dementsprechend sind hier beide Ermächtigungsgrundlagen innerhalb der 1.ÄndVOBbgJuZÜV entsprechend dem ersten Regelungszweck des Zitiergebotes zweifelsfrei kenntlich gemacht worden und ohne Weiteres auffindbar, weil diese Änderungsverordnung, deren Text sich allein auf der Seite 1 des Gesetz- und Verordnungsblattes Teil II Nummer 2 vom 28. Januar 2016 befindet, einen überschaubaren Umfang hat und lediglich zwei Änderungsbefehle in ihrem allein aus zwei Nummern bestehenden Art. 1 beinhaltet, der wiederum in ihrer Nummer 2 ausdrücklich „die Ermächtigung nach § 83 Abs. 3 Satz 1" AsylG nennt.

) Entsprechend der beiden übrigen Regelungszwecken des Zitiergebotes ist auf diese Weise schließlich offengelegt, dass sich der Änderungsverordnungsgeber auch der gesetzlichen Delegationsermächtigung des § 83 Abs. 3 Satz 1 AsylG bedienen wollte und ob sich die Subdelegation in deren Rahmen hält.

2 6 2. Auch der auf der hiernach wirksamen Subdelegationsvorschrift des § 1 Nummer 59 BbgJuZÜV in der Fassung des regelungssprachlichen Teiles des Art. 1 Nummer 2 der 1. ÄndVOJuZÜV erlassene § 15 Abs. 2 BbgGerZV in der Fassung des regelungssprachlichen Teiles des Art. 1 Nummer 1 der 1. ÄndVOBbgGerZV vom 14. Juni 2016 verstößt nicht gegen das verfassungsrechtliche Zitiergebot des Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG (a.A.: VG Potsdam, a.a.O., Seite 3 und 6).

2 7 a) Insoweit gilt das Zitiergebot des Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG auch für Rechtsverordnungen, die – wie hier die BbgGerZV und die 1.ÄndVOBbgGerZV – auf der Grundlage einer verordnungsrechtlichen Subdelegationsermächtigung erlassen worden sind (vgl. Maunz/Dürig, a.a.O., Art. 80 Abs. 1 GG, Anm. 126 mit weiteren

Nachweisen [m.w.Nw.] in Fußnote [Fn.] 2).

28 aa) Dem Zitiergebot genügt eine auf der Subdelegation beruhende Rechtsverordnung, wenn sie die Rechtsverordnung nennt, mit der die Ermächtigung weiter übertragen worden ist, sofern nur diese Subdelegationsvorschrift die für beide Rechtsverordnungen maßgebende gesetzliche Rechtsgrundlage eindeutig kennzeichnet; dabei ist vorauszusetzen, dass die die Verordnungsermächtigung weiterübertragende Rechtsverordnung (Subdelegationsvorschrift) beide gesetzlichen Grundlagen genügend deutlich angibt (vgl. Bundesgerichtshof, Urteil vom 30. September 1976 - III ZR 134/74 - sub I.1.d), MDR 1977, 474, [475], zitiert nach Juris, Rdnr. 22; VG Potsdam, a.a.O., Seite 4).

29 bb) Gleiches gilt erst recht, wenn in der auf der Subdelegation beruhenden Rechtsverordnung nicht nur die Subdelegationsverordnung bzw. die verordnungsrechtliche Subdelegationsermächtigung zitiert wird, sondern auch die gesetzliche Delegationsermächtigung (vgl. Handbuch der Rechtsförmlichkeit, a.a.O., Rdnr. 803; Maunz/Dürig, a.a.O., Art. 80 Abs. 1 GG, Anm. 126 m.w.Nw. in Fn. 4; Nierhaus in: Bonner Kommentar, Art. 80 Abs. 1 Rdnr. 325 [86. Lfg. November 1998]).

30 b) Unter Zugrundelegung der vorstehend angeführten Maßstäbe genügt die 1. ÄndVOBbgGerZV vom 14. Juni 2016 den Anforderungen des Zitiergebotes (a.A.: VG Potsdam, a.a.O., Seite 6). Die Eingangsformel der 1.ÄndVOBbgGerZV vom 14. Juni 2016 hat folgenden Wortlaut:

„Auf Grund des § 83 Abs. 3 Satz 1 des Asylgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. September 2008 (BGBl. I S. 1798), der durch Artikel 1 des Gesetzes vom 20. Oktober 2015 (BGBl. I S. 1722) eingefügt worden ist, in Verbindung mit § 1 Nummer 59 der Justiz-Zuständigkeitsübertragungsverordnung vom 9. April 2014 (GVBl. II Nr. 23), der durch die Verordnung vom 25. Januar 2016 (GVBl. II Nr. 2) eingefügt worden ist, verordnet Minister der Justiz und … : …"

31 Als Einzelvorschriften werden sowohl die gesetzliche Delegationsermächtigung des § 83 Abs. 3 Satz 1 AsylG am Beginn des Eingangssatzes in der Eingangsformel zitiert als auch vor dem zweiten Relativsatz der Eingangsformel die verordnungsrechtliche Subdelegationsvorschrift des „§ 1 Nummer 59 der Justiz-Zuständigkeitsübertragungsverordnung vom 9. April 2014 (GVBl. II Nr. 23), der durch die Verordnung vom 25. Januar 2016 (GVBl. II Nr. 2) eingefügt worden ist".

32 aa) Im Sinne des Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG befinden sich danach die in der Eingangsformel der 1. ÄndVOBbgGerZV angeführten Zitate der gesetzlichen Delegationsermächtigung des § 83 Abs. 3 Satz 1 AsylG sowie der verordnungsrechtlichen Delegationsermächtigung des § 1 Nummer 59 BbgJuZÜV innerhalb derselben Rechtsverordnung wie der neu eingefügte § 15 Abs. 2 GerZV in der Fassung des regelungssprachlichen Teils des Art. 1 Nummer 1 der 1.ÄndVOBbgGerZV, wobei die regelungssprachlichen Teile der 1. ÄndVOBbgGerZV gemeinsam mit den unverändert gebliebenen Teilen der Stammverordnung der BbgGerZV vom 2. September 2014 – in gleicher Weise, wie dies im Abschnitt III.1.b) aa)[illegible]) und [illegible]) dieses Beschlusses zur BbgJuZÜV und ihrer ersten Änderungsverordnung ausgeführt wurde – eine einheitliche Rechtsverordnung bilden.

33 bb) Des Weiteren ist die verordnungsrechtliche Subdelegationsermächtigung des § 1 Nummer 59 BbgJuZÜV auch in ihrer Eigenschaft als Einzelvorschrift mit

hinreichender Deutlichkeit in der Eingangsformel der 1.ÄndVOBbgGerZV vom 14. Juni 2016 gekennzeichnet worden. Dabei ist es unschädlich, dass aus der im zweiten Relativsatz der Eingangsformel der 1. ÄndVOBbgGerZV vom 14. Juni 2016 genannten „Verordnung vom 25. Januar 2016" nicht auch deren Art. 1 Nummer 2 als Einzelvorschrift zitiert worden ist (a. A.: VG Potsdam, a.a.O., Seite 6). Die Zitierung der Einzelvorschrift des Art. 1 Nummer 2 aus der 1.ÄndVOBbgJuZÜV ist hier nämlich entbehrlich. Denn bei Art. 1 Nummer 2 der 1.ÄndVOBbgJuZÜV handelt es sich weder um eine Ermächtigungsgrundlage für den Erlass der 1.ÄndVOBbgGerZ vom 14. Juni 2015 noch um eine verordnungsrechtliche Übertragungsvorschrift, mit der die gesetzliche Delegationsermächtigung des § 83 Abs. 3 Satz 1 AsylG auf das für Justiz zuständige Mitglied der brandenburgischen Landesregierung übertragen wurde (vgl. in diesem Sinne jedoch: VG Potsdam, a.a.O., Seiten 5 und 6); stattdessen ist Art. 1 Nummer 2 der 1.ÄndVOBbgJuZÜV – wie im Abschnitt III.1.b) aa) dieses Beschlusses ausgeführt wurde – als eine Änderungsvorschrift zu qualifizieren. Insoweit schreibt das Zitiergebot lediglich vor, dass in der Rechtsverordnung deren Ermächtigungsgrundlage zitiert wird; hingegen gebietet es Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG nicht zwingend, dass in der Rechtsverordnung stets auch die Einzelvorschrift aus einer Änderungsvorschrift zu der Ermächtigungsgrundlage zitiert wird. Geboten ist allein, dass die Ermächtigungsgrundlage so genau bezeichnet wird, dass kein Zweifel darüber besteht, welche Vorschrift gemeint ist (vgl. BVerwG, Urteil vom 14. Dezember 1982 - 1 C 23/79 - NJW 83, 1922 [re.Sp.]). Solche Zweifel bestehen hier indessen nicht. Denn die in der Eingangsformel der 1.ÄndVOBbgGerZV vom 14. Juni 2016 zitierte Subdelationsermächtigung des § 1 Nummer 59 BbgJuZÜV wird hier eindeutig und in einer zweifelsfreien Weise gekennzeichnet durch den in der Eingangsformel der 1. ÄndVOBbgGerZV enthaltenen zweiten Relativsatz („der durch die Verordnung vom 25. Januar 2016 (GVBl. II Nr. 2) eingefügt worden ist"). In diesem Relativsatz wird nicht nur allein die Fundstelle der Verordnung vom 25. Januar 2016 erwähnt (vgl. hierzu jedoch die abweichenden Feststellungen des VG Potsdam, a.a.O., Seiten 4, 5 und 6), sondern – wie dem Wort „eingefügt" am Ende des Relativsatzes zu entnehmen ist – auf den § 1 Nummer 59 BbgJuZÜV Bezug genommen, der durch den Art. 1 Nummer 2 der 1. ÄndVOBbgJuZÜV vom 25. Januar 2016 in die Stammverordnung der BbgJuZÜV vom 09. April 2014 eingefügt worden war. Für eine zweifelsfreie Identifizierung der in der Eingangsformel der 1. ÄndVOBbgGerZV vom 14. Juni 2016 angeführten verordnungsrechtlichen Subdelegationsermächtigung des § 1 Nummer 59 BbgJuZÜV ist innerhalb der Eingangsformel der 1. ÄndVOBbgGerZV jedoch keine zusätzliche Angabe der Einzelvorschrift des Art. 1 Nummer 2 aus der 1. ÄndVOBbgJuZÜV notwendig. Denn insoweit bestehen keine Zweifel, dass es sich bei der in der Eingangsformel der 1. ÄndVOBbgGerZV vom 14. Juni 2016 angeführten und mit der Fundstelle „GVBl. II Nr. 2" zitierten „Verordnung vom 25. Januar 2016" um die im Gesetz- und Verordnungsblatt Teil II, Nummer 2 vom 28. Januar 2016 veröffentlichte Erste Verordnung zur Änderung der Justiz-Zuständigkeitsverordnung vom 25. Januar 2016 handelt, weil in diesem Gesetz- und Verordnungsblatt außer der Ersten Verordnung zur Änderung der Justiz-Zuständigkeitsverordnung vom 25. Januar 2016 keine anderen Rechtsverordnungen veröffentlicht worden sind und die 1. ÄndVOBbgJuZÜV allein in ihrem Art. 1 Nr. 2 im Hinblick auf § 1 Nummer 59 BbgJuZÜV einen einzigen änderungssprachlichen Rechtsanwendungsbefehl enthält,

mit dem die Stammverordnung des § 1 der Justiz-Zuständigkeitsverordnung vom 9. April 2014 geändert wurde, indem an die Nummer 58 die Nummer 59 „angefügt" wurde.

3 cc) Schließlich bedarf es unter Zugrundelegung der im Abschnitt III.2.a) aa) dieses
4 Beschlusses angeführten Maßstäbe keines Zitates der gesetzlichen Subdelegationsermächtigung des § 83 Abs. 3 Satz 2 AsylG in der Eingangsformel der 1. ÄndVOBbgGerZV (vergl. hierzu jedoch die abweichende Feststellung des VG Potsdam, a.a.O., Seite 6), weil diese Subdelegationsermächtigung bereits – wie im Abschnitt III.1.b) aa) dieses Beschlusses ausgeführt wurde – in der verordnungsrechtlichen Subdelegationsvorschrift des § 1 Nummer 59 BbgJuZÜV zitiert worden ist.

IV.

3 Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 80 AsylG).

Zitiervorschlag:
5
VG Frankfurt (Oder) Beschl. v. 18.10.2017 – 6 K 3340/17, BeckRS 2017, 130314

BeckRS 2017, 117199

SG Berlin (137. Kammer), Urteil vom 08.05.2017 - S 137 AS 15874/16

Titel:
Leistungen, Bedarfsgemeinschaft, Leistungsbezug, vorläufige Bewilligung, Auslegung, Stichtagsregelung, Lebensunterhalt, Arbeitslosengeld, Zuordnungsprobleme, Existenzminimum
Normenketten:
GG Art. 1 Abs. 1, Art. 20 Art. 1 Abs. 1
SGB II § 28 Abs. 3
Amtlicher Leitsatz:
Bei der in § 28 Abs. 3 SGB II (persönlicher Schulbedarf) normierten Stichtagsregelung handelt es sich lediglich um einen Leistungszeitpunkt.
Rechtsgebiet:
Sozialrecht
Schlagworte:
Leistungen, Bedarfsgemeinschaft, Leistungsbezug, vorläufige Bewilligung, Auslegung, Stichtagsregelung, Lebensunterhalt, Arbeitslosengeld, Zuordnungsprobleme , Existenzminimum
ECLI:
ECLI:DE:SGBE:2017:0508.S137AS15874.16.0A
Rechtskraft:
unbekannt

Text1

Az.: S 137 AS 15874/16
Im Namen des Volkes
Urteil
In dem Rechtsstreit
...

vertreten durch ...
– Kläger –
Proz.-Bev.: ...
gegen
Jobcenter B. P., – Rechtsstelle S. Straße 133, 1. B.,
– Beklagter –
hat die 137. Kammer des Sozialgerichts Berlin ohne mündliche Verhandlung am 8. Mai 2017 durch den Richter Bühs sowie die ehrenamtliche Richterin Frau Z. und den ehrenamtlichen Richter Herr P.
für Recht erkannt:

Tenor:

Der Bescheid vom 22. September 2016 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 11. Oktober 2016 wird aufgehoben und der Beklagte dazu verpflichtet, dem Kläger Leistungen zur Ausstattung mit persönlichem Schulbedarf für das Schuljahr 2016/2017 in Höhe von 70,00 EUR zu gewähren.
Die Berufung wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

1 Die Beteiligten streiten über einen Anspruch auf sog. persönlicher Schulbedarf (sog. „Schulstartpaket"). Der Kläger ist 2006 geboren. Er besucht die H.-Schule in B. Hierbei handelt es sich um eine Förderschule mit dem Förderschwerpunkt geistige Entwicklung. Die Eltern des Klägers leben getrennt und stehen beide - wie der Kläger selbst - im SGB II Leistungsbezug.

2 Am 3. Februar 2016 beantragte die Mutter des Klägers beim Beklagten für sich und den Kläger Leistungen nach dem SGB II. Mit Bescheid vom 11. Februar 2016 bewilligte der Beklagte dem Kläger und dessen Mutter vorläufig Leistungen nach dem SGB II. Grund der vorläufigen Bewilligung war, dass zu diesem Zeitpunkt für den Beklagten nicht hinreichend klar war, ob bzw. inwieweit der Kläger zusammen mit seinem Vater eine sog. temporäre Bedarfsgemeinschaft bildete. Im Rahmen der nichtöffentlichen Sitzung des Amtsgerichts Pankow/Weißensee vereinbarten die Eltern des Klägers am 10. Juni 2016 unter anderen, dass der Kindesvater berechtigt und verpflichtet ist, mit dem Kläger alle 14 Tage von Freitag bis Montag zusammen zu sein (für die Einzelheiten der Vereinbarung nimmt die Kammer auf den entsprechenden gerichtlichen Vermerk Bezug). Mit Schreiben vom 5. Juli 2016 beantragte der Verfahrensbevollmächtigte in seiner Eigenschaft als Betreuer u.a. für den Kläger das sog. Schulstartpaket i.S.v. § 28 Abs. 3 SGB II und zwar für den 1. August 2016. Am 19. Juli 2016 erließ der Beklagte einen Änderungsbescheid für den Zeitraum 1. August 2016 bis 31. August 2016. Hier bewilligte er dem Kläger weniger Leistungen aufgrund des entsprechenden Aufenthalts bei seinem Vater.

3 Am 1. August 2016 hielt sich der Kläger aufgrund der o.g. Vereinbarung bei seinem Vater auf.

4 Mit Bescheid vom 22. September 2016 versagte der Beklagte den am 7. Juli 2016 gestellten Antrag auf Leistungen für Bildung und Teilhabe (§ 28 Abs. 3 SGB II) mit folgender Begründung: Der Anspruch bestehe nicht, denn der Kläger habe sich am 1. August nicht bei seiner Mutter aufgehalten. Dies sei aber für den geltend gemachten Anspruch zwingend erforderlich. Den hiergegen gerichteten Widerspruch wies der Beklagte als unbegründet zurück und vertiefte hierbei seine bisherigen Ausführungen: Mit Blick auf die mit dem Kindesvater bestehende

temporäre Bedarfsgemeinschaft bestünde jedenfalls daher für den Aufenthalt beim Vater kein Anspruch nach dem SGB II beim Beklagten. Der in der einschlägigen Rechtsgrundlage genannte Stichtag stelle ein anspruchsbegründendes Tatbestandsmerkmal dar (Stichtagsregelung). Vereinfacht gesagt: Wenn der Kläger nicht am 1. August 2016 bei seiner Mutter gewohnt hat, besteht auch kein Anspruch auf den persönlichen Schulbedarf nach § 28 Abs. 3 SGB II.

5 Hiergegen hat der Kläger - vertreten durch seine Mutter - mit Schriftsatz vom 11. November 2016 Klage erhoben und hierbei im Wesentlichen ausgeführt, dass die vom Beklagten rein formale Betrachtungsweise hier nicht maßgeblich sei. Entscheidend könne hier nur der jeweilige Lebensmittelpunkt des Klägers sein. Dieser liege unstreitig bei der Mutter des Klägers.

6 Der Kläger beantragt wörtlich:

1. Der Bescheid des Beklagten vom 22. September 2016 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 11. Oktober 2016 wird aufgehoben.

2. Der Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Leistungen zur Ausstattung mit persönlichem Schulbedarf für das Schuljahr 2016/2017 zu gewähren.

7 Der Beklagte beantragt,

der Antrag wird abgewiesen.

8 Der Vorsitzende hat mit Schreiben vom 20. Dezember 2016 den Beklagten gebeten, ein Anerkenntnis zu prüfen und hierbei im Wesentlichen darauf hingewiesen, dass der Beklagte vorliegend wohl die hier streitige Stichtagsregelung missinterpretiere (für die Einzelheiten nimmt die Kammer auf den entsprechenden Hinweis Bezug). Hierauf hat der Beklagte mit Schreiben vom 5. Januar 2017 ein antragsgemäßes Anerkenntnis in Aussicht gestellt und bereits ein entsprechendes Kostengrundanerkenntnis abgegeben. Mit weiterem Schreiben vom 7. Februar 2017 hat der Beklagte nunmehr mitgeteilt, dass er doch nicht dazu bereit ist, die Klageforderung anzuerkennen und erklärt, dass er an seiner bisherigen Rechtsaufassung (wieder) festhalte. Der Kläger hat das abgegebene Kostengrundanerkenntnis angenommen und den Rechtsstreit insoweit für erledigt erklärt. Wegen der weiteren Einzelheiten nimmt die Kammer im Übrigen auf die zugrunde liegende Behelfs- und Streitakte entsprechend Bezug.

Entscheidungsgründe:

I.

9 Das Gericht konnte nach § 124 Abs. 2 Sozialgerichtsgesetz (SGG) ohne mündliche Verhandlung entscheiden, weil die Beteiligten hiermit ihr Einverständnis erklärt haben.

II.

10 Die Klage hat Erfolg. Sie ist als kombinierte Anfechtungs- und Verpflichtungsklage statthaft und zulässig. Ist die Klage nämlich - wie hier - auf den Erlass eines Verwaltungsakts gerichtet, den die Behörde mit dem angefochtenen Bescheid abgelehnt hat, so ist die kombinierte Anfechtungs- und Verpflichtungsklage statthaft (BSG, Urteil vom 05. September 2006 - B 2 U 8/05 R -, Rn. 21, juris). Darüber hinaus handelt es sich bei den Leistungen für Schulbedarfe (bzw. der entsprechenden Ablehnung) um einen eigenständigen abtrennbaren Streitgegenstand, der sich isoliert und unabhängig von den übrigen Grundsicherungsleistungen geltend machen lässt (BSG, Urteil vom 19. Juni 2012 - B 4 AS 162/11 R -, Rn. 12, juris).

11 Die Klage ist auch begründet.

11 1. Anspruchsgrundlage ist danach § 28 Abs. 3 S. 1 SGB II. Das Gericht legt dabei
2 vorliegend die Fassung des Neuntes Gesetz zur Änderung des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch - Rechtsvereinfachung - sowie zur vorübergehenden Aussetzung der Insolvenzantragspflicht (Gesetz vom 26.7.2016 - Bundesgesetzblatt Teil I 2016 Nr. 37 29.07.2016 S. 1824) zugrunde, da dieses am 1. August 2016 in Kraft trat. Danach werden für die Ausstattung mit persönlichem Schulbedarf bei Schülerinnen und Schülern 70 Euro zum 1. August und 30 Euro zum 1. Februar eines jeden Jahres berücksichtigt.

1 2. Diese Voraussetzungen liegen vor.

31 Streitig ist vorliegend alleine: Setzt die Vorschrift zwingend voraus, dass sich der
4 Kläger am hier maßgeblichen Stichtag (1. August) bei seiner Mutter aufgehalten hat? Nach Auffassung der Kammer kann es hierauf nicht ankommen und zwar nach allen vier bekannten und üblichen Auslegungsmethoden, d.h. Wortlaut (a), Systematik, (b), Gesetzeshistorie (c) und Sinn und Zweck (d).

1 a. Unter dem Wortlaut bzw. Wortsinn versteht man die Bedeutung eines Ausdrucks
5 oder einer Wortverbindung im allgemeinen Sprachgebrauch oder, falls ein solcher feststellbar ist, im besonderen Sprachgebrauch des jeweils Redenden. Gleichzeitig ist - wiederum - eine Deutung dann nicht mehr Auslegung, sondern Umdeutung, die nicht mehr im Bereich des Wortsinns liegt (Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991, S. 320, 322 mwN.).

1 Ausgehend hiervon spricht der Wortlaut gegen die vom Beklagten vorgenommene
6 Rechtswendung.

1 Hierfür wäre nämlich nach Auffassung des Gerichts erforderlich, dass sich die
7 Stichtagsregelung als anspruchsbegründendes Tatbestandsmerkmal liest. Unter Berücksichtigung des Sprachgebrauchs des SGB II kann hiervon jedoch nicht die Rede sein. Vielmehr wäre nach Auffassung der Kammer hier eine Formulierung wie „wenn …" oder „soweit …" erforderlich gewesen, wie etwa bei § 28 Abs. 4 („soweit sie nicht von Dritten übernommen werden") oder bei § 28 Abs. 5 („soweit diese geeignet und zusätzlich erforderlich ist"). Ebenso zeigt hier ein Blick in das Handbuch der Rechtsförmlichkeit, dessen Vorgaben grundsätzlich nach § 42 Abs. 4, der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien (GGO) zu beachten sind, dass im Falle von kumulativen Tatbestandsvoraussetzungen dies entsprechend deutlich zu machen ist, wie etwa durch ein „und", ein „sowie" oder aber ein Komma (Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. Aufl., Teil B Allgemeine Empfehlungen für das Formulieren von Rechtsvorschriften Rn. 90).

1 Hieran fehlt es jedoch vorliegend.

81 Vielmehr heißt es hier „werden […] berücksichtigt" und zwar zu einem bestimmten
9 Datum („zum"). Daher kann hier der Wortsinn nur darin liegen, dass ein Kind, das die sonstigen Voraussetzungen i.S.d. § 28 Abs. 1 S. 2 SGB II erfüllt, für jeweils den 1. August und den 1. Februar einen entsprechenden Leistungsanspruch hat. Mit anderen Worten: Die Stichtagsregelung liest sich hier nicht als Tatbestandsvoraussetzung, sondern vielmehr als „Leistungszeitpunkt" (in diese Richtung auch: O. Loose in: Hohm, SGB II-Kommentar GK-SGB II 43, Dezember 2015, § 28 Rn 57).

2 b. Für diese am Wortsinn orientierte Auslegung spricht auch eine systematische
0 Auslegung: Der Bedeutungszusammenhang des Gesetzes bestimmt zunächst einmal in der gleichen Weise das Verständnis einzelner Sätze und Worte, wie auch das Verständnis einer Textstelle durch deren Kontext mit bestimmt wird. Dabei

lässt sich die Frage nach dem Bedeutungszusammenhang des Gesetzes weder völlig losgelöst von der nach dem möglichen Wortsinn, noch von anderen Auslegungskriterien beantworten (Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991, S. 324, 327).

21 Dies zugrunde gelegt, korrespondiert die oben vorgenommene Wortlautauslegung mit der vorliegenden.

22 So macht § 28 Abs. 3 S. 2 SGB II nach Auffassung der Kammer hier vor allem Folgendes deutlich: Die Vorschrift enthält eine Ausnahme in Satz 2 von der o.g. Stichtagsregelung für den Fall, dass ein Kind erst zu einem späteren Zeitpunkt eingeschult wird und insoweit zum Leistungszeitpunkt nicht die Voraussetzungen des § 28 Abs. 1 S. 2 SGB II erfüllt sind (kein Besuch einer allgemein- oder berufsbildenden Schule). Dies zeigt, dass es bei der Stichtagsregelung nur darum gehen kann, dass der Anspruchsteller zu den hier genannten Terminen auch die Schule besucht nicht jedoch an den konkreten Tag hilfebedürftig ist bzw. für diesen einen Tag gegenüber den zuständigen SGB II Leistungsträger einen Anspruch auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes hatte. Daher ist auch sinnvollerweise die hier geregelte Ausnahme erforderlich, da es durchaus sein kann, dass ein Kind aus irgendeinem Grund erst später in die Schule kommt und trotzdem Geld für z.B. Stifte, Mappen oder Geodreiecke braucht. Da allerdings der Wortlaut hier nach Auffassung der Kammer hinsichtlich § 28 Abs. 1 S. 2 SGB II in diesem Punkt eindeutig ist, war hier - ganz im Sinne von Larenz - eine entsprechende Ausnahmevorschrift erforderlich.

23 Darüber hinaus spricht auch eine systematische Auslegung - bezogen auf das ganze SGB II - für die vom erkennenden Gericht vorgenommene Betrachtungsweise. Dies insbesondere deshalb, weil - anders als bei den anderen Bedarfen des § 28 - für die Berücksichtigung der Bedarfe für die Ausstattung mit persönlichem Schulbedarf kein gesonderter Antrag erforderlich ist (§ 37 Abs. 1 S. 2 SGB II). Sie werden vielmehr vom allgemeinen Antrag auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts (§ 37 Abs. 1 S. 1) mit umfasst, da diese Bedarfe automatisch wiederkehrend anfallen (Eicher/Spellbrink/Luik SGB II § 28 Rn. 30, beck-online; Thommes in: Gagel, SGB II / SGB III, 64. Ergänzungslieferung Dezember 2016, § 28 Rn. 19). Insoweit sind die Leistungen auch pauschal zu zahlen und zwar für alle Schüler im Sinne von Abs. 1 Satz 2, die im Leistungsbezug stehen (Thommes in: Gagel, SGB II / SGB III, 64. Ergänzungslieferung Dezember 2016, § 28 Rn. 17, beck-online). Dies zeigt nach Sicht der Kammer, dass es hier nur um den entsprechenden Bewilligungszeitraum gehen kann und nicht - wie der Beklagte meint - um den jeweiligen Stichtag. Denn: Es handelt es sich hier um einen laufenden, nicht nur einmalig anfallenden Bedarf, der regelmäßig zum Schuljahresanfang, teilweise aber auch während des Schuljahres entsteht (Lenze in: Münder, Sozialgesetzbuch II, SGB II § 28 Rn. 15, beck-online).

24 c. Auch spricht eine sog. historische Auslegung für die hier vertretende Sichtweise. So lassen sich hierbei insbesondere die zutage liegenden Grundabsichten des Gesetzgebers und diejenigen Vorstellungen, die in den Beratungen der gesetzlichen Körperschaften oder ihrer zuständigen Ausschüsse zum Ausdruck gebracht und ohne Widerspruch geblieben sind: An ihnen hat sich die (historische) Auslegung zu orientieren (Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991, S. 329).

25 Dies zugrunde gelegt, muss der Kläger auch nach der historischen Auslegung Anspruch auf die in § 28 Abs. 3 SGB II geregelten Leistungen haben.

26 Der Gesetzgeber hat die hier streitige Regelung zunächst in § 24a SGB II im Rahmen des Familienleistungsgesetz vom 29. Dezember 2008 (BGBl. I 2008 S. 2955) eingeführt. Dabei ergibt sich aus den entsprechenden Gesetzesmaterialien (BT-Drucks. 16/10809, S. 16), dass Hintergrund der Regelung war, die schulische Förderung von Kinder zu stärken, die in Familien leben, die ihren „Lebensunterhalt aus eigenen Kräften nicht bestreiten" können. Dabei heißt es hier weiter, dass „Anknüpfungspunkt" hier das Schuljahr ist, d.h. der „jährliche Schuljahresbeginn." Dies zeigt das es dem historischen Gesetzgeber vor allem darum gegangen ist, dass Kinder die - wie hier - zusammen mit ihren Eltern in Bedarfsgemeinschaft Leistungen nach dem SGB II beziehen, ausreichenden Mittel für „Malstifte, Malkästen, Hefte, Blöcke, Papier, Lineale, Buchhüllen, Zirkel, Taschenrechner, Geodreieck" bezüglich des jeweils anstehende Halbjahr haben sollen. Aus den weiteren Gesetzesmaterialien geht dabei hervor, dass die SPD Fraktion wie auch die geschlossene Opposition (FDP, DIE LINKE und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN) die damalige Begrenzung bis zum Abschluss der 10. Klasse kritisiert haben, sich die CDU/CSU Fraktion in diesem Punkt allerdings (aufgrund rein fiskalischer Erwägungen) durchgesetzt hat (vgl. BT- Drucks. 16/11191, S. 4). Allerdings wird nach Auffassung der Kammer auch dadurch deutlich, dass der historische Gesetzgeber nur eine Begrenzung hinsichtlich der Jahrgangsstufen vornehmen wollte, nicht jedoch eine solche, wie sie dem Beklagten vorschwebt. Weiter ist zu beachten, dass nach der ursprünglichen Gesetzesfassung bereits dann ein Anspruch bestand, soweit „mindestens ein im Haushalt lebender Elternteil am 1. August des jeweiligen Jahres Anspruch auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes" hat. Auch hierdurch zeigt sich, dass es dem Gesetzgeber vor allem darauf ankommt, ob die Eltern des jeweiligen Schülers Leistungen nach dem SGB II beziehen. Der Grund hierfür liegt wohl auf der Hand: So sollen nämlich nicht wegen zu wenig Geld für Schulmaterial die Bildungschancen eines Kindes, dass im einem SGB II Haushalt lebt nicht schlechter sein, als ein Kind, deren Eltern nicht auf diese Leistungen angewiesen sind.

27 Erst nach dem sog. Harz IV-Urteil des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 2010 (BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 09. Februar 2010 - 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09),- juris) erfolgte die Verortung in § 28 Abs. 3 SGB II. Aus den hierzu veröffentlichten Gesetzesmaterialien geht wiederum hervor, dass der Gesetzgeber hier gegenüber den bisherigen Regelungen eine Besserstellung erreichen wollte. Dies wohl insbesondere auch deshalb weil der 1. Senat in der zitierten Entscheidung klargestellt hatte, dass Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit 20 Abs. 1 GG die Möglichkeit von Kindern schützt, die Schule in einer Weise zu besuchen, die es ihnen später ermöglicht, ihren Lebensunterhalt aus eigenen Kräften zu bestreiten. So heißt es daher auch etwa hier, dass der Bedarf nach § 28 Abs. 3 „vielmehr selbst geeignet" sei, „die Bedürftigkeit auszulösen". Dadurch werde „vermieden, dass Schülerinnen und Schüler aus Haushalten im Bezug von Arbeitslosengeld II über mehr Mittel verfügen als Schülerinnen aus Haushalten im unteren Einkommenssegment" - so die amtliche Begründung (BT-Drucks. 17/3404 S. 105). Auch hier wird nach Auffassung der Kammer deutlich: Es geht um Kinder, die ihrem Lebensmittelpunkt in Haushalten haben, die auf Leistungen nach dem SGB II angewiesen sind. Schließlich zeigt ein Blick in die neue Fassung, dass der Gesetzgeber das Ganze hier nicht einschränken wollte, sondern vielmehr - noch weiter - ausbauen. So sollen nunmehr sogar die Kinder einen entsprechenden

Anspruch haben, die aufgrund ihrer Einreise in das Bundesgebiet erstmalig zu einem späteren Zeitpunkt eingeschult werden.

28 d. Schließlich spricht - ganz entscheidend - auch der Sinn und Zweck der Vorschrift für einen entsprechenden Anspruch. Teleologische Auslegung heißt Auslegung gemäß den erkennbaren Zwecken und dem Grundgedanken einer Regelung. Die einzelne Bestimmung ist im Rahmen ihres möglichen Wortsinns und in Übereinstimmung mit dem Bedeutungszusammenhang des Gesetzes in dem Sinne auszulegen, der den Zwecken der gesetzlichen Regelung und dem Rangverhältnis dieser Zwecke optimal entspricht (Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991, S. 332).

29 Auch hiernach entspricht der Zweck der Regelung der bereits oben vorgenommenen Auslegung.

30 So liegt nämlich der Sinn und Zweck dieser Regelung im Allgemeinen erkennbar zum einen darin, Kinder aus sozial schwachen Familien zu fördern, d.h. insbesondere deren sozialen Aufstieg - ganz im Sine der sog. sozialen Mobilität („Durchlässigkeit des Bildungssystems"). Dabei sollen nämlich Kinder, deren Eltern Leistungen nach dem SGB II beziehen, nicht bereits deshalb in der Schule schlechter abschneiden, weil kein Geld für das nötige Schulmaterial vorhanden ist. Zum anderen geht es hier auch deutlich um die Entlastung der Familien, die im SGB II Bezug stehen (Voelzke in: Hauck/Noftz, SGB II - Kommentar, Erg.Lfg. 3/17, III/17, § 28 Rn. 52). Im Besonderen ist der Sinn und Zweck der Stichtagsregelung dabei nach Auffassung der Kammer nicht bestimmte Kinder von den hier streitgegenständlichen Leistungen auszuschließen (wie es der Beklagte annimmt) sondern die Leistungen dann genau zu bewilligen, wenn sie gebraucht werden - nämlich zum jeweiligen Schuljahres- bzw. des Halbjahresbeginns. Hintergrund der Stichtagsregelung ist dabei wohl eine Verwaltungsvereinfachung (Voelzke in: Hauck/Noftz, SGB II - Kommentar, Erg.Lfg. 3/17, III/17, § 28 Rn. 54), da bekanntlich die entsprechenden Termine immer ein bisschen abweichen.

31 Ebenso kann der Beklagte hier auch nicht mit Erfolg einwenden, dass mit Blick auf die temporäre Bedarfsgemeinschaft jedenfalls kein Anspruch ihm gegenüber bestünde. So ist es nämlich „nicht Aufgabe des SGB II, bis in jede Einzelheit für eine Verteilung der für das Existenzminimum der einzelnen Personen notwendigen Gelder zwischen allen Beteiligten zu sorgen. Der Gesetzgeber darf vielmehr typisierend davon ausgehen, dass Zuordnungsprobleme innerhalb familienhafter Beziehungen von den betroffenen Personen im Rahmen bestehender Bedarfsgemeinschaften gemeistert werden." (BSG, Urteil vom 07. November 2006 -, Rn. 29, juris). Aus diesem Grund macht es daher auch keinen Sinn, die ebenso existenzsichernden Leistungen i.S.v. § 28 Abs. 3 SGB II (BSG, Urteil vom 19. Juni 2012 -, Rn. 22, juris) hier zwischen den Bedarfsgemeinschaften in irgendeiner Weise zu verteilen oder aufzusplittern. Zweck der entsprechenden Regelung ist wohl eher, dass die Bedarfsgemeinschaft desjenigen Elternteils die Leistungen bekommt, bei der das anspruchsberechtigte Kind auch seinen Lebensmittelpunkt hat und daher insbesondere bei lebensnaher Betrachtungsweise auch etwa die notwendigen Geodreiecke und Stifte kauft.

III.

32 Eine Kostenentscheidung war vorliegend nicht zu treffen. So hat der Beklagte nämlich schon ein entsprechendes Kostengrundanerkenntnis abgegeben, welches der Kläger auch angenommen und den Rechtstreit insoweit für erledigt erklärt hat.

IV.

3 Die Berufung war nicht zuzulassen. Vor allem ist die Sache nicht von
3 grundsätzlicher Bedeutung i.S.v. Nach § 144 Abs. 2 Nr. 1 SGG. Insbesondere: Soweit ersichtlich existieren zu der hier vertretenden Auffassung keine abweichenden Rechtsansichten in der Rechtsprechung und der Literatur. Darüber hinaus entspricht die hier vorgenommene Auslegung auch allen vier bekannten Auslegungsmethoden, sodass die Kammer sich auch hier nicht etwa aufgrund von teleogischen Argumenten über den Wortlaut der hier streitigen Vorschrift hinwegsetzt.

Zitiervorschlag:
SG Berlin Urt. v. 8.5.2017 – S 137 AS 15874/16, BeckRS 2017, 117199

BeckRS 2016, 114385

BVerwG (2. Senat), Urteil vom 15.12.2016 - 2 C 31.15

Titel:
Absenkung der Unterhaltsbeihilfe für Rechtsreferendare in NRW

Normenketten:
BRRG § 127 Nr. 2
GG Art. 3 Abs. 1, Art. 20 Abs. 2, Art. 28 Abs. 1 S. 1, Art. 80 Abs. 1 S. 2, S. 3
VwGO § 137 Abs. 1 Nr. 1
GVG § 17 Abs. 2 S. 1
LV NRW Art. 70 S. 2, S. 3
JAG NRW 1999, § 20 Abs. 6
JAG NRW 2003 § 32 Abs. 3
SGG § 51 Abs. 1
SGB IV § 28e, § 28g

Amtliche Leitsätze:

1. Landesrecht ist im Rahmen des § 127 Nr. 2 BRRG einer revisionsrechtlichen Prüfung nur zugänglich, soweit es sich um materielles Beamtenrecht handelt.
2. Vorschriften des Grundgesetzes finden auf ein landesrechtliches Gesetzgebungsverfahren insoweit Anwendung, als sie aufgrund des Homogenitätsgebots des Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG auch für die Landesgesetzgebung verbindlich sind.
3. Die vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Grundsätze für die Änderung einer Rechtsverordnung durch den parlamentarischen Gesetzgeber (BVerfGE 114, 196 <234 ff.>) gelten auch für den erstmaligen Erlass einer Verordnung.
4. Durch die Bezugnahme auf den Begriff der "Unterhaltsbeihilfe" ist die Verordnungsermächtigung in § 32 Abs. 3 JAG NRW 2003 im Sinne des Art. 80 Abs. 1Satz 2 GG hinreichend bestimmt, weil aus der Verwendung dieses Begriffs hervorgeht, dass der Unterhaltsbeihilfe eine existenzsichernde Funktion zukommen soll.
5. Das Zitiergebot des Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG findet in landesrechtlichen Gesetzgebungsverfahren keine Anwendung; es unterliegt nicht dem Homogenitätsgebot des Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG.
6. Ein landesverfassungsrechtliches Zitiergebot (hier: Art. 70 Satz 3 LV NRW) ist nicht revisibel.

Rechtsgebiete:
Sozialrecht, Sonstiges besonderes Verwaltungsrecht, Verwaltungsverfahren und -prozess
Schlagworte:
Ausbildung, Referendar, Unterhaltsbeihilfe, Unterhaltsbeihilfe, Rechtsreferendar, Forstreferendar, Vorbereitungsdienst, öffentlich-rechtliches Ausbildungsverhältnis, Rechtsverordnung, Verordnung, Änderungsverordnung, Verordnungsermächtigung, Ermächtigungsgrundlage, Regelung eines Sachbereichs, parlamentarischer Gesetzgeber, Gesetz im formellen Sinne, Bestimmtheitsgebot, Wesentlichkeitsgrundsatz, Grundrechtsrelevanz, Untergrenze, existenzsichernde Funktion, revisibles Recht, Revisibilität, Landesrecht, Landesverfassung, Zitiergebot, Rechtsstaatsprinzip, Demokratieprinzip, Gewaltenteilungsgrundsatz, Normenwahrheit, Normenklarheit, Entsteinerungsklausel, Homogenitätsgebot, allgemeiner Gleichheitssatz, Ungleichbehandlung, Willkürverbot, Nebentätigkeit, Hinzuverdienst, Anrechnung, Gesamtsozialversicherungsbeitrag, Arbeitnehmeranteil, Abzug, Einbehaltung, Aufrechnung, Entstehungsprinzip, Pfändungsverbot
vorgehend:
OVG Münster, Urteil vom 27.10.2014 - 3 A 1217/14 (nicht rechtskräftig)
VG Minden, Urteil vom 08.05.2014 - 4 K 96/14 (nicht rechtskräftig)
Weiterführende Hinweise:
BVerwGE: ja
Fachpresse: ja
Sachgebiet: VRecht des öffentlichen Dienstes einschließlich des Beamtendisziplinarrechts und des Dienstrechts der Soldaten sowie des Rechts der Wehrpflichtigen und der Zivildienstpflichtigen
Sachgebietsergänzung: Recht der Unterhaltsbeihilfen für Rechtsreferendare
Fundstellen:
AuR 2017, 82 (Ls.)
BVerwGE 157, 54
DÖV 2017, 602 (Ls.)
JuS 2017, 901 (m. Anm. Professor Dr. Michael Sachs)
LSK 2016, 114385
NVwZ-RR 2017, 789
NWVBl 2017, 289
Entscheidungsbesprechungen:
JuS 2017, 901
ECLI:
ECLI:DE:BVERWG:2016:151216U2C31.15.0
Rechtskraft:
rechtskräftig

Text1

BUNDESVERWALTUNGSGERICHT
IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL

BVerwG 2 C 31.15
In der Verwaltungsstreitsache hat der 2. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
auf die mündliche Verhandlung vom 15. Dezember 2016
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Domgörgen
und die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. von der Weiden, Dr. Hartung,
Dollinger und Dr. Günther
für Recht erkannt:

Tenor:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom 27. Oktober 2014 wird zurückgewiesen.
Die Kosten des Revisionsverfahrens trägt der Kläger.

Tatbestand:

1 Der Kläger stand ab Oktober 2012 als Rechtsreferendar in einem öffentlich-rechtlichen Ausbildungsverhältnis zum Beklagten. Im Oktober 2013 beanstandete er gegenüber dem Beklagten die Höhe der ihm gewährten Unterhaltsbeihilfe. Im Januar 2014 hat er Klage erhoben, mit der er nach mehrfacher Klageerweiterung einzelnen Monaten zugeordnete Teilbeträge der von ihm insgesamt beanspruchten Unterhaltsbeihilfe geltend gemacht hat. Das Verwaltungsgericht hat der Klage teilweise stattgegeben. Im Hinblick auf einen Betrag von 3,66 Euro für den Monat Januar 2013 und einen Betrag von 10,00 Euro für den Monat Januar 2014 sowie bezüglich des Antrags des Klägers, die Nachzahlungen ohne Abzug des Arbeitnehmeranteils am Gesamtsozialversicherungsbeitrag zu bewirken, hat es die Klage abgewiesen.

2 Das Oberverwaltungsgericht hat die Berufungen beider Beteiligter zurückgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt: Auf Grundlage der Unterhaltsbeihilfen-Verordnung des Beklagten habe der Kläger Anspruch auf Zahlung einer Unterhaltsbeihilfe in Höhe von 85 Prozent des höchsten nach dem Bundesbesoldungsgesetz gewährten Anwärtergrundbetrags zuzüglich eines Familienzuschlags. Die Unterhaltsbeihilfe sei nicht an den niedrigeren Sätzen des Landesbesoldungsrechts zu bemessen. Der Kläger habe jedoch keinen Anspruch auf Zahlung einer Unterhaltsbeihilfe in Höhe von 100 Prozent des entsprechenden Anwärtergrundbetrags. Mit der 2. Unterhaltsbeihilfen-Änderungs-Verordnung Justiz vom 28. Oktober 2005 sei die Höhe der Unterhaltsbeihilfe auf 85 Prozent des vorherigen Wertes abgesenkt worden. Diese Verordnung sei wirksam zustande gekommen. Der Verordnungsgeber sei nicht deswegen an ihrem Erlass gehindert gewesen, weil die Ausgangsverordnung vom parlamentarischen Gesetzgeber selbst erlassen worden sei. Die Verordnung habe von Anfang an nicht den Rang eines formellen Gesetzes erlangt. Damit sei die spätere Änderung durch den Verordnungsgeber ermöglicht worden. Die Verordnungsermächtigung genüge auch dem Bestimmtheitsgebot der Landesverfassung. Unmittelbar aus dem Gesetzeswortlaut ergebe sich, dass es um eine monatliche Unterhaltsbeihilfe gehe, mithin um eine monatliche Zahlung, die helfe, den Lebensunterhalt zu bestreiten, ähnlich den Anwärterbezügen. Damit sei der Zweck der Unterhaltsbeihilfe bestimmt, Inhalt und Ausmaß ergäben sich zwanglos aus dem zur Erfüllung dieses Zwecks Erforderlichen. Schon der parlamentarische Gesetzgeber habe bei Erlass der Unterhaltsbeihilfen-Verordnung im Jahr 1999 das Zitiergebot der Landesverfassung beachtet. Es verstoße nicht gegen dieses Gebot, wenn in der 2.

Unterhaltsbeihilfen-Änderungs-Verordnung Justiz nicht nochmals die Verordnungsermächtigung genannt werde. Der Verordnungsgeber habe nur punktuelle, nicht aus sich heraus verständliche Regelungen vorgenommen. Zur inhaltlichen Erfassung dieser Änderungen sei es ohnehin erforderlich, die Ausgangsrechtsverordnung in der geänderten oder konsolidierten Fassung in den Blick zu nehmen; diese werde dem Zitiergebot durch Nennung der Rechtsgrundlage in der Präambel nach wie vor gerecht. Es bestehe auch keine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung mit Forstreferendaren, deren Bezüge nicht ebenfalls auf 85 Prozent des vorherigen Wertes abgesenkt worden seien. Die für die Absenkung angeführte Begründung, der so verringerte Betrag entspreche dem Durchschnittsbetrag der Unterhaltsbeihilfe für Rechtsreferendare in anderen Bundesländern, sei tragfähig. So werde auch vermieden, dass sich (angehende) Referendare aus anderen Ländern nur deshalb beim Beklagten bewerben, um in den Genuss der höheren Bezüge zu kommen. Dies könnte zu einer Belastung des Ausbildungssystems beim Beklagten führen. Im Vergleich zu Forstreferendaren hätten Rechtsreferendare auch bessere Nebenverdienstmöglichkeiten. Von den nachzuzahlenden Beträgen seien die Sozialabgaben abzuziehen.

3 Hiergegen wendet sich der Kläger mit der vom Senat zugelassenen Revision.

4 Der Kläger beantragt,
den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger weitere Unterhaltsbeihilfe für den Monat Januar 2013 in Höhe von 3,66 € brutto und für den Monat Januar 2014 in Höhe von 10,00 € brutto nebst Prozesszinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 25. März 2014 zu zahlen, sowie festzustellen, dass von diesen Beträgen wie auch von den bereits rechtskräftig zugestandenen Beträgen, welche den Gegenstand der Anträge zu 1. und zu 2. im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht gebildet haben, kein Abzug von Sozialversicherungsbeiträgen zu erfolgen hat, und das Urteil des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom 27. Oktober 2014 und das Urteil des Verwaltungsgerichts Minden vom 8. Mai 2014 aufzuheben, soweit sie dem entgegenstehen.

5 Der Beklagte beantragt,
die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

6 Die zulässige Revision ist unbegründet. Das Urteil des Berufungsgerichts verletzt kein revisibles Recht. Gemäß § 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO kann die Revision u.a. darauf gestützt werden, dass das angefochtene Urteil auf der Verletzung von Bundesrecht beruht. Das Berufungsurteil verstößt weder gegen Vorschriften des Grundgesetzes (1.) noch gegen die Vorschriften des Sozialgesetzbuches Viertes Buch (SGB IV) über die Abzugsfähigkeit des Arbeitnehmeranteils am Gesamtsozialversicherungsbeitrag (2.).

7 Soweit der Kläger das Normsetzungsverfahren beanstandet, ist zu differenzieren: Etwaige Verstöße gegen die Landesverfassung des Beklagten (LV NRW) sind nicht revisibel. Die Landesverfassung ist kein Bestandteil des Bundesrechts im Sinne des § 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO. Etwaige Verstöße hiergegen sind auch nicht im Rahmen des § 127 Nr. 2 BRRG revisibel. Nach dieser Vorschrift kann die Revision außer auf die Verletzung von Bundesrecht darauf gestützt werden, dass das angefochtene Urteil auf der Verletzung von Landesrecht beruht. Die Vorschrift betrifft ihrem systematischen Kontext nach nur Klagen aus dem Beamtenverhältnis. Da auf das Rechtsreferendariat des Klägers gemäß § 6 Abs. 1 Satz 2 des Beamtengesetzes für

das Land Nordrhein-Westfalen (LBG NRW) in der während seines Vorbereitungsdienstes geltenden Fassung vom 21. April 2009 (GV. NRW. S. 224) die Vorschriften über Beamte entsprechend anzuwenden waren, wird auch dessen Rechtsverhältnis zum Beklagten hiervon erfasst. Aus dem Anknüpfungspunkt im Beamtenverhältnis folgt aber, dass § 127 Nr. 2 BRRG nur auf Landesbeamtenrecht Anwendung findet; alle Normen, die materiell dem Landesbeamtenrecht zuzuordnen sind - gleich ob sie in einem als solchem bezeichneten „Beamten"-Gesetz enthalten sind -, sind danach revisibel (BVerwG, Urteile vom 17. Januar 1962 - 6 C 60.60 - BVerwGE 13, 303 <303 ff.>, vom 26. Januar 2012 - 2 C 7.11 - Buchholz 237.95 § 208 SHLBG Nr. 1 Rn. 19 und - ausführlich vom 23. Juni 2016 - 2 C 18.15 - NVwZ-RR 2016, 907 Rn. 24 ff. m.w.N.). Im Umkehrschluss ist solches Landesrecht nicht revisibel, das nicht dem materiellen Beamtenrecht angehört. Hierzu gehören insbesondere diejenigen Bestimmungen der Landesverfassung, welche allein das Normsetzungsverfahren betreffen und keinen beamtenspezifischen Bezug aufweisen.

8 Vorschriften des Grundgesetzes finden hingegen auf ein landesrechtliches Gesetzgebungsverfahren nur insoweit Anwendung, als sie aufgrund des Homogenitätsgebots des Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG auch für die Landesgesetzgebung verbindlich sind (BVerfG, Beschlüsse vom 10. Oktober 1972 - 2 BvL 51/69 - BVerfGE 34, 52 <58 ff.> und vom 21. April 2015 - 2 BvR 1322/12, 2 BvR 1989/12 - BVerfGE 139, 19 Rn. 56, jeweils m.w.N.). Dies unterliegt revisionsgerichtlicher Überprüfung.

9 1. Die Annahme des Berufungsgerichts, die Zweite Verordnung zur Änderung der Verordnung über die Gewährung von Unterhaltsbeihilfen an Rechtsreferendare (2. Unterhaltsbeihilfen-Änderungs-VO Justiz) vom 28. Oktober 2005 (GV. NRW. S. 831) sei wirksam, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Zunächst konnte der Verordnungsgeber mittels einer Rechtsverordnung die Verordnung über die Gewährung von Unterhaltsbeihilfen an Rechtsreferendare (Unterhaltsbeihilfen-VO) ändern, obwohl diese als Artikel VI des Neunten Gesetzes zur Änderung dienstrechtlicher Vorschriften vom 20. April 1999 (GV. NRW. S. 148) vom parlamentarischen Gesetzgeber erlassen worden war (a). Zudem ist die Ermächtigungsgrundlage des § 32 Abs. 3 Satz 6 des Gesetzes über die juristischen Prüfungen und den juristischen Vorbereitungsdienst (Juristenausbildungsgesetz Nordrhein-Westfalen - JAG NRW) vom 11. März 2003 (GV. NRW. S. 135) hinreichend bestimmt (b). Auch die Annahme des Berufungsgerichts, das Zitiergebot werde durch die 2. Unterhaltsbeihilfen-Änderungs-Verordnung Justiz nicht verletzt, kann aus revisionsrechtlicher Sicht nicht beanstandet werden (c). Schließlich verstößt die durch die 2. Unterhaltsbeihilfen-Änderungs-Verordnung Justiz vorgenommene Absenkung der Höhe der Unterhaltsbeihilfe auf 85 Prozent des vorherigen Wertes nicht gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG (d).

10 a) Die Unterhaltsbeihilfen-Verordnung vom 20. April 1999 konnte durch die Verordnung vom 28. Oktober 2005 geändert werden. Ein Verstoß gegen das Rechtsstaatsgebot oder den Grundsatz der Gewaltenteilung liegt hierin nicht. Beide Grundsätze sind im Rahmen des Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG für die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern verbindlich (BVerfG, Beschlüsse vom 10. Oktober 1972 - 2 BvL 51/69 - BVerfGE 34, 52 <58 ff.> und vom 24. Mai 1995 - 2 BvF 1/92 - BVerfGE 93, 37 <66>).

11 Ohne abschließend festlegen zu müssen, inwieweit den Ländern bei der
11 Konkretisierung dieser Grundsätze Spielräume zustehen, ist hier jedenfalls ein Verstoß gegen die genannten, aus dem Grundgesetz herzuleitenden Prinzipien zu verneinen, weil sich der Beklagte mit dem Erlass der 2. Unterhaltsbeihilfen-Änderungs-Verordnung Justiz jedenfalls im Rahmen dessen bewegt hat, was auch das Grundgesetz zulässt.

11 aa) Zunächst hat es sich bei der Unterhaltsbeihilfen-Verordnung um ein taugliches
12 Objekt einer exekutiven Änderungsverordnung gehandelt. Die Unterhaltsbeihilfen-Verordnung vom 20. April 1999 stand von Anfang an im Range einer Rechtsverordnung. Dem steht nicht entgegen, dass sie im Rahmen eines sogenannten Mantelgesetzes durch den parlamentarischen Gesetzgeber selbst erlassen worden ist. Zwar differenziert Art. 20 Abs. 2 GG in Ausprägung des Grundsatzes der Gewaltenteilung zwischen der Ausübung der Staatsgewalt durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung. Das hat zur Folge, dass der Gesetzgeber grundsätzlich Gesetze erlässt, während die Rechtsverordnung das typische Mittel der Normsetzung durch die vollziehende Gewalt ist. Voraussetzung und Folgen der Rechtsetzung in der einen und der anderen Form sind nach dem Grundgesetz verschieden und stehen nicht zur freien Disposition des Normgebers (BVerfG, Beschluss vom 13. September 2005 - 2 BvF 2/03 - BVerfGE 114, 196 <235>). Deswegen wird zum Teil auch angenommen, eine vom Gesetzgeber erlassene Norm sei stets Gesetz im formellen Sinne (BVerfG, Beschluss vom 15. November 1967 - 2 BvL 22/64 - BVerfGE 22, 330 <346>; Brenner, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. Aufl. 2010, Art. 80 Abs. 1 Rn. 26; Haratsch, in: Sodan, GG, 3. Aufl. 2015, Art. 80 Rn. 5 ff.; Remmert, in: Maunz/Dürig, Stand Januar 2017, Art. 80 Rn. 88 ff.; Sannwald, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 80 Rn. 13; Uhle, in: Epping/Hillgruber, GG, 2. Aufl. 2013, Art. 80 Rn. 50 ff.).

13 Dem Bedürfnis, auch solche Teile einer Rechtsverordnung, die vom Gesetzgeber
13 erlassen worden sind, durch die Exekutive ändern zu können, ist die Staatspraxis früher mit Hilfe einer sogenannten Entsteinerungsklausel begegnet. Mit ihr ordnete der Gesetzgeber die Rückkehr zum einheitlichen Verordnungsrang auch derjenigen Teile einer Rechtsverordnung an, die vom Gesetzgeber selbst erlassen worden waren und damit - jedenfalls nach der zuvor geschilderten Auffassung - den Rang eines Gesetzes im formellen Sinne einnahmen (vgl. Bundesministerium der Justiz, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 2. Aufl. 1999 Rn. 704 ff.). Ziel eines solchen Vorgehens war es, Normen hybriden Charakters zu vermeiden, bei denen für den Rechtsanwender nicht hinreichend klar wäre, welchen ihrer Teile Gesetzes- und welchen Verordnungsrang zukommt. Ein solches Mischgebilde wäre aus rechtsstaatlicher Sicht insbesondere im Hinblick auf die Aspekte der Normenklarheit und Normenwahrheit äußerst bedenklich (BVerfG, Beschluss vom 13. September 2005 - 2 BvF 2/03 - BVerfGE 114, 196 <236 f.>).

14 bb) Nach der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist
14 hingegen der Erlass einer Rechtsverordnung durch den parlamentarischen Gesetzgeber unter bestimmten Voraussetzungen zulässig. Die so erlassene Norm ist von Anfang an Recht im Range einer Verordnung. Eine Entsteinerungsklausel kann in diesem Zusammenhang allenfalls klarstellende Bedeutung erlangen (BVerfG, Beschluss vom 13. September 2005 - 2 BvF 2/03 - BVerfGE 114, 196 <240>). Mit dieser Rechtsprechung hat das Bundesverfassungsgericht ein schon

lange bestehendes Bedürfnis der Staatspraxis anerkannt, bei der Änderung komplexer Regelungsgefüge, in denen förmliches Gesetzesrecht und auf ihm beruhendes Verordnungsrecht ineinander verschränkt sind, auch das Verordnungsrecht anzupassen. Die Veränderung eines Regelungsprogramms und erst recht die grundlegende Reform eines ganzen Rechtsgebiets kann danach in vielen detailliert normierten Bereichen sinnvoll nur bewerkstelligt werden, wenn sowohl förmliche Gesetze als auch auf ihm beruhende Verordnungen in einem einheitlichen Vorgang geändert und aufeinander abgestimmt werden (BVerfG, Beschluss vom 13. September 2005 - 2 BvF 2/03 - BVerfGE 114, 196 <234 f.>). Im Hinblick auf den Grundsatz der Formenstrenge der Rechtsetzung, wonach dem parlamentarischen Gesetzgeber bei der Rechtsetzung eine freie Formenwahl nicht zusteht, kann die Bestimmung einer vom Parlament erlassenen Norm zur Verordnung jedoch nur hingenommen werden, wenn es sich um eine Anpassung im Rahmen einer Änderung eines Sachbereichs durch den Gesetzgeber handelt, der parlamentarische Gesetzgeber die Vorschriften über das Gesetzgebungsverfahren einhält und er sich in den Grenzen der Ermächtigungsgrundlage hält (BVerfG, Beschluss vom 13. September 2005 - 2 BvF 2/03 - BVerfGE 114, 196 <238 f.>).

15 cc) Diese Grundsätze gelten nicht nur für die vom Bundesverfassungsgericht angesprochene Änderung einer bestehenden Verordnung, sondern auch für den erstmaligen Erlass einer Verordnung. In materieller Hinsicht ist die zentrale Voraussetzung für die Zulässigkeit des Erlasses einer Verordnung durch den parlamentarischen Gesetzgeber, dass es sich um die Regelung eines Sachbereichs „und erst recht die grundlegende Reform eines ganzen Rechtsgebiets" handelt (BVerfG, Beschluss vom 13. September 2005 - 2 BvF 2/03 - BVerfGE 114, 196 <234 f.>). Denn für diese Fallkonstellation ist eine Gestaltungsfreiheit des Parlaments anzuerkennen, sein Änderungsvorhaben umfassend selbst zu verwirklichen. Die Aufteilung solcher komplexer Änderungsvorhaben in vom Parlament zu erlassende Gesetze und von der Exekutive zu erlassende Verordnungen kann nicht nur zu zeitlichen Verzögerungen führen, sondern sie gefährdet auch die Abstimmung beider Regelungsteile, das Ineinandergreifen von Gesetzes- und Verordnungsrecht (BVerfG, Beschluss vom 13. September 2005 - 2 BvF 2/03 - BVerfGE 114, 196 <235>). Vor dem Hintergrund einer Staatspraxis, nach der die Entwürfe gerade zu größeren Reformprojekten zumeist von der Regierung erarbeitet, die entsprechenden Regelungen jedoch vom Parlament beschlossen werden, besteht ein Bedürfnis, dass nicht nur der Entwurf aufeinander abgestimmtes Gesetzes- und Verordnungsrecht enthält, sondern dass gerade auch im weiteren Verfahren der parlamentarische Gesetzgeber das Gesamtregelungsgefüge aus einer Hand seinem Willen entsprechend gestalten kann. Alternativ könnte der Gesetzgeber nur das gesamte Verordnungsrecht als Gesetz im formellen Sinne erlassen. So würde die verfassungsrechtlich mit dem Instrument der Rechtsverordnung vorgesehene Flexibilität bei der Normanpassung aber gerade aufgegeben.

16 Vor diesem Hintergrund macht es keinen Unterschied, ob der parlamentarische Gesetzgeber bestehendes Verordnungsrecht ändert oder im Rahmen eines Gesamtregelungsgefüges (auch) eine Verordnung erstmalig erlässt. Denn es ist oft nur eine regelungstechnische Frage, ob eine bestimmte, als Verordnungsrecht zu treffende Regelung Teil einer bereits bestehenden Verordnung wird oder ob sie als eigenständige Verordnung erlassen wird. Hier zu differenzieren könnte zudem eine

Verfahrensweise des parlamentarischen Gesetzgebers begünstigen, Verordnungsrecht zu schaffen, das einen zweifelhaften thematischen Zusammenhang zu seinem Regelungsort aufweist. Eine systematisch wünschenswerte klare Strukturierung des geltenden Rechts könnte so Schaden nehmen.

17 Es verstößt auch nicht gegen das Gewaltenteilungsprinzip des Grundgesetzes anzunehmen, der parlamentarische Gesetzgeber dürfe im hier dargestellten Umfang Verordnungsrecht erlassen. Das Grundgesetz kennt ohnehin keine strikte Gewaltentrennung. Es bestehen vielmehr zahlreiche Gewaltenverschränkungen und -balancierungen, die die gegenseitige Kontrolle, Hemmung und Mäßigung der Gewalten bezwecken (BVerfG, Beschluss vom 10. Oktober 1972 - 2 BvL 51/69 - BVerfGE 34, 52 <59>). Verordnungsrecht ist zudem immer ein in seiner Rechtsetzungsbefugnis abgeleitetes Recht. Durch die Pflicht zur Schaffung einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage wie auch durch das dauerhaft bestehende legislative Rückholrecht, welches sowohl in der Befugnis zur Änderung der Rechtsgrundlage als auch - im geschilderten Umfang - in der Befugnis zur Änderung oder gar Aufhebung der Rechtsverordnung besteht, kommt dem parlamentarischen Gesetzgeber ohnehin die Kontrolle über den Inhalt der Rechtsverordnung zu. Ein der Exekutive gewissermaßen auf Augenhöhe gegenüber dem Parlament zugewiesener, autonomer Regelungsbereich ist mit der Befugnis zum Erlass von Verordnungsrecht gerade nicht verbunden. Die Ermächtigung wirkt jeweils „nur zuweisend, nicht auch abschiebend" (BVerfG, Beschluss vom 13. September 2005 - 2 BvF 2/03 - BVerfGE 114, 196 <232>; Ossenbühl, in: Isensee/ Kirchhof, HdbStR, Bd. III, 2. Aufl. 1996, § 64 Rn. 14; Sannwald, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 80 Rn. 9 ff. m.w.N.). Der Gesetzgeber behält stets den inhaltlichen Zugriff auch auf Verordnungsrecht.

18 dd) Unbedenklich ist es auch, wenn im Rahmen der Regelung eines Sachbereichs die Verordnungsermächtigung und die darauf beruhende Verordnung in einem (einzigen) Rechtsakt („uno actu") vom parlamentarischen Gesetzgeber erlassen werden. Zwar muss dem Grundsatz nach die ermächtigende Norm in Kraft gesetzt sein, bevor die darauf gestützte Norm erlassen werden kann (BVerfG, Urteil vom 26. Juli 1972 - 2 BvF 1/71 - BVerfGE 34, 9 <21>). Entbehrlich ist die Einhaltung dieser Reihenfolge jedoch dann, wenn der personenidentische Normgeber die auf die Ermächtigungsnorm gestützte Vorschrift auch ohne die Ermächtigungsnorm erlassen könnte, nämlich - wie hier - durch ein formelles Gesetz. In diesem Fall wäre es eine überzogene, nicht zu rechtfertigende formelle Anforderung, zunächst das Inkrafttreten der aus dem einheitlichen Willensentschluss des parlamentarischen Gesetzgebers folgenden Ermächtigungsnorm zu verlangen, bevor dieser - ebenfalls dem einheitlichen Willen entsprechend - das zugehörige Verordnungsrecht erlassen darf. Die Zielsetzung, aufeinander abgestimmtes und ineinander greifendes Recht „aus einem Guss" zu erlassen, würde so beeinträchtigt.

19 ee) Der Beklagte hat sich mit dem Erlass der Unterhaltsbeihilfen-Verordnung vom 20. April 1999 an die genannten Voraussetzungen gehalten. Insbesondere ist die Verordnung im Rahmen einer grundlegenden Neugestaltung eines Regelungsbereichs ergangen. Die Unterhaltsbeihilfen-Verordnung wurde als Art. VI des 9. Gesetzes zur Änderung dienstrechtlicher Vorschriften vom 20. April 1999 erlassen. Dieses Gesetz enthielt u.a. umfängliche Änderungen des

Landesbeamtengesetzes, Änderungen des Landesrichtergesetzes, Änderungen der Disziplinarordnung sowie des Landespersonalvertretungsgesetzes und des Juristenausbildungsgesetzes. Neben dem Erlass der Unterhaltsbeihilfen-Verordnung wurde auch die Juristenausbildungsordnung (JAO) geändert. Ausweislich der Begründung der Landesregierung für den Gesetzentwurf diente das 9. Gesetz zur Änderung dienstrechtlicher Vorschriften vor allem der Nutzung von Spielräumen, welche durch die Reformen des Beamtenrechtsrahmengesetzes im Jahr 1997 sowie des Versorgungsreformgesetzes 1998 entstanden waren. Schwerpunkte der Reform sollten die Vergabe von Ämtern mit leitenden Funktionen auf Probe oder auf Zeit, die Einführung von Teilzeitbeschäftigung für Beamte ohne weitere rahmenrechtliche Vorgabe sowie die Begrenzung von Nebentätigkeiten sein. Änderungen des Juristenausbildungsgesetzes sowie von Verordnungsrecht waren in dem ursprünglichen Entwurf nicht enthalten. Allerdings sah § 16 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 LBG-E bereits vor, dass in einer Rechtsverordnung bestimmt werden könne, dass der Vorbereitungsdienst in einem öffentlich-rechtlichen Ausbildungsverhältnis außerhalb des Beamtenverhältnisses abgeleistet werden könne, soweit der Vorbereitungsdienst auch Voraussetzung für die Ausübung eines Berufes außerhalb des öffentlichen Dienstes sei (LT-Drs. 12/3186). Diese Möglichkeit ist im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens vom Landtag aufgegriffen worden. In diesem Zusammenhang ist auch die Unterhaltsbeihilfen-Verordnung erlassen worden (Beschluss des Ausschusses für Innere Verwaltung vom 18. März 1999, Ausschussprotokoll 12/1195). Zweifel, dass das Gesetzgebungsverfahren ordnungsgemäß durchgeführt wurde und dass sich die Unterhaltsbeihilfen-Verordnung innerhalb des Rahmens der Ermächtigungsgrundlage des § 20 Abs. 6 Satz 4 JAG 1999 bewegt, bestehen nicht.

20 ff) Ist die Unterhaltsbeihilfen-Verordnung mithin von Anfang an als wirksam erlassene Rechtsverordnung anzusehen, so stand dem Verordnungsgeber auch von Anfang an das Recht zur Änderung dieser Verordnung zu (vgl. Sannwald, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 80 Rn. 21).

21 b) Die 2. Unterhaltsbeihilfen-Änderungs-Verordnung Justiz beruht auf einer Verordnungsermächtigung, die den Verordnungsrahmen hinreichend konkret bestimmt. Die für die Landesgesetzgebung maßgebliche Vorgabe in Art. 70 Satz 2 LV NRW, nach der das (ermächtigende) Gesetz Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung bestimmen muss, stellt allerdings nach den obigen Ausführungen (s.o. Rn. 7) kein revisibles Recht dar. Sie ist weder Bestandteil des Bundesrechts noch des Beamtenrechts. Dem gegenüber sind die in Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG festgelegten, aus dem rechtsstaatlichen und demokratischen Verfassungssystem des Grundgesetzes folgenden Grundsätze auch für die Landesgesetzgebung verbindlich (BVerfG, Beschluss vom 21. April 2015 - 2 BvR 1322/12, 2 BvR 1989/12 - BVerfGE 139, 19 Rn. 56; Remmert, in: Maunz/Dürig, GG, Stand Januar 2017, Art. 80 Rn. 41). Nach dieser Vorschrift müssen Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetz bestimmt werden. Die Anforderungen an die Bestimmtheit der Verordnungsermächtigung stehen in engem Zusammenhang mit dem Wesentlichkeitsgrundsatz. Danach verpflichten das Rechtsstaatsprinzip und das Demokratiegebot den parlamentarischen Gesetzgeber, die für die Grundrechtsverwirklichung maßgeblichen Regelungen im Wesentlichen selbst zu treffen. Die Bestimmtheit der Ermächtigungsnorm muss der Grundrechtsrelevanz der Regelung entsprechen. Je erheblicher diese in die

Rechtsstellung der Betroffenen eingreift, desto höhere Anforderungen müssen an den Bestimmtheitsgrad der Ermächtigung gestellt werden (BVerfG, Beschlüsse vom 1. April 2014 - 2 BvF 1, 3/12 - BVerfGE 136, 69 Rn. 102 und vom 21. April 2015 - 2 BvR 1322/12, 2 BvR 1989/12 - BVerfGE 139, 19 Rn. 52 ff. m.w.N.). Mit der Ermächtigung soll der parlamentarische Gesetzgeber die Gesetzgebungsmacht der Exekutive so genau umreißen, dass schon aus der Ermächtigung erkennbar und vorhersehbar ist, was dem Bürger gegenüber zulässig sein soll (BVerfG, Beschlüsse vom 27. Januar 1976 - 1 BvR 2325/73 - BVerfGE 41, 251 <266> und vom 25. November 1980 - 2 BvL 7, 8, 9/76 - BVerfGE 55, 207 <226>). Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG untersagt damit der Legislative eine „maß"-lose Delegation ihrer Rechtsetzungsgewalt; die durch die Verordnungsermächtigung vorgegebene Regelungsdichte muss eine willkürliche Handhabung durch die Exekutive ausschließen (BVerwG, Urteil vom 22. Januar 2015 - 10 C 12.14 - BVerwGE 151, 200 Rn. 24 f.).

22 Vor diesem Hintergrund folgt aus dem Wesentlichkeitsgrundsatz keine Verpflichtung des parlamentarischen Gesetzgebers, die Höhe der Unterhaltsbeihilfe selbst konkret festzulegen (BVerwG, Beschluss vom 17. März 2014 - 2 B 45.13 - Buchholz 245 LandesBesR Nr. 4 Rn. 18). Im Hinblick auf das Ausmaß der gesetzlichen Regelung im Sinne des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG ist aber zu fordern, dass der parlamentarische Gesetzgeber dem Verordnungsgeber einen Rahmen vorgibt, innerhalb dessen sich die Höhe der Unterhaltsbeihilfe zu bewegen hat und aus dem sich vor allem eine zulässige Untergrenze für die Höhe der Unterhaltsbeihilfe bestimmen lässt. Fehlt eine solche Begrenzung nach unten, wäre die Ermächtigung im Wortsinne „maßlos" und genügte nicht den geschilderten Anforderungen des Bestimmtheitsgebots.

23 Die 2. Unterhaltsbeihilfen-Änderungs-Verordnung Justiz beruhte nach der Reform des Juristenausbildungsgesetzes im Jahr 2003 auf § 32 Abs. 3 JAG NRW 2003. Dessen Satz 1 sieht vor, dass Referendarinnen und Referendare eine monatliche Unterhaltsbeihilfe erhalten. Satz 6 dieser Norm lautet: „Das Nähere über die Leistungen nach Satz 1 regelt das Finanzministerium im Einvernehmen mit dem Justizministerium durch Rechtsverordnung." In den Sätzen 2 bis 5 der Regelung sind zudem Vorgaben zu einem Kaufkraftausgleich bei der Verwendung im Ausland, Vorgaben zu Urlaubsgeld, Reise- und Umzugskostenvergütung, Vorgaben über Versorgungsanwartschaften, Hinterbliebenenversorgung, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, Mutterschutz und Elternzeit enthalten.

24 Die Verordnungsermächtigung genügt den geschilderten Bestimmtheitsanforderungen. Das folgt bereits aus dem Wortlaut der durch die Ermächtigung in Bezug genommenen „Leistungen nach Satz 1". Aus der dortigen Verwendung des Begriffs der „Unterhaltsbeihilfe" folgt, dass dieser aus sich heraus existenzsichernde Funktion zukommen soll. Damit ist das Ausmaß des Spielraums des Verordnungsgebers insbesondere im Hinblick auf eine Untergrenze der Höhe der Unterhaltsbeihilfe durch den parlamentarischen Gesetzgeber hinreichend bestimmt. Einer weitergehenden Regelung bedarf es nicht. Insbesondere ist es nicht zu beanstanden, dass es danach im Ermessen des Verordnungsgebers steht, ob er sich bei der Ermittlung des existenzsichernden Niveaus am Bundesausbildungsförderungsrecht (BAföG), am Steuerrecht, am Sozialhilferecht oder an den Pfändungsfreigrenzen orientiert oder ob er einen eigenen Maßstab entwickelt, der der existenzsichernden Funktion der Unterhaltsbeihilfe gerecht wird.

Dieser dem Verordnungsgeber verbleibende Spielraum entspricht dem dargestellten Grundsatz, wonach der parlamentarische Gesetzgeber zwar die wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen hat (hier die existenzsichernde Funktion der Unterhaltsbeihilfe), die weitere Ausgestaltung im Einzelnen aber dem Verordnungsgeber überlassen darf.

25 Dem gegenüber folgt eine Bestimmung der Höhe der Unterhaltsbeihilfe nicht aus den Gesetzgebungsmaterialien. In der Begründung zum Ausschussantrag des Ausschusses für Innere Verwaltung des Landtags des Beklagten, mit welchem § 20 Abs. 6 JAG NRW 1999, die Vorgängernorm des hier maßgeblichen § 32 Abs. 3 JAG NRW 2003, in das seinerzeitige Gesetzgebungsverfahren eingeführt wurde, heißt es: „Die Einzelheiten der Ausgestaltung der den Rechtsreferendaren zu gewährenden Unterhaltsbeihilfe sind in einer zu erlassenden Rechtsverordnung zu § 20 Abs. 6 JAG (neu) zu regeln. Der Verordnungsentwurf berücksichtigt die Vorgaben, dass die Höhe der Unterhaltsbeihilfe der Besoldung der ab dem 1.1.1999 in den juristischen Vorbereitungsdienst aufgenommenen Referendare entsprechen soll mit Ausnahme der jährlichen Sonderzuwendung (Weihnachtsgeld), die ersatzlos wegfallen soll." (Anlage zu APr 12/1195 vom 18. März 1999 S. 17). Diese Formulierung lässt zum einen nicht erkennen, ob der „Vorgabe", dass die Unterhaltsbeihilfe der am 1. Januar 1999 geltenden Besoldung der zu diesem Zeitpunkt noch im Beamtenverhältnis auf Widerruf stehenden Rechtsreferendare entsprechen soll, rechtlicher oder nur politischer Charakter beigemessen wurde. Zudem können Aussagen in den Gesetzgebungsmaterialien nur dann für die Interpretation des Gesetzes herangezogen werden, wenn der Wortlaut des Gesetzes, sein systematischer Zusammenhang oder sein objektiv erkennbarer Zweck Anlass geben, das Gesetz entsprechend zu verstehen (BVerfG, Beschluss vom 1. April 2014 - 2 BvF 1, 3/12 - BVerfGE 136, 69 Rn. 93; BVerwG, Urteil vom 5. April 2006 - 9 C 1.05 - BVerwGE 125, 370 Rn. 18). Dies ist hier aber gerade nicht der Fall. Neben der Bestimmung der zu gewährenden Leistung zur „Unterhaltsbeihilfe" hat der Gesetzgeber keine weitere Einengung des zulässigen Rahmens der Höhe der Unterhaltsbeihilfe vorgenommen. Er wollte die nähere Ausgestaltung der Unterhaltsbeihilfe vielmehr dem Verordnungsgeber überlassen. Eine Festlegung des Verordnungsgebers auf eine exakt bemessene Höhe widerspräche diesem gesetzgeberischen Willen und hat keinen Niederschlag im Gesetz gefunden.

26 Mit der Absenkung der Höhe der Unterhaltsbeihilfe durch die 2. Unterhaltsbeihilfen-Änderungs-Verordnung Justiz hat sich der Verordnungsgeber im Rahmen der Verordnungsermächtigung gehalten. Anhaltspunkte dafür, dass die danach zu gewährenden Leistungen der vorgegebenen Funktion der Existenzsicherung der Rechtsreferendare nicht gerecht werden, bestehen nicht.

27 c) Die Annahme des Berufungsgerichts, das Zitiergebot sei nicht verletzt, obwohl die 2. Unterhaltsbeihilfen-Änderungs-Verordnung Justiz ihre Rechtsgrundlage nicht angibt, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

28 aa) Das Zitiergebot des Art. 70 Satz 3 LV NRW unterliegt als Landesverfassungsrecht nicht der revisionsrechtlichen Überprüfung (s.o. Rn. 7). Anders als das Bestimmtheitsgebot des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG gehört das Zitiergebot des Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG auch nicht zu den zwingenden Rechtsinstituten, die aufgrund des Homogenitätsgebots des Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG unmittelbar auch für das Landesverfassungsrecht gelten, und die auf diesem

Wege eine revisionsrechtliche Überprüfung ermöglichen.

29 Nach Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG muss die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern u.a. den Grundsätzen des demokratischen und sozialen Rechtsstaats im Sinne des Grundgesetzes entsprechen. Art. 28 Abs. 1 GG will damit dasjenige Maß an struktureller Homogenität zwischen Gesamtstaat und Gliedstaaten gewährleisten, das für das Funktionieren eines Bundesstaates unerlässlich ist. Er will aber nicht für Uniformität sorgen. Das Grundgesetz geht im Gegenteil von der grundsätzlichen Verfassungsautonomie der Länder aus. Es fordert nur ein Mindestmaß an Homogenität, das inhaltlich in Art. 28 Abs. 1 GG bestimmt ist. Das Homogenitätserfordernis ist auf die dort genannten Staatsstruktur- und Staatszielbestimmungen und innerhalb dieser wiederum auf deren Grundsätze beschränkt. Die konkreten Ausgestaltungen, die diese Grundsätze im Grundgesetz gefunden haben, sind für die Landesverfassungen nicht verbindlich (BVerfG, Urteil vom 22. Februar 1994 - 1 BvL 30/88 - BVerfGE 90, 60 <84 f.>). Zu den jedenfalls zu beachtenden rechtsstaatlichen Grundsätzen gehört es demnach, dass der parlamentarische Gesetzgeber wesentliche Entscheidungen selbst zu treffen hat (s.o. Rn. 21).

30 Dass dem Zitiergebot ein ebensolches Gewicht für die Einhaltung der Grundsätze der Staatszielbestimmungen zukommt, ist nicht ersichtlich, auch wenn es als „unerlässliches Element des demokratischen Rechtsstaats" bezeichnet worden ist (BVerfG, Urteil vom 6. Juli 1999 - 2 BvF 3/90 - BVerfGE 101, 1 <42 f.> unter Zitierung von Bartlsperger, VerwArch 58 <1967>, 249 <270>). In beschreibender Hinsicht gehört das Zitiergebot zur Verfassungswirklichkeit des bundesrepublikanischen Rechtsstaats schon allein deswegen, weil es im Grundgesetz und in den Landesverfassungen verankert ist. Auch wenn das Zitiergebot dem Rechtsstaat gut zu Gesicht steht, kann es aber nicht zu denjenigen Grundsätzen gezählt werden, „ohne die der Rechtsstaat seinen Halt verlöre" (BVerfG, Urteil vom 22. Februar 1994 - 1 BvL 30/88 - BVerfGE 90, 60 <85>) und die deswegen vom Homogenitätsgebot des Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG erfasst werden. Anders als das Bestimmtheitsgebot, welchem im Hinblick auf die Grundrechte wie auch auf das Rechtsstaats-, das Demokratie- und das Gewaltenteilungsprinzip eine materielle Schutzfunktion zukommt, erschöpft sich das Zitiergebot in formellen Anforderungen. Ihm kommt einerseits eine Appellfunktion zu, die bewirken soll, dass sich der Verordnungsgeber bei dem Erlass der Verordnung des Ermächtigungsrahmens gewahr wird. Andererseits soll es das Auffinden der Ermächtigungsgrundlage zugunsten des betroffenen Bürgers und somit die Kontrolle des Verordnungsrechts erleichtern (BVerfG, Urteil vom 6. Juli 1999 - 2 BvR 3/90 - BVerfGE 101, 1 <42>; Beschluss vom 1. April 2014 - 2 BvF 1, 3/12 - BVerfGE 136, 69 Rn. 99). Die Aufhebung oder die Einschränkung des Zitiergebots durch einen Landesverfassungsgeber stellte jedoch nicht die Grundfesten des Rechtsstaats in Frage. Sie erschwerte allenfalls die Kontrolle materiellen Rechts und bewegte sich damit innerhalb des den Landesverfassungsgebern zustehenden Gestaltungsrahmens. In keinerlei Hinsicht würden hierdurch die materiell-rechtlichen Bindungen der Exekutive oder die Befugnis der Gerichte zur Überprüfung und gegebenenfalls Verwerfung von Verordnungsrecht geschmälert werden.

31 bb) Anders als vom Kläger erwogen, verstößt die Rechtsansicht des Berufungsgerichts, das Zitiergebot des Art. 70 Satz 3 LV NRW sei nicht verletzt,

auch nicht gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG oder gegen das Willkürverbot. Auch bei der Anwendung nicht revisiblen Landesrechts ist ein Verstoß gegen den bundesrechtlich geltenden allgemeinen Gleichheitssatz und das hieraus abzuleitende Willkürverbot dann denkbar, wenn sich das Berufungsgericht von der zu beachtenden landesrechtlichen Regelung so weit entfernt hat, dass die Begründung der Entscheidung den Zusammenhang mit dieser Norm nicht mehr hinreichend erkennen lässt und unter keinem insoweit denkbaren Gesichtspunkt - auch nicht als richterliche Rechtsfortbildung - verständlich ist (BVerwG, Urteil vom 14. September 1994 - 6 C 42.92 - BVerwGE 96, 350 <352>).

32 Ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz kann allerdings nicht schon dann angenommen werden, wenn verschiedene Gerichte dieselbe Norm unterschiedlich auslegen. Ein Gericht ist nicht einmal dann gehindert, eine eigene Rechtsauffassung seiner Entscheidung zugrunde zu legen, wenn alle anderen Gerichte einschließlich der ihm im Rechtszug übergeordneten den gegenteiligen Standpunkt einnehmen. Ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz in seiner Ausprägung als Willkürverbot ist erst dann anzunehmen, wenn der Richterspruch unter keinem denkbaren Aspekt rechtlich vertretbar ist und sich daher der Schluss aufdrängt, dass er auf sachfremden Erwägungen beruht. Hiervon ist wiederum erst dann auszugehen, wenn eine offensichtlich einschlägige Norm nicht berücksichtigt oder der Inhalt einer Norm in krasser Weise missdeutet wird (BVerfG, Beschluss vom 3. November 1992 - 1 BvR 1243/88 - BVerfGE 87, 273 <278 f.>).

33 Die Rechtsansicht des Berufungsgerichts, das Zitiergebot des Art. 70 Satz 3 LV NRW sei nicht verletzt, kann in diesem Sinne nicht als unverständlich oder willkürlich angesehen werden. Das Berufungsgericht hat sich zur Begründung seines Rechtsstandpunkts mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sowie verschiedener Verwaltungsgerichte auseinandergesetzt. Es ist dabei zu dem Schluss gelangt, dass aufgrund der Besonderheiten des konkreten Einzelfalls ausnahmsweise eine Zitierung der Ermächtigungsgrundlage entbehrlich war. Diese Besonderheiten hat es darin gesehen, dass die textliche Änderung der Unterhaltsbeihilfen-Verordnung nur von marginalem Umfang und aus sich heraus nicht verständlich gewesen sei. Damit sei ohnehin die Ausgangsrechtsverordnung in den Blick zu nehmen gewesen, um die inhaltliche Änderung zu erfassen. In der Präambel zur Ausgangsrechtsverordnung sei aber die erforderliche Zitierung enthalten. Dieser Rechtsstandpunkt gibt in dem aufgezeigten Rahmen keinen Anlass zur revisionsrechtlichen Beanstandung.

34 d) Es verstößt nicht gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG, dass Rechtsreferendare eine monatliche Unterhaltsbeihilfe in Höhe von 85 Prozent des höchsten Anwärtergrundbetrags nach dem Bundesbesoldungsgesetz erhalten, während Forstreferendare gemäß § 1 Abs. 1 Satz 4 der Verordnung über die Gewährung von Unterhaltsbeihilfe an Forstinspektorenanwärterinnen und Forstinspektorenanwärter sowie Forstreferendarinnen und Forstreferendare (Unterhaltsbeihilfen-Verordnung Forst) vom 25. Oktober 1999 (GV. NRW. S. 598) in der Fassung der Verordnung zur Änderung der Verordnungen über die Ausbildung und Prüfung sowie die Unterhaltsbeihilfe für die Laufbahnen des gehobenen und höheren Forstdienstes vom 30. September 2008 (GV. NRW. S. 630) eine Unterhaltsbeihilfe nach dem höchsten nach der landesbesoldungsrechtlichen Regelung gewährten Anwärtergrundbetrag erhalten.

35 Der allgemeine Gleichheitssatz gebietet, wesentlich Gleiches gleich zu behandeln, wesentlichen Unterschieden hingegen normativ Rechnung zu tragen. Er stellt es dem Normgeber aber frei, aufgrund autonomer Wertungen Differenzierungsmerkmale auszuwählen, an die er eine Gleich- oder Ungleichbehandlung anknüpft. Betrifft die zu prüfende Maßnahme oder Regelung ein Gebiet, in dem der Normgeber über ein weites Ermessen verfügt, so ist ein Gleichheitsverstoß nur dann anzunehmen, wenn sich im Hinblick auf die Eigenart des geregelten Sachbereichs ein vernünftiger, einleuchtender Grund für die Regelung schlechthin nicht finden lässt, die Regelung also willkürlich erscheint (vgl. BVerfG, Beschluss vom 30. September 1987 - 2 BvR 933/82 - BVerfGE 76, 256 <330>; BVerwG, Urteil vom 24. November 2011 - 2 C 57.09 - BVerwGE 141, 210 Rn. 31).

36 Es kann offen bleiben, ob in Anbetracht des unterschiedlichen Bezugspunkts im Bundes- bzw. im Landesbesoldungsrecht mit der Absenkung der Unterhaltsbeihilfe für Rechtsreferendare im Verhältnis zu Forstreferendaren überhaupt eine Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem vorliegt. Jedenfalls wäre eine solche hinreichend gerechtfertigt. Zu Recht hat das Berufungsgericht insoweit den Vergleich der Höhe der Unterhaltsbeihilfe in Nordrhein-Westfalen mit derjenigen in den benachbarten Ländern schon für sich allein als tragfähigen sachlichen Grund angesehen. Vor der Absenkung der Unterhaltsbeihilfe war diese im beklagten Land deutlich höher als in benachbarten Ländern, vgl. auch in Niedersachsen. Deshalb ist es sachlich vertretbar, eine Angleichung der Höhe der Unterhaltsbeihilfe anzustreben, um zu vermeiden, dass Hochschulabsolventen sich allein oder vor allem deswegen beim Beklagten um die Aufnahme in den Vorbereitungsdienst bemühen, um in den Genuss der höheren Unterhaltsbeihilfe zu gelangen. Es ist offenbar, dass dies zu Belastungen des gesamten Ausbildungssystems führen kann. Ebenso ist es sachlich gerechtfertigt, dass eine entsprechende Absenkung der Unterhaltsbeihilfe nicht auch für Forstreferendare erfolgt ist. Denn auch in den benachbarten Ländern ist die Unterhaltsbeihilfe für Forstreferendare nicht gekürzt worden, so dass es dort nicht zu Ungleichgewichten wie bei Rechtsreferendaren kommen konnte. Im Übrigen wäre eine unterschiedliche Behandlung auch deswegen gerechtfertigt, weil der Beklagte jährlich eine vierstellige Anzahl von Personen in den juristischen Vorbereitungsdienst aufnimmt, während die entsprechende Anzahl der Forstreferendare nach den Angaben des Klägers im kleinen zweistelligen Bereich liegt. Es liegt auf der Hand, dass hiervon keine vergleichbaren Belastungen der Ausbildungssysteme ausgehen können.

37 Eine weitere sachliche Rechtfertigung für die Ungleichbehandlung besteht darin, dass Rechtsreferendare in tatsächlicher wie in rechtlicher Hinsicht bessere Möglichkeiten als Forstreferendare haben, durch einen Nebenverdienst ihr Einkommen zu verbessern. In tatsächlicher Hinsicht kann dabei offen bleiben, ob Rechtsreferendare bessere Möglichkeiten als Forstreferendare haben, eine berufsnahe Nebentätigkeit - etwa bei einem Rechtsanwalt - zu finden. Jedenfalls verfügen sie nach den Feststellungen des Berufungsgerichts über eine erheblich freiere Zeiteinteilung während des Vorbereitungsdienstes. Forstreferendare sind danach wesentlich stärker in die allgemeinen täglichen Arbeitsabläufe der staatlichen Forstverwaltung eingebunden. Schon von daher können Rechtsreferendare, die jedenfalls in einigen Ausbildungsabschnitten nur an wenigen Tagen der Woche Anwesenheitspflichten unterliegen, zeitlich erheblich flexibler

einer Nebentätigkeit - berufsnah oder berufsfremd - nachgehen.

38 In rechtlicher Hinsicht ist es Rechtsreferendaren im Vergleich zu Forstreferendaren zudem gestattet, höhere Beträge an sonstigen Einkünften anrechnungsfrei hinzuzuverdienen. Gemäß § 3 Unterhaltsbeihilfen-Verordnung in der Fassung der 2. Unterhaltsbeihilfen-Änderungs-Verordnung Justiz wird bei Rechtsreferendaren das Entgelt für eine Nebentätigkeit nur auf die Unterhaltsbeihilfe angerechnet, soweit es das 1 1/2-fache des Grundbetrages zuzüglich Familienzuschlag übersteigt. Gemäß § 3 Unterhaltsbeihilfen-Verordnung Forst liegt dieser Wert bei Forstreferendaren nur bei dem einfachen Grundbetrag.

39 2. Zu Recht ist das Berufungsgericht auch davon ausgegangen, dass von den Nachzahlungen, welche aufgrund des teilweise rechtskräftig gewordenen erstinstanzlichen Urteils zu leisten sind, der Arbeitnehmeranteil am Gesamtsozialversicherungsbeitrag in Abzug gebracht werden kann. Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet über diese Rechtsfrage gemäß § 17 Abs. 2 Satz 1 GVG, auch wenn für Rechtsstreitigkeiten betreffend die streitentscheidenden Normen des Sozialgesetzbuchs Viertes Buch (SGB IV) gemäß § 51 Abs. 1 Sozialgerichtsgesetz der Rechtsweg zu den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit gegeben ist.

40 Gemäß § 28g Satz 1 SGB IV hat der Arbeitgeber gegen den Beschäftigten einen Anspruch auf den vom Beschäftigten zu tragenden Teil des Gesamtsozialversicherungsbeitrags. Dieser Anspruch kann gemäß Satz 2 dieser Vorschrift nur durch Abzug vom Arbeitsentgelt geltend gemacht werden. Das öffentlich-rechtliche Ausbildungsverhältnis der Rechtsreferendare ist in der gesetzlichen Krankenversicherung, der sozialen Pflegeversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung sozialversicherungspflichtig (BSG, Urteil vom 31. März 2015 - B 12 R 1/13 R - SozR 4-2400 § 14 Nr. 19 Rn. 16). Den Arbeitnehmeranteil macht der Arbeitgeber, der dem Grunde nach zunächst den vollen Gesamtsozialversicherungsbeitrag abführt (§ 28e Abs. 1 Satz 1 SGB IV), gegenüber dem Arbeitnehmer durch Abzug vom Arbeitsentgelt (§ 28g Satz 2 SGB IV) im Wege der Aufrechnung geltend (BSG, Urteil vom 25. Oktober 1990 - 12 RK 27/89 - BSGE 67, 290 Rn. 21). Hierzu ist auch der Beklagte bei den angesprochenen Nachzahlungen berechtigt.

41 Anders als vom Kläger angenommen, steht diesem Abzug nicht die Regelung des § 28g Satz 3 SGB IV entgegen. Nach dieser Vorschrift darf ein unterbliebener Abzug bei den drei nächsten Lohn- oder Gehaltszahlungen nachgeholt werden, danach nur dann, wenn der Abzug ohne Verschulden des Arbeitgebers unterblieben ist. Bei dem angesprochenen Beitrag handelt es sich nicht um einen unterbliebenen Abzug im Sinne der genannten Vorschrift. Ein unterbliebener Abzug liegt nur dann vor, wenn Arbeitsentgelt zur Auszahlung gelangt, ohne dass hiervon der Arbeitnehmeranteil am Gesamtsozialversicherungsbeitrag einbehalten wird. Die vom Kläger erst- und zweitinstanzlich geltend gemachten Nachzahlungsbeträge, in Bezug auf welche das Urteil des Verwaltungsgerichts inzwischen rechtskräftig geworden ist, sind jedoch nicht schon in der Vergangenheit zur Auszahlung gelangt. Der Abzug bei der Nachzahlung bleibt damit möglich.

42 Dem steht auch nicht die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zum sogenannten Entstehungsprinzip entgegen. Danach sind die Versicherungspflicht und die Beitragshöhe bei den Beschäftigten nach dem arbeitsrechtlich geschuldeten (etwa dem Beschäftigten tariflich zustehenden) Arbeitsentgelt zu beurteilen und

nicht lediglich nach dem einkommensteuerrechtlich entscheidenden, dem Beschäftigten tatsächlich zugeflossenen Entgelt (BSG, Urteil vom 16. Dezember 2015 - B 12 R 11/14 R - SozR 4-2400 § 28p Nr. 6 Rn. 25 m.w.N.). Diese Rechtsprechung befasst sich nicht mit dem Abzug des Arbeitnehmeranteils am Gesamtsozialversicherungsbeitrag im Rahmen des § 28g SGB IV, sondern nur mit der Abführungspflicht des Arbeitgebers.

43 Die Abzugsfähigkeit des Gesamtsozialversicherungsbeitrags ist auch nicht deswegen ausgeschlossen, weil das Beschäftigungsverhältnis inzwischen beendet ist. Zwar ist allgemein anerkannt, dass der Arbeitgeber mit der Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses seinen Anspruch gegenüber dem Arbeitnehmer auf Erstattung des Arbeitnehmeranteils an von ihm zu tragenden Sozialversicherungsbeiträgen verliert. Das betrifft aber solche Fälle, in denen der Lohn schon gezahlt wurde und erst danach die Sozialversicherungspflichtigkeit des Beschäftigungsverhältnisses festgestellt wird (vgl. BAG, Urteil vom 14. Januar 1988 - 8 AZR 238/85 - BAGE 57, 192: Vermeintliche Selbstständigkeit stellt sich nachträglich als abhängiges Beschäftigungsverhältnis heraus). Erfolgt die Zahlung des Arbeitsentgelts erst nach der Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses, ist der Abzug hingegen unmittelbar bei Zahlung möglich.

44 Es besteht auch kein Aufrechnungsverbot gemäß § 394 Satz 1 BGB. Nach dieser Vorschrift findet die Aufrechnung gegen eine Forderung nicht statt, soweit sie der Pfändung nicht unterworfen ist. Diesbezügliche Ausführungen des Klägers zu seiner Einkommens- und Vermögenssituation betreffen allein den Zeitraum, in dem er Referendar war. Im Hinblick auf den maßgeblichen Zeitpunkt für die Aufrechnung sind tatsächliche Feststellungen über die Einkommens- und Vermögenssituation des Klägers, der inzwischen als Rechtsanwalt tätig ist, nicht vorhanden. Ebenso fehlen substantiierte Ausführungen des Klägers, die eine Verfahrensrüge oder einen Aufklärungsmangel durch das Berufungsgericht auch nur nahe legen könnten.

4 Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO.

5 Domgörgen
Dr. von der Weiden
Dr. Hartung Dollinger
Dr. Günther

Zitiervorschlag:
BVerwG Urt. v. 15.12.2016 – 2 C 31.15, BeckRS 2016, 114385

BeckRS 2016, 116071

LG Frankfurt a.M., Beschluss vom 31.10.2016 - 5/12 KLs - 7521 Js 211504/14 (9/16)

Titel:
Aktienkauf, Auslegung, Gemeinschaftsrecht, Marktmanipulation

Normenketten:
StGB § 2 Abs. 3, § 73, § 73a
VO (EU) 596/2014
WpHG aF § 20a Abs. 1 S. 1 Nr. 3, § 38 Abs. 2 Nr. 1, § 39 Abs. 1 Nr. 2
WpHG § 38, § 39

Rechtsgebiete:
Sonstiges Bürgerliches Recht, Wertpapier-, Bank-, Börsen-, Währungsrecht, Gesellschaftsrecht, Strafrecht, Strafprozessrecht/OWiG, Markenrecht

Schlagworte:
Aktienkauf, Auslegung, Gemeinschaftsrecht, Marktmanipulation
ECLI:
ECLI:DE:LGFFM:2016:1031.5.12KLS.7521JS211.0A
Rechtskraft:
rechtskräftig

Zum Sachverhalt:

Das Landgericht ordnete mit der genannten Entscheidung einen dinglichen Arrest in das Vermögen einer Nebenbeteiligten im Strafverfahren an, jedoch nicht in der von der Staatsanwaltschaft beantragten, am Gesamterlös aus den manipulierten Aktienverkäufen orientierten Höhe. Dem lag zugrunde, dass dem in diesem Strafverfahren Angeschuldigten vorgeworfen wurde, dass er im März 2011 als vertretungsberechtigtes Organ der Nebenbeteiligten, gegen Entgelt zugunsten der Nebenbeteiligten über zwei zu diesem Zweck geschaffene Börsendienst-Labels börsennotierte Aktien einer Gesellschaft gegenüber einer Vielzahl von Anlegern zum Kauf angepriesen habe, ohne dabei zu offenbaren, dass diese Empfehlung den finanziellen Interessen u. a. der Nebenbeteiligten - die über entsprechende Aktien der beworbenen Gesellschaft verfügte - an der Erzielung möglichst hoher Verkaufserlöse diente.
Das Landgericht bejahte unter II.1. einen dringenden Tatverdacht wegen Marktmanipulation gemäß §§ 38 Abs. 2 Nr. 1, 39 Abs. 1 Nr. 2, 20a Abs. 1 S. 1 Nr. 3 WpHG a. F. und hatte sich dabei mit der zeitlichen Geltung des Strafgesetzes gemäß § 2 StGB auseinanderzusetzen. Nach Beendigung der vorgeworfenen Taten im März 2011 war vor der Entscheidung eine Gesetzesänderung des WpHG zum 02.07.2016 erfolgt, so dass gemäß § 2 Abs. 3 StGB das mildeste Gesetz anzuwenden war. Das Landgericht verneinte im Ergebnis eine Straffreiheit, die derzeit in der Literatur als das „mildestes Gesetz" mit dem Argument diskutiert wird, es habe am 02.07.2016 deshalb keine Strafdrohung bestanden, weil zu dieser Zeit der Verweis der §§ 38, 39 WpHG n. F. auf die VO (EU) Nr. 596/2014 vom 16.04.2014 (Marktmissbrauchsverordnung - Market Abuse Regulation, nachfolgend: MAR), welche zwar bereits seit 02.07.2014 in Kraft getreten war, jedoch erst zum 03.07.2016 Geltung erlangte, ins „Leere" geführt habe, was aufgrund des Meistbegünstigungsgrundsatzes eine faktische „Generalamnestie" für alle bis dahin begangenen und noch nicht abgeurteilten Verstöße bedeute (so Rothenfußer/Jäger, NJW 2016, S. 2689 (2690)).
Darüber hinaus hatte das Landgericht im Rahmen der Arrestanordnung zu entscheiden, ob und in welchem Umfang dringende Gründe dafür streiten, dass die Nebenbeteiligte aus der Tat im Sinne der §§ 73, 73a StGB etwas erlangt hat. Dies bejahte das Landgericht mit der Maßgabe, dass nicht der gesamte von der Nebenbeteiligten vereinnahmte Erlös aus den verfahrensgegenständlichen Aktienveräußerungen, sondern (lediglich) der daraus gezogene Sondervorteil im Falle einer Verurteilung für verfallen zu erklären ist.
Auf die von der Nebenbeteiligten erhobene Beschwerde gegen die Arrestanordnung bestätigte das Oberlandesgericht Frankfurt am Main mit Beschluss vom 12.01.2017 - 3 Ws 901/16 die Annahme eines dringenden Tatverdachts, erweiterte jedoch - abweichend zu den nachfolgend unter II.2. dargestellten Gründen des Landgerichts - die Anordnung auf eine am gesamten Erlös orientierte Arrestsumme, da keine Gründe erkennbar seien, bei den sog. „Scalping"-Fällen das Bruttoprinzip einzuschränken.

Aus den Gründen:

II.1. ... Einen leerlaufenden Verweis sieht die Kammer nicht. Eine Strafbarkeit nach §§ 38, 39 WpHG n. F. i. V. m. den in Bezug genommenen Vorschriften der MAR bestand auch am 02.07.2016.

Die §§ 38, 39 WpHG n. F. sind als Strafblankette ausgestaltet, die zwar die wesentlichen Strafbarkeitsund Ahndungsvoraussetzungen benennen und eine Strafdrohung enthalten, den Tatbestand aber nicht bzw. nicht vollständig selbst beschreiben, vielmehr durch Verweisung auf andere Rechtsvorschriften - hier eine EU Verordnung - Bezug nehmen (zur Abgrenzung von Verweisen als Begriffskonkretisierung/normative Tatbestandsmerkmale s. Petzsche, NZWiSt 2015, S. 210 ff. (214) u. Bülte JuS 2015, S. 769 ff.). Da vorliegend die Verweisungsnorm und die Bezugsnorm nicht vom gleichen Normgeber stammen, handelt es sich um ein echtes Blankett bzw. um eine Außenverweisung (vgl. zur Terminologie Satzger, Die Europäisierung des Strafrechts 2001, S. 216 sowie Hecker, Europäisches Strafrecht, 2. Aufl., S. 266). Eine solche Gesetzgebungstechnik ist nicht nur ökonomisch vorteilhaft (Vermeidung der Replizierung des Inhalts der Bezugsvorschrift, so bereits BVerfGE 47, 285 (312)), sondern im Bereich europarechtlicher Sachregelungskompetenz ohne gleichzeitige Ahndungskompetenz auch notwendig (vgl. Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 2. Aufl., § 8, Rn. 64) und im Übrigen grundsätzlich zulässig, wobei im Falle von Strafblanketten sowohl die Verweisungs- als auch die Bezugsnorm den verfassungsrechtlichen Maßstäben des Grundgesetzes, insbesondere Art. 103 Abs. 2 GG zu genügen hat (vgl. etwa BVerfG NVwZ 2012, S. 504 ff. (505) [BVerfG 15.09.2011 - 1 BvR 519/10]; für Strafblankette, die auf Gemeinschaftsrecht Bezug nehmen: Hecker, a. a. O., S. 267 und Satzger, a. a. O., § 8, Rn. 72). Verfassungsrechtlich unbedenklich sind starre bzw. statische Verweise, bei denen auf eine Norm in einer ganz bestimmten Fassung Bezug genommen wird, so dass der Gesetzgeber den Inhalt des in Bezug genommenen Rechts vor Augen hat und prüfen kann, ob er sich dies zu eigen machen will - im Gegensatz zu dynamischen Verweisen, bei denen auf die Bezugsnorm in der jeweils geltenden Fassung rekurriert wird (zur Unterscheidung und zur Verfassungsmäßigkeit statischer Verweise vgl. Ossenbühl DVBl. 1967, S. 401 ff. (401) sowie BVerfG NJW 1978, S. 1475 [BVerfG 01.03.1978 - 1 BvR 786/70]; BVerfG NVwZ-RR 1992, S. 521). Um einen statischen Verweis handelt es sich hier, da in § 38 WpHG n. F. - an den § 39 WpHG n. F. anknüpft - explizit auf die MAR in der Fassung vom 16.04.2014 Bezug genommen wird (anders etwa der Verweis in § 1 Abs. 1 Nr. 6e) WpHG n. F., der auf die MAR in der jeweils geltenden Fassung abstellt.

Klöhn und Büttner, (ZIP 2016, S. 1801 ff. (1805)), knüpfen denn auch unmittelbar an diese statische Bezugnahme auf die MAR in der Fassung vom 16.04.2014 an und halten der These von der Straffreiheit entgegen, dass gerade nicht ins „Leere" verwiesen werde. Dem ist insoweit zuzustimmen, als hier im Unterschied zu den in umgekehrter Konstellation als „Leerverweis" entschiedenen Fällen (vgl. etwa BGH NStZ 1992, S. 535 (536) [BGH 23.07.1992 - 4 StR 194/92]; OLG Koblenz NJW 2007, S. 2344 [OLG Koblenz 11.05.2007 - 1 Ss 113/07]) die Bezugsvorschrift nicht weggefallen, aufgehoben oder ersetzt ist, vielmehr in Kraft war, allein am 02.07.2016 (noch) keine Geltung auf Gemeinschaftsebene erlangt hatte (zu Inkrafttreten und Geltung vgl. Bergmann/Vogt, wistra 2016, S. 347 ff. (348 f.)). Mithin gab es bereits am 02.07.2016 einen vollständigen Straftatbestand insoweit, als eine Verhaltensnorm und eine Sanktionsnorm vorlagen und durch entsprechende Verweisung ohne Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 Abs. 2 GG (so die Problematik im umgekehrten Fall, vgl. etwa OLG Koblenz NStZ 1989, S. 188 ff.) miteinander verknüpft waren.

Eine Bezugnahme auf die MAR war auch bereits am 02.07.2016 möglich, obschon sie an diesem Tag zwar in Kraft war, aber noch nicht galt und es damit noch keinen gemeinschaftsrechtlichen Anwendungsbefehl für die dem Recht der EU unterworfenen Bürger bzw. die Mitgliedstaaten gab. (Dies scheint auch mit Blick auf die o.g. Entscheidung BGH NStZ 1992, S. 535, in der der Bundesgerichtshof von der notwendigen Verknüpfung „wirksamer" Verhaltensnorm und „rechtswirksamer" Sanktionsnorm spricht, nicht selbstverständlich.)
Grundsätzlich kann eine Blankettvorschrift auch auf eine nicht geltende Vorschrift Bezug nehmen (BVerfGE 11, 203 (218) = NJW 1960, S. 1445 ff. (1447) [BVerfG 14.06.1960 - 2 BvL 7/60]: dort stand die Nichtigkeit des § 110 BBG der Gültigkeit seiner Regelungen durch Bezugnahme in die Gesetzgebung zu Art. 131 GG nicht entgegen); ebenso bereits BVerfGE 8, 274 (302 f.); vgl. allgemein zur Zulässigkeit eines Verweises auf nichtgeltendes Recht BMJ, Handbuch der Rechtsförmlichkeit 2008, Teil B, Rn. 249). Ob dies vom verweisenden Gesetzgeber gewollt ist oder dieser die Gültigkeit der in Bezug genommenen Vorschriften voraussetzt, ist durch Auslegung zu ermitteln (bereits OLG Köln, NJW 1988, S. 657 ff. (658) [OLG Köln 02.06.1987 - Ss 605/86 (Z)]). Hierbei ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber grundsätzlich geltendes Recht in Bezug nehmen will (so Cornelius in NZWiSt 2014, S. 173 ff. (176) mit Verweis auf BGH NStZ 1992, S. 535 [BGH 23.07.1992 - 4 StR 194/92]). Insbesondere für die Fälle, in denen der nationale Gesetzgeber auf unmittelbar wirkendes Gemeinschaftsrecht (VOen) verweist, ist wegen der Umsetzungspflicht (Art. 10 EGV) und wegen der für den Regelungsbereich der Bezugsvorschrift dann bestehenden Ausführungssperre für den nationalen Gesetzgeber anzunehmen, dass er nur an geltendes Unionsrecht anknüpfen will (so m. w. N. Cornelius, a. a. O.S. 176); ebenso bereits OLG Köln, NJW 1988, S. 657 ff. (658) [OLG Köln 02.06.1987 - Ss 605/86 (Z)]).
Die Auslegung des WpHG n. F. ergibt hier, dass der Gesetzgeber die Gültigkeit der MAR auf Gemeinschaftsebene am 02.07.2016 nicht voraussetzte.
Dem Wortlaut der §§ 38, 39 WpHG n. F. kann für diese Frage über die Ambivalenz des Begriffs des „Verstoßens" bei Blanketttatbeständen hinaus (s. dazu unten) nichts entnommen werden.
Die historische Gesetzesauslegung ergibt zweierlei. Vorliegend könnte zwar nach subjektivem Ansatz mit Blick auf die Gesetzgebungsmaterialien (hierzu eingehend mit Verweisen auf die entsprechenden BT-Drucksachen Rothenfußer/Jäger, a. a. O. S. 2690 u. Bergmann/Vogt, wistra 2016, S. 347 ff.) geschlossen werden, der Gesetzgeber sei fälschlicherweise davon ausgegangen, dass die MAR bereits am 02.07.2016 gelte, so dass er gerade auf geltendes Recht habe Bezug nehmen wollen. Obschon nicht aus den Gesetzgebungsmaterialien ersichtlich, könnte aber nach objektivem Ansatz gerade der umgekehrte Fall vorgelegen haben, dass der Gesetzgeber die Geltung der MAR am 03.07.2016 zutreffend vor Augen hatte und bewusst an die gemeinschaftsrechtlich noch nicht geltenden Regelungen der MAR in Deutschland einen Tag zuvor anknüpfen wollte, um jedenfalls die Bestandsschutzklausel des Art. 30 MAR zu erfüllen (so Pressemitteilung der BaFin vom 08.07.2016 und zur Erläuterung vgl. dazu Klöhn/Büttner, a. a. O. S. 1804; dagegen verstehen Rothenfußer/Jäger, a. a. O. S. 2692, Art. 30 MAR als Wahlrecht, das nicht zur früheren Umsetzung strafrechtlicher Sanktionen in Deutschland zwingt). Die historische Auslegung ist daher zunächst nicht eindeutig.
Selbst wenn der Gesetzgeber sich aber über den Geltungsbeginn der Verordnung geirrt haben sollte, ergibt die Gesetzesauslegung nach Sinn und Zweck, dass - gleich wie im umgekehrten Fall bewusster Bezugnahme auf noch nicht geltendes Recht - mit der

Neufassung des WpHG an der bestehenden Strafbarkeit der Marktmanipulation unter den Weiterungen der MAR ohne gesetzlosen Zustand festgehalten werden sollte. Dem Willen des Gesetzgebers entspricht es dann aber, dass im Falle eines irrtümlichen Versehens für eine Übergangszeit (hier einen Tag) noch nicht geltendes Recht in Bezug genommen wird, um die strafrechtliche Sanktionsandrohung für Marktmanipulation nicht auszusetzen.
Dies widerspricht auch nicht den Auslegungsergebnissen in den umgekehrten Fällen. Wenn etwa das OLG Koblenz, NJW 2007, S. 2344 ff. [OLG Koblenz 11.05.2007 - 1 Ss 113/07] (ähnlich bereits OLG Köln, NJW 1988, S. 657 ff. (658) [OLG Köln 02.06.1987 - Ss 605/86 (Z)] sowie OLG Hamburg NZV 2007, S. 372), nach Auslegung des Fahrpersonalgesetzes, welches auf eine VO (EWG) in einer bestimmten Fassung verwies, zur Auffassung gelangt, dass nach Aufhebung der VO (EWG) und deren Ersetzung durch eine andere VO, der Verweis nicht mehr passe und der Gesetzgeber auch nicht auf die außer Kraft befindliche VO (EWG) habe Bezug nehmen wollen, da allein aus dem Versäumnis der Anpassung des nationalen Gesetzes nicht gefolgert werden könne, dass für eine Übergangszeit die aufgehobene VO weitergelten solle, so kommt damit zum Ausdruck, dass der dortige Gesetzgeber wegen seiner Umsetzungspflicht für das neue Gemeinschaftsrecht nicht der überholten Norm vermittels der Verweisung Geltung verschaffen wollte, sondern das nationale Recht an das nunmehr geltende Gemeinschaftsrecht anzupassen beabsichtigte. Erfolgt dies verspätet, ist es nicht sein hypothetischer Wille, dass die aktuelle Verhaltensvorschrift auf Gemeinschaftsebene und jene noch in Bezug genommene veraltete Verhaltensvorschrift auf nationaler Ebene - wenn auch nur für eine kurze Übergangszeit - auseinanderfallen. Anders gewendet, bedingt die durch die Bezugnahme erreichte Akzessorietät des Strafrechts an eine außerstrafrechtliche Verhaltensvorschrift (Hecker, a. a. O. S. 266 spricht daher von gemeinschaftsrechtsakzessorischen Tatbeständen) regelmäßig, dass die Verweisungsnorm die Gültigkeit der Bezugsvorschrift voraussetzt (so Satzger, a. a. O., S. 270, wobei Satzger an anderer Stelle davon spricht, dass regelmäßig nur auf „in Kraft befindliches EG-Recht" Bezug genommen werden soll, vgl. Satzger, a. a. O., § 8, Rn. 81 (Fn. 98)). Anders liegt der Fall aber hier. Vorliegend war eine VO (EU) in Kraft, zu deren Umsetzung der nationale Gesetzgeber bis zum 03.07.2016 verpflichtet war. Den darin enthaltenen Verhaltensvorschriften wollte er jedenfalls mit Änderung und Neufassung des WpHG auf nationaler Ebene Geltung verschaffen. Ein Akzessorietätsproblem stellt sich nicht. Die (noch nicht gegenüber dem Einzelnen geltende) Verhaltensvorschrift auf Gemeinschaftsebene und diejenige auf nationaler Strafbarkeitsebene fallen inhaltlich nicht auseinander. Mithin besteht keine Rechtszersplitterungsgefahr und es wird auch inhaltlich kein nationales Ver- bzw. Gebot geschaffen (zu dieser Gefahr vgl. Satzger, a. a. O., Kap. 4 S. 231 f.). Vielmehr macht sich der nationale Gesetzgeber die gemeinschaftsrechtliche Verhaltensvorschrift früher als erforderlich zu Eigen. Ebenso wenig besteht im Falle vorzeitiger Umsetzung von Gemeinschaftsrecht eine Ausführungssperre dahin, dass zeitgleich unterschiedliche Verhaltenspflichten bestehen würden (zur europarechtlichen Zulässigkeit frühzeitigerer Umsetzung von VO s. Klöhn/Büttner, a. a. O. S. 1806).
Als Zwischenergebnis ist somit Folgendes festzuhalten: Der Umstand, dass in den ab dem 02.07.2016 geltenden §§ 38, 39 WpHG n. F. auf erst ab dem 03.07.2016 geltende Vorschriften der MAR verwiesen wird, steht einer Strafbarkeit nach den Vorschriften des WpHG n. F. ab dem 02.07.2016 jedenfalls nicht ohne Weiteres entgegen. Denn es reicht aus, dass die Vorschriften, auf die verwiesen wird, bereits in Kraft waren. Die historische Auslegung der §§ 38, 39 WpHG n. F. schließt es nicht aus, dass der Gesetzgeber auf noch nicht geltendes Recht hat Bezug nehmen wollen. Teleologisch betrachtet, ist dies

beabsichtigt gewesen. Eine Geltungslücke (die zu der von der Literatur diskutierten „Generalamnestie" führen könnte) war dagegen nicht gewollt und würde den Sinn und Zweck der Vorschriften konterkarieren.
Der hier (in Übereinstimmung mit Klöhn/Büttner a. a. O.) vertretenen Auslegung der §§ 38, 39 WpHG n. F. dahingehend, dass die dort unter Zuhilfenahme eines Verweises auf die MAR umschriebenen Verhaltensweisen bereits am 02.07.2016 strafbar waren, steht auch weder das Bestimmtheitsgebot noch das Verbot einer Analogie zu Ungunsten des Täters gemäß Art. 103 Abs. 2 GG entgegen (als gemeinschaftsrechtsakzessorisches Blankett hat es zudem dem im Wesentlichen gleichlaufenden Bestimmtheitsgebot aus der Grundrechte Charta zu genügen, s. Petzsche, NZWiSt 2015, S. 210 ff. (212)).
Diese Garantien sind sowohl Ausdruck eines strengen Gesetzesvorbehalts als auch der Sicherung von Freiheitsrechten, dadurch dass jedermann vorhersehen können soll, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist. Das bedeutet zur Bestimmung legislativen Handelns zunächst, dass der entsprechende Rechtssatz ordnungsgemäß verkündet worden sein muss. Im Falle eines Blankettgesetzes muss zugleich der Bezugstext durch Publikation gesichert sein und jeder die Möglichkeit haben, sich von ihm Kenntnis zu verschaffen (so allgemein zur Verweisungstechnik im Falle der Bezugnahme auf nicht geltendes Recht BMJ, Handbuch der Rechtsförmlichkeit 2008, Teil B, Rn. 249). Hierbei genügt es, dass die in Bezug genommene Vorschrift dem Normadressaten durch eine frühere ordnungsgemäße Veröffentlichung zugänglich ist (BVerfGE 47, 285 (311) = NJW 1978, S. 1475 ff. [BVerfG 01.03.1978 - 1 BvR 786/70]). Vorliegend sind das Änderungsgesetz zum WpHG ordnungsgemäß im Bundesgesetzblatt und die MAR ihrerseits im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften verkündet worden. Hierbei ist es unschädlich, dass die Publikation des Bezugstextes nicht in den die Verweisungsnorm verkündenden amtlichen Veröffentlichungen erfolgte, denn es genügt, dass die Publikation nach ihrer Art für amtliche Anordnungen geeignet ist (so ausführlich und mit Verweis auf BVerwG NJW 1962, S. 506, [BVerwG 29.08.1961 - BVerwG I C 14.61] Brugger, VerwArch 1987 (78), S. 1 ff. (12 ff.). Dies ist für das Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften verfassungsgerichtlich anerkannt (vgl. ausführlich mit Hinweisen auf die entsprechende Rechtsprechung Satzger, a. a. O., Kap. 4, S. 267).
Der Bestimmtheitsgrundsatz und das Analogieverbot zu Ungunsten des Täters bedeuten im Weiteren für den Strafgesetzgeber, dass er wesentliche Fragen der Strafbarkeit im demokratischparlamentarischen Willensbildungsprozess klärt und dass die Strafnorm die Voraussetzungen der Strafbarkeit sowie Art und Maß der Sanktion so konkret umschreibt, dass Tragweite und Anwendungsbereich erkennbar sind und sich durch Auslegung ermitteln lassen (so etwa BVerfGE 126, 170 (195)). Dies gilt auch für Blankettstraftatbestände (BVerfG NWwZ 2012, S. 504 ff. (505), wobei hinzukommt, dass hinreichend klar erkennbar wird, worauf sich die Verweisung bezieht (Satzger, a. a. O., § 8 Rn. 74; Petzsche, a. a. O. S. 212). Maßgebend für die Auslegung eines Gesetzes ist der in der Norm zum Ausdruck gekommene objektivierte Wille des Gesetzgebers, so wie er sich aus dem Wortlaut der Vorschrift und dem Sinnzusammenhang ergibt, in dem es steht (m. w. N. BVerfG NVwZ 2012, S. 504 ff. (505) [BVerfG 15.09.2011 - 1 BvR 519/10]). Mit dem Wortlaut ist zugleich die äußerste Grenze der Auslegung zur verbotenen Analogie markiert (s. Eser/Hecker in: S/S StGB, 29. Aufl. 2014, § 1 Rn. 37).
Problematisch erscheint vorliegend, ob die Auslegung dahin, dass in §§ 38, 39 WpHG n. F. am 02.07.2016 auch auf die (noch) nicht geltende MAR Bezug genommen wird, noch mit dem Wortlaut der Normen vereinbar ist. Das haben Rothenfußer/Jäger (a. a. O) zutreffend herausgearbeitet.

Die Kammer hätte an einer hinreichend bestimmten Bezugnahme der §§ 38, 39 WpHG n. F. auch auf am 02.07.2016 noch nicht geltendes Recht jedenfalls dann keinen Zweifel, wenn in § 39 Abs. 3d Nr. 2 WpHG n. F. sinngemäß etwa wie folgt formuliert worden wäre: „Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder leichtfertig eine Marktmanipulation im Sinne von Art. 15 der VO (EU) Nr. 596/2014 (in der Fassung vom 02.07.2014) begeht ...". Es läge in diesem Fall, wie dargelegt, weder ein unzulässiger noch ein ins Leere gehender Verweis vor.
Aus dem vom Gesetzgeber gewählten Wortlaut ergeben sich indessen Bedenken.
Zwar bezieht sich der Verweis in § 39 WpHG n. F. nicht etwa explizit auf die „geltende" MAR. Die vom Gesetzgeber hier gewählte Formulierung in § 39 Abs. 3d Nr. 2 WpHG n. F.: „Ordnungswidrig handelt, wer gegen die VO (EU) Nr. 596/2014 verstößt, indem er vorsätzlich oder leichtfertig entgegen Artikel 15 eine Marktmanipulation begeht, ..." legt dem Wortlaut nach aber nahe, dass zunächst eine Handlungspflicht bestehen muss, deren zuwider gehandelt, mithin verstoßen werden muss. Denn ein Verstoß setzt nach dem allgemeinen Wortsinn eine Verletzung von Bestimmungen oder Anordnungen, ein Übertreten von Grenzen voraus. Ein Verstoß zeitigt eine Rechtsfolge, die sich wiederum als Reaktion auf eine Aktion nur rechtfertigt, wenn die Bestimmungen, Anordnungen oder Grenzen für die Adressaten rechtsverbindlich waren, mithin Geltungskraft hatten. Da sich auf Gemeinschaftsrechtsebene vor Geltungsbeginn der MAR ungeachtet ihres Inkrafttretens aus dieser noch keine Verhaltenspflichten für den Einzelnen ergeben konnten, kommen Rothenfußer und Jäger (a. a. O.) mit guten Gründen zu dem Schluss, dass mangels Möglichkeit eines Verstoßes gegen die MAR am 02.07.2016 Marktmanipulation nicht strafbar war.
Diese Betrachtung greift jedoch insoweit zu kurz, als die Besonderheiten von Blankettstraftatbeständen außen vor bleiben.
Folge eines Verweises ist nämlich, dass der Inhalt der Bezugsvorschrift in die Verweisnorm inkorporiert wird (sog. Inkorporationstheorie, vgl. m. w. N. Satzger, a. a. O., Kap. 4, S. 219).
Die ausfüllende außerstrafrechtliche Norm ist in den Blanketttatbestand hineinzulesen, so dass die außerstrafrechtliche Vorschrift an der Rechtsnatur der Strafnorm teilnimmt (m.V.a. BVerfG, vgl. Bülte, BB 2010, S. 1759 ff. (1765) sowie ders. in: JuS 2015, S. 769 ff. (770, 772); ebenso Hecker, a. a. O., S. 267). Dies bedeutet, dass erstens der Inhalt der in Bezug genommenen Vorschrift in die Verweisvorschrift transformiert und inkorporiert wird, so dass der Bezugsnorm ein neuer (zusätzlicher) Geltungsbereich erschlossen wird, zweitens dieser in Bezug genommene Inhalt nunmehr die Geltungskraft und Rangstufe der Verweisvorschrift teilt und folglich innerhalb der Verweisvorschrift mit den diesbezüglichen Rechtsschutzmöglichkeiten kontrollierbar wird (diese drei Folgen ausmachend Brugger, VerwArch 1987 (78), S. 1 ff. (4 f.)). Bereits in BVerfGE 47, 285 (312 f.) klingt an, dass „das in Bezug genommene Recht in Geltung gesetzt wird" und die Verweisung bewirkt, dass der Inhalt der Bezug genommenen Vorschrift Bestandteil der Verweisungsnorm wird und an deren Rechtscharakter teilhat (so kommen auch Bergmann/Vogt, a. a. O. S. 349, zu dem Schluss, dass die in Bezug genommenen Artikel der MAR „durch den Verweis in Geltung gesetzt wurden"). Die Verweisung führt zwar nicht zu einer materiellen Verdopplung der außerstrafrechtlichen Verhaltenspflicht dahin, dass nunmehr eine selbstständige inhaltsgleiche strafrechtliche Verhaltenspflicht begründet wird (daher Akzessorietät des Strafrechts, so Satzger, a. a. O., Kap. 4, S. 220). Die Inkorporation hat formal jedoch die Wirkung, dass die außerstrafrechtliche, gemeinschaftsrechtliche Verhaltensvorschrift „kraft Geltungsbefehl der Verweisungsnorm" gilt (so Satzger, a. a. O.,

§ 8 Rn. 69.). Mithin besteht im Geltungsbereich der Verweisungsnorm, hier des WpHG n. F., die in Bezug genommene Verhaltenspflicht, hier aus Art. 15 MAR, gegen die verstoßen werden kann: In Deutschland konnte am 02.07.2016 gegen Art. 15 MAR „verstoßen" werden, weil der deutsche Strafgesetzgeber ein Handeln im Sinne von Art. 15 MAR bereits am 02.07.2016 unter Strafe gestellt und Art. 15 MAR in die deutsche Strafnorm inkorporiert hatte. Jedenfalls ist der Wortlaut als äußerste Grenze der Auslegung noch nicht überschritten, wenn statt von einem Verstoß gegen das zum Bestandteil des WpHG gewordenen Verbot der Marktmanipulation, verkürzend von einem „Verstoß" gegen die MAR gesprochen wird.
Es war mit Blick auf den Willen des Gesetzgebers, das WpHG in seiner Pflicht zur Umsetzung unmittelbar wirkenden Europarechts zum Zwecke der Rechtsvereinheitlichung innerhalb der EU zu ändern, für den Einzelnen auch erkennbar, dass zeitgleich mit der Änderung des WpHG Handlungen, die den in der MAR aufgestellten Verhaltenspflichten zuwiderlaufen, in Deutschland verboten und straf- bzw. bußgeldbewehrt sein sollen. Der Einzelne hatte Zugang zu den in Bezug genommenen Rechtssätzen und konnte sein Verhalten darauf einstellen. Wenngleich klarere Gesetzgebungstechniken für eine Bezugnahme auf die am 02.07.2016 noch nicht geltende MAR denkbar und vom Gesetzgeber andernorts auch angewandt worden sind (vgl. Rothenfußer/Jäger, a. a. O. S. 2691 und auch Klöhn/Büttner, a. a. O. S. 1806 f.), genügt der hier gewählte Verweis vor dem Hintergrund, dass es dem Rechtsunterworfenen klar ist, dass auf die MAR in der Fassung von 2014 Bezug genommen wird und deren Regelungen mit Neufassung des WpHG, mithin am 02.07.2016, nunmehr die Grundlagen für die Regulierung der Finanzmärkte bilden. Für Strafblankette, die auf Richtlinien lediglich in erläuternder Funktion (als normatives Tatbestandsmerkmal) Bezug nehmen, entschied der Bundesgerichtshof unlängst betreffend die Erkennbarkeit dessen, was unter Strafe gestellt ist für den Fall des Außerkrafttretens der Richtlinie, dass „der Umstand des Außerkraftseins der Richtlinie" nicht dazu führe, dass der Rechtsunterworfene das unter Strafe stehende Verhalten nicht mehr hätte erkennen könne (s. BGH NJW 2014, S. 1029 [BGH 20.11.2013 - 1 StR 544/13]).
Die Annahme, dass der Wortlaut „ordnungswidrig handelt, wer gegen die VO (EU) Nr. 596/2014 verstößt, indem er vorsätzlich oder leichtfertig entgegen Artikel 15 MAR eine Marktmanipulation begeht ..." der aus systematischen, historischen und teleologischen Gründen gebotenen Interpretation als „ordnungswidrig handelt, wer (gegen das WpHG dadurch verstößt, dass er) vorsätzlich oder leichtfertig eine Marktmanipulation im Sinne von Art. 15 der VO (EU) Nr. 596/2014 begeht ..." zwingend entgegen steht, vermag die Kammer daher letztlich nicht zu teilen. Hier ist die Gesetzesformulierung zwar unglücklich gewählt. Die verkürzende Formulierung ist aber keineswegs so eindeutig, dass ein Rechtsunterworfener - sei er beraten gewesen oder nicht - darauf hätte vertrauen können, dass sich aus dieser Formulierung für den 02.07.2016 die Straflosigkeit ergibt. Stattdessen ist die hier vertretene Auslegung auch mit dem Wortlaut noch ausreichend vereinbar.
Auch im Übrigen sieht die Kammer keinen Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot. Insbesondere sieht die Kammer anders als Bergmann/Vogt (a. a. O. S. 350) nicht, dass die Regelungen der §§ 38 Abs. 1 Nr. 2, 39 Abs. 3d Nr. 2 WpHG n. F., deshalb zu unbestimmt sind, weil sie auf das Verbot der Marktmanipulation in Art. 15 MAR („Marktmanipulation und der Versuch hierzu sind verboten.") Bezug nehmen, ohne an dieser Stelle zugleich Art. 12 MAR zu nennen, der den Begriff der Marktmanipulation erläutert. Es ergibt sich bereits hinreichend deutlich aus der Regelungssystematik, dass

der Gesetzgeber auch für einen Verstoß gegen das Verbot der Marktmanipulation die begriffliche Erläuterung aus Art. 12 MAR zur Auslegung des Begriffs der Marktmanipulation in Bezug genommen hat. Systematisch vor der hiesigen Strafvorschrift wird in § 12 WpHG n. F. nämlich die Anwendung der MAR auf bestimmte Handelsgüter (die bisher nach dem nationalen Verbot der Marktmanipulation gemäß § 20a WpHG a. F. erfasst waren) erstreckt und hierbei textlich vor der Anwendbarkeitsklausel erklärt, dass Art. 15 MAR in Verbindung mit den begriffsklärenden Absätzen 1 bis 4 des Art. 12 MAR steht. Wenn die §§ 38 Nr. 1, 39 Abs. 2 Nr. 3 oder Abs. 3c WpHG Zuwiderhandlungen gegen die MAR unter Strafe stellen und dabei ausdrücklich jeweils den Verweis auf Art. 15 MAR in Verbindung mit Art. 12 MAR in dem diese Normen betreffenden Umfang enthalten, bestätigt dies zunächst die Heranziehung von Art. 12 MAR. Die dortige Benennung von Art. 12 Abs. 1 MAR - im Gegensatz zu § 39 Abs. 3 d Nr. 2 WpHG - ist jedoch entgegen Bergmann/Vogt, (a. a. O., S. 350 f.), keine Ungenauigkeit mit der Folge, dass allein die §§ 39 Abs. 2 Nr. 3 und 39 Abs. 3c WpHG n. F. hinreichend bestimmt wären. Vielmehr verlangte es die (VO überschießende) Erstreckung der MAR auf die in § 12 WpHG n. F. bestimmten Handelsgüter, dass in abweichender Regelungstechnik eine Zuwiderhandlung gegen § 12 WpHG n. F. i. V. m. dem die Grundtatbestände einer Marktmanipulation bezeichnenden Art. 12 Abs. 1 MAR in § 39 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 3 c WpHG n. F. benannt ist (vgl. zum Sanktionssystem Kudlich, AG 2016, S. 459 ff. (462 f.)). Es erschließt sich auch nicht, warum zur Auslegung des Begriffs der Marktmanipulation nicht auf die in Kraft befindliche MAR oder aber auf die der MAR vorangehende und am 02.07.2016 noch geltende Marktmissbrauchsrichtlinie oder die nationale Marktmanipulations-Konkretisierungsverordnung abgestellt werden kann. Bislang hielt die Rechtsprechung den Marktmanipulationsstraftatbestand gerade unter Heranziehung konkretisierender Rechtsvorschriften für hinreichend bestimmt (vgl. BGH NZG 2014, S. 315 [BGH 27.11.2013 - 3 StR 5/13]). Auch wird Art. 15 MAR als inkorporierter Bestandteil des WpHG n. F. wegen der Akzessorietät des Strafrechts gemeinschaftsrechtskonform auszulegen sein, mithin wird auch hierüber die MAR - sei es auch lediglich als in Kraft befindliche Norm - heranzuziehen sein.
Da die §§ 38, 39 WpHG n. F. als statische Verweise ausgestaltet sind, die in Bezug genommene VO (EU) genau bezeichnen, die wesentlichen Voraussetzungen der Strafbarkeit enthalten und lediglich die nähere Spezifizierung des Tatbestands dem gemeinschaftsrechtlichen Verordnungsgeber überlassen, sind weder Bestimmtheitsgrundsatz im Übrigen, noch das Demokratieprinzip oder der Parlamentsvorbehalt berührt (vgl. dazu Hecker, a. a. O., S. 268 u. Klöhn/Büttner, a. a. O. S. 1807).
II.2. Aus der Tat erlangt sind alle Vermögenswerte, die dem Täter unmittelbar aus der Verwirklichung des Tatbestands selbst in irgendeiner Phase des Tatablaufs zufließen (vgl. etwa BGH NStZ 2011, S. 83 [BGH 29.06.2010 - 1 StR 245/09]). Hier hat die Nebenbeteiligte aus dem Verkauf der von ihr gehaltenen (X) Aktien abzüglich der Aufwendungen für getätigte Ankäufe einen Erlös in Höhe von insgesamt XXX EUR erzielt. Entgegen der beantragten Abschöpfung dieses Betrags, ist - im Falle einer Verurteilung - im Anschluss an BGH NZG 2016, S. 751 [BGH 25.02.2016 - 3 StR 142/15](Bschl. v. 25.2.2016 - 3 StR 142/15) (lediglich) der Sondervorteil für verfallen zu erklären.
Die Rechtsprechung bestimmt das erlangte Etwas nicht einheitlich. Während nach der Rechtsprechung des 1. Strafsenats des BGH das Erlangte in seiner Gesamtheit ohne Berücksichtigung von Gegenleistungen dem Verfall unterliegt (Bruttoprinzip), bestimmen der 5. und 3. Strafsenat das Erlangte zunächst danach, was letztlich strafbewehrt ist und

lassen erst nachfolgend wegen des Bruttoprinzips gewinnmindernde Abzüge unberücksichtigt. Die Kasuistik ist entsprechend uneinheitlich, wobei sich die Senate bemühen, im jeweiligen Einzelfall darzulegen, worin die strukturellen Unterschiede bestehen, die es rechtfertigen - ohne ein Verfahren nach § 132 GVG anzustrengen - unter Anwendung vermeintlich gleichlaufender Terminologie („Verfall des strafrechtlich Bemakelten") den von ihnen jeweils vertretenen Abschöpfungsgedanken anzuwenden (Überblick bei Heine, NStZ 2015, S. 127 ff.).
Die Einordnung des hiesigen Falls der Marktmanipulation in Form des „Scalping" ist entsprechend schwierig. Zutreffend weist die Staatsanwaltschaft zunächst darauf hin, dass im vorliegenden Fall die Frage der strafrechtlichen Bemakelung Parallelitäten zur Konstellation unlauterer Werbung (1 StR 166/07) aufweist. Dort war der gesamte Erlös für verfallen erklärt worden, weil die verletzte Strafnorm den Verbraucher vor zweckverfehltem und vermögensschädigendem Mitteleinsatz bewahren wolle, weshalb - unabhängig davon, dass die Käufe an sich legal waren - auch der Mitteleinsatz selbst bemakelt sei, weil es ohne die Werbung auch die Käufe nicht gegeben hätte. Andererseits lassen sich Scalping Fälle ohne Weiteres mit den Konstellationen des Insiderhandels vergleichen, bei denen die Rechtsprechung nur den Wert der Insiderinformation als Sondervorteil abschöpfen will (vgl. BGH NJW 2010, S. 882 ff. (884) [BGH 27.01.2010 - 5 StR 224/09]). Danach sei beim Insiderhandel nur die Art und Weise der Ausführung des Geschäfts, nicht aber dieses an sich verboten, so dass sich der Unwert der Tat in dem vom Insider realisierten Sondervorteil (Verschonung von dem Wertverlust) darstellt. Entsprechend könnte für das Scalping argumentiert werden, dass nicht der Verkauf der Aktien an sich bemakelt sei, sondern die Art und Weise des Zustandekommens der Geschäfte, nämlich die Kaufempfehlung ohne entsprechende Offenlegung des Eigeninteresses.
Die gegenteilige Ansicht, beim Scalping sei anders als beim Insiderhandel das Geschäft als Ganzes bemakelt, geht mit Blick etwa auf die gleichlautenden Verbote des Insiderhandels und der Marktmanipulation gemäß Artt. 14, 15 MAR fehl. Auch der Verweis, darauf, dass die Einwirkung auf den Börsenpreis zum Tatbestand des Scalping gehöre, schlägt nicht durch, weil einerseits nicht nur durch Eigengeschäfte auf den Börsenpreis eingewirkt werden kann, sondern auch durch - von den abschöpfungsrelevanten Verkäufen unabhängigen - Drittgeschäfte und andererseits die Preisbildung nur der Reflex der marktwidrigen Empfehlung ohne Offenlegung des Interessenkonflikts ist. Dies ist auch der Unterschied zu den anders gelagerten Fällen der Marktmanipulation durch abgesprochene Verträge (sog. matched orders bzw. prearranged trades), bei denen das marktwidrige Verhalten und der hieraus folgende Unwert der Tat gerade in den durch kollusives Zusammenwirken erreichten, nicht genehmigungsfähigen Transaktionen liegt, so dass das Geschäfts selbst strafrechtlich bemakelt ist (vgl. BGH - 3 StR 5/13 - NZG 2014, S. 315 ff. (319) [BGH 27.11.2013 - 3 StR 5/13]). Im Unterschied dazu wären die hiesigen Verkaufsgeschäfte nicht bemakelt, wenn bei der Kaufempfehlung das Eigeninteresse hinreichend offengelegt worden wäre (vgl. dazu OLG München, NJW 2011, S. 3664 (3665)). Dies erinnert an die Konstellation der nicht genehmigten Waffenexporte (BGH 3 StR 343/11 Urt. v. 19.1.2012), bei dem wegen der Genehmigungsfähigkeit des Geschäftes (Einholung einer Genehmigung zur Ausfuhr) nicht der Abschluss oder die Erfüllung des Vertrages, sondern nur die Umgehung der Kontrollbefugnis bemakelt sei. Nunmehr äußerte sich der 3. Strafsenat auch zum Scalping entsprechend (BGH NZG 2016, S. 751 [BGH 25.02.2016 - 3 StR 142/15] Bschl. v. 25.2.2016 - 3 StR 142/15), hält auch hier an seiner Linie fest und stellt für den Unwert der Tat und den spiegelbildlichen

Vermögensvorteil darauf ab, dass jedenfalls die Wertsteigerung der Aktien - im Gegensatz zu dem zumeist durch außertatbestandliche Verkäufe erzielte Erlös - derjenige Vermögenszuwachs ist, der auch unmittelbar aus der Tat erlangt ist. Dem schließt sich die Kammer an. Die Kammer hält eine normative, einschränkende, dem Spannungsverhältnis aus Übermaßprinzip, Bestimmtheitsgebot und dem Schutzzweck der Norm Rechnung tragende Betrachtung des Begriffs des „Erlangten" jedenfalls für die Fälle für geboten, in denen nicht der Vertragsschluss als solcher, sondern nur dessen Anbahnung strafrechtlich bemakelt ist. Im Ergebnis ist nicht das Handelsgut (hier: Aktien) in seiner Gesamtheit abzuschöpfen, sondern nur der aus dem verbotenen, marktwidrigen Handeln generierte Vorteil (hier: Wertsteigerung der Aktien). Bei der Berechnung dieses Vorteils sind dann aber - entsprechend dem Bruttoprinzip - keine Kosten, Aufwendungen oder Wagnisse abzuziehen.

Zitiervorschlag:
LG Frankfurt a. M. Beschl. v. 31.10.2016 – 5/12 KLs - 7521 Js 211504/14 (9/16), BeckRS 2016, 116071

BeckRS 2016, 118833

LG Frankfurt a. M. (12. Strafkammer), Beschluss vom 31.10.2016 – 5-12 KLs 9/16

Titel:

Keine Generalamnestie bei Marktmanipulation (Scalping) durch das Erste Finanzmarktnovellierungsgesetz bzw. Verfall bei Marktmanipulation (Scalping).

Normenketten:

StGB § 2 Abs. 3, § 73, § 73a
EGV Art. 10
WpHG § 1 Abs. 1 Nr. 6e), § 12, § 20a Abs. 1 S. 1 Nr. 3 a.F., § 38 Abs. 2 Nr. 1, § 39 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 3, Abs. 3c, Abs. 3d Nr. 2
MAR-VO (EU) Nr. 596/2014 Art. 12 Abs. 1, Art. 14, Art. 15, Art. 30
GG Art. 103 Abs. 2

Amtliche Leitsätze:

1. Marktmanipulation in Form des Scalpings war auch im Zeitpunkt der Änderung des WpHG zum 02.07.2016 strafbar. Es genügt eine Bezugnahme der Blankettstraftatbestände der §§ 38, 39 WpHG n.F. auf die in Kraft getretene Marktmissbrauchsverordnung, wenngleich diese erst ab dem 03.07.2016 Geltung erlangte. Dem stehen auch das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot und das Analogieverbot nicht entgegen.

2. Zum Begriff des "Erlangten" im Sinne des § 73 Abs. 1 StGB bei Marktmanipulation in Form des Scalpings.

Rechtsgebiete:

Strafrecht, Wertpapier-, Bank-, Börsen-, Währungsrecht, Europarecht, ausl. Recht, Völkerrecht, Staats- und Verfassungsrecht

Schlagworte:

Aktien, Akzessorietät, Bestimmtheitsgebot, Blankettstraftatbestand, Bruttoprinzip, Marktmanipulation, Gemeinschaftsrecht, Strafblankett, Unionsrecht, Werbung, Scalping

nachfolgend:

OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 12.01.2017 - 3 Ws 901/16 (rechtskräftig)

ECLI:
ECLI:DE:LGFFM:2016:1031.5.12KLS7521JS2115.0A
Rechtskraft:
nicht rechtskräftig

Tatbestand:

1 Das Landgericht ordnete mit der genannten Entscheidung einen dinglichen Arrest in das Vermögen einer Nebenbeteiligten im Strafverfahren an, jedoch nicht in der von der Staatsanwaltschaft beantragten, am Gesamterlös aus den manipulierten Aktienverkäufen orientierten Höhe. Dem lag zu Grunde, dass dem in diesem Strafverfahren Angeschuldigten vorgeworfen wurde, dass er im März 2011 als vertretungsberechtigtes Organ der Nebenbeteiligten, gegen Entgelt zu Gunsten der Nebenbeteiligten über zwei zu diesem Zweck geschaffene Börsendienst-Labels börsennotierte Aktien einer Gesellschaft gegenüber einer Vielzahl von Anlegern zum Kauf angepriesen habe, ohne dabei zu offenbaren, dass diese Empfehlung den finanziellen Interessen u.a. der Nebenbeteiligten - die über entsprechende Aktien der beworbenen Gesellschaft verfügte - an der Erzielung möglichst hoher Verkaufserlöse diente.

2 Das Landgericht bejahte unter II.1. einen dringenden Tatverdacht wegen Marktmanipulation gemäß §§ 38 Abs. 2 Nr. 1, 39 Abs. 1 Nr. 2, 20a Abs. 1 S. 1 Nr. 3 WpHG a.F. und hatte sich dabei mit der zeitlichen Geltung des Strafgesetzes gemäß § 2 StGB auseinanderzusetzen. Nach Beendigung der vorgeworfenen Taten im März 2011 war vor der Entscheidung eine Gesetzesänderung des WpHG zum 02.07.2016 erfolgt, so dass gemäß § 2 Abs. 3 StGB das mildeste Gesetz anzuwenden war. Das Landgericht verneinte im Ergebnis eine Straffreiheit, die derzeit in der Literatur als das „mildestes Gesetz" mit dem Argument diskutiert wird, es habe am 02.07.2016 deshalb keine Strafdrohung bestanden, weil zu dieser Zeit der Verweis der §§ 38, 39 WpHG n.F. auf die VO (EU) Nr. 596/2014 vom 16.04.2014 (Marktmissbrauchsverordnung - Market Abuse Regulation, nachfolgend: MAR), welche zwar bereits seit 02.07.2014 in Kraft getreten war, jedoch erst zum 03.07.2016 Geltung erlangte, ins „Leere" geführt habe, was aufgrund des Meistbegünstigungsgrundsatzes eine faktische „Generalamnestie" für alle bis dahin begangenen und noch nicht abgeurteilten Verstöße bedeute (so Rothenfußer/Jäger, NJW 2016, S. 2689 (2690)).

3 Darüber hinaus hatte das Landgericht im Rahmen der Arrestanordnung zu entscheiden, ob und in welchem Umfang dringende Gründe dafür streiten, dass die Nebenbeteiligte aus der Tat im Sinne der §§ 73, 73a StGB etwas erlangt hat. Dies bejahte das Landgericht mit der Maßgabe, dass nicht der gesamte von der Nebenbeteiligten vereinnahmte Erlös aus den verfahrensgegenständlichen Aktienveräußerungen, sondern (lediglich) der daraus gezogene Sondervorteil im Falle einer Verurteilung für verfallen zu erklären ist.

4 Auf die von der Nebenbeteiligten erhobene Beschwerde gegen die Arrestanordnung bestätigte das Oberlandesgericht Frankfurt am Main mit Beschluss vom 12.01.2017 - 3 Ws 901/16 die Annahme eines dringenden Tatverdachts, erweiterte jedoch - abweichend zu den nachfolgend unter II.2. dargestellten Gründen des Landgerichts - die Anordnung auf eine am gesamten Erlös orientierte Arrestsumme, da keine Gründe erkennbar seien, bei den sog. „Scalping"-Fällen das Bruttoprinzip

einzuschränken.

Entscheidungsgründe:

5 II.1. … Einen leerlaufenden Verweis sieht die Kammer nicht. Eine Strafbarkeit nach §§ 38, 39 WpHG n.F. i.V. m. den in Bezug genommenen Vorschriften der MAR bestand auch am 02.07.2016.

6 Die §§ 38, 39 WpHG n.F. sind als Strafblankette ausgestaltet, die zwar die wesentlichen Strafbarkeitsund Ahndungsvoraussetzungen benennen und eine Strafdrohung enthalten, den Tatbestand aber nicht bzw. nicht vollständig selbst beschreiben, vielmehr durch Verweisung auf andere Rechtsvorschriften - hier eine EU Verordnung - Bezug nehmen (zur Abgrenzung von Verweisen als Begriffskonkretisierung/ normative Tatbestandsmerkmale s. Petzsche, NZWiSt 2015, S. 210 ff. (214) u. Bülte JuS 2015, S. 769 ff.). Da vorliegend die Verweisungsnorm und die Bezugsnorm nicht vom gleichen Normgeber stammen, handelt es sich um ein echtes Blankett bzw. um eine Außenverweisung (vgl. zur Terminologie Satzger, Die Europäisierung des Strafrechts 2001, S. 216 sowie Hecker, Europäisches Strafrecht, 2. Aufl., S. 266). Eine solche Gesetzgebungstechnik ist nicht nur ökonomisch vorteilhaft (Vermeidung der Replizierung des Inhalts der Bezugsvorschrift, so bereits BVerfGE 47, 285 (312)), sondern im Bereich europarechtlicher Sachregelungskompetenz ohne gleichzeitige Ahndungskompetenz auch notwendig (vgl. Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 2. Aufl., § 8, Rn. 64) und im Übrigen grundsätzlich zulässig, wobei im Falle von Strafblanketten sowohl die Verweisungs- als auch die Bezugsnorm den verfassungsrechtlichen Maßstäben des Grundgesetzes, insbesondere Art. 103 Abs. 2 GG zu genügen hat (vgl. etwa BVerfG NVwZ 2012, S. 504 ff. (505); für Strafblankette, die auf Gemeinschaftsrecht Bezug nehmen: Hecker, a.a.O., S. 267 und Satzger, a.a.O., § 8, Rn. 72). Verfassungsrechtlich unbedenklich sind starre bzw. statische Verweise, bei denen auf eine Norm in einer ganz bestimmten Fassung Bezug genommen wird, so dass der Gesetzgeber den Inhalt des in Bezug genommenen Rechts vor Augen hat und prüfen kann, ob er sich dies zu eigen machen will - im Gegensatz zu dynamischen Verweisen, bei denen auf die Bezugsnorm in der jeweils geltenden Fassung rekurriert wird (zur Unterscheidung und zur Verfassungsmäßigkeit statischer Verweise vgl. Ossenbühl DVBl. 1967, S. 401 ff. (401) sowie BVerfG NJW 1978, S. 1475; BVerfG NVwZ-RR 1992, S. 521). Um einen statischen Verweis handelt es sich hier, da in § 38 WpHG n.F. - an den § 39 WpHG n.F. anknüpft - explizit auf die MAR in der Fassung vom 16.04.2014 Bezug genommen wird (anders etwa der Verweis in § 1 Abs. 1 Nr. 6e) WpHG n.F., der auf die MAR in der jeweils geltenden Fassung abstellt.

7 Klöhn und Büttner, (ZIP 2016, S. 1801 ff. (1805)), knüpfen denn auch unmittelbar an diese statische Bezugnahme auf die MAR in der Fassung vom 16.04.2014 an und halten der These von der Straffreiheit entgegen, dass gerade nicht ins „Leere" verwiesen werde. Dem ist insoweit zuzustimmen, als hier im Unterschied zu den in umgekehrter Konstellation als „Leerverweis" entschiedenen Fällen (vgl. etwa BGH NStZ 1992, S. 535 (536); OLG Koblenz NJW 2007, S. 2344) die Bezugsvorschrift nicht weggefallen, aufgehoben oder ersetzt ist, vielmehr in Kraft war, allein am 02.07.2016 (noch) keine Geltung auf Gemeinschaftsebene erlangt hatte (zu Inkrafttreten und Geltung vgl. Bergmann/Vogt, wistra 2016, S. 347 ff. (348 f.)). Mithin gab es bereits am 02.07.2016 einen vollständigen Straftatbestand insoweit, als eine Verhaltensnorm und eine Sanktionsnorm vorlagen und durch

entsprechende Verweisung ohne Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 Abs. 2 GG (so die Problematik im umgekehrten Fall, vgl. etwa OLG Koblenz NStZ 1989, S. 188 ff.) miteinander verknüpft waren.

8 Eine Bezugnahme auf die MAR war auch bereits am 02.07.2016 möglich, obschon sie an diesem Tag zwar in Kraft war, aber noch nicht galt und es damit noch keinen gemeinschaftsrechtlichen Anwendungsbefehl für die dem Recht der EU unterworfenen Bürger bzw. die Mitgliedstaaten gab. (Dies scheint auch mit Blick auf die o.g. Entscheidung BGH NStZ 1992, S. 535, in der der Bundesgerichtshof von der notwendigen Verknüpfung „wirksamer" Verhaltensnorm und „rechtswirksamer" Sanktionsnorm spricht, nicht selbstverständlich.)

9 Grundsätzlich kann eine Blankettvorschrift auch auf eine nicht geltende Vorschrift Bezug nehmen (BVerfGE 11, 203 (218) = NJW 1960, S. 1445 ff. (1447) : dort stand die Nichtigkeit des § 110 BBG der Gültigkeit seiner Regelungen durch Bezugnahme in die Gesetzgebung zu Art. 131 GG nicht entgegen); ebenso bereits BVerfGE 8, 274 (302 f.); vgl. allgemein zur Zulässigkeit eines Verweises auf nichtgeltendes Recht BMJ, Handbuch der Rechtsförmlichkeit 2008, Teil B, Rn. 249). Ob dies vom verweisenden Gesetzgeber gewollt ist oder dieser die Gültigkeit der in Bezug genommenen Vorschriften voraussetzt, ist durch Auslegung zu ermitteln (bereits OLG Köln, NJW 1988, S. 657 ff. (658)). Hierbei ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber grundsätzlich geltendes Recht in Bezug nehmen will (so Cornelius in NZWiSt 2014, S. 173 ff. (176) mit Verweis auf BGH NStZ 1992, S. 535). Insbesondere für die Fälle, in denen der nationale Gesetzgeber auf unmittelbar wirkendes Gemeinschaftsrecht (VOen) verweist, ist wegen der Umsetzungspflicht (Art. 10 EGV) und wegen der für den Regelungsbereich der Bezugsvorschrift dann bestehenden Ausführungssperre für den nationalen Gesetzgeber anzunehmen, dass er nur an geltendes Unionsrecht anknüpfen will (so m.w.N. Cornelius, a.a.O.S. 176); ebenso bereits OLG Köln, NJW 1988, S. 657 ff. (658)).

10 Die Auslegung des WpHG n.F. ergibt hier, dass der Gesetzgeber die Gültigkeit der MAR auf Gemeinschaftsebene am 02.07.2016 nicht voraussetzte.

11 Dem Wortlaut der §§ 38, 39 WpHG n.F. kann für diese Frage über die Ambivalenz des Begriffs des „Verstoßens" bei Blanketttatbeständen hinaus (s. dazu unten) nichts entnommen werden.

12 Die historische Gesetzesauslegung ergibt zweierlei. Vorliegend könnte zwar nach subjektivem Ansatz mit Blick auf die Gesetzgebungsmaterialien (hierzu eingehend mit Verweisen auf die entsprechenden BT-Drucksachen Rothenfußer/ Jäger, a.a.O. S. 2690 u. Bergmann/Vogt, wistra 2016, S. 347 ff.) geschlossen werden, der Gesetzgeber sei fälschlicherweise davon ausgegangen, dass die MAR bereits am 02.07.2016 gelte, so dass er gerade auf geltendes Recht habe Bezug nehmen wollen. Obschon nicht aus den Gesetzgebungsmaterialien ersichtlich, könnte aber nach objektivem Ansatz gerade der umgekehrte Fall vorgelegen haben, dass der Gesetzgeber die Geltung der MAR am 03.07.2016 zutreffend vor Augen hatte und bewusst an die gemeinschaftsrechtlich noch nicht geltenden Regelungen der MAR in Deutschland einen Tag zuvor anknüpfen wollte, um jedenfalls die Bestandsschutzklausel des Art. 30 MAR zu erfüllen (so Pressemitteilung der BaFin vom 08.07.2016 und zur Erläuterung vgl. dazu Klöhn/ Büttner, a.a.O. S. 1804; dagegen verstehen Rothenfußer/ Jäger, a.a.O. S. 2692, Art. 30 MAR als Wahlrecht, das nicht zur früheren Umsetzung strafrechtlicher Sanktionen in Deutschland zwingt). Die historische Auslegung ist daher zunächst nicht eindeutig.

13 Selbst wenn der Gesetzgeber sich aber über den Geltungsbeginn der Verordnung geirrt haben sollte, ergibt die Gesetzesauslegung nach Sinn und Zweck, dass - gleich wie im umgekehrten Fall bewusster Bezugnahme auf noch nicht geltendes Recht - mit der Neufassung des WpHG an der bestehenden Strafbarkeit der Marktmanipulation unter den Weiterungen der MAR ohne gesetzlosen Zustand festgehalten werden sollte. Dem Willen des Gesetzgebers entspricht es dann aber, dass im Falle eines irrtümlichen Versehens für eine Übergangszeit (hier einen Tag) noch nicht geltendes Recht in Bezug genommen wird, um die strafrechtliche Sanktionsandrohung für Marktmanipulation nicht auszusetzen.

14 Dies widerspricht auch nicht den Auslegungsergebnissen in den umgekehrten Fällen. Wenn etwa das OLG Koblenz, NJW 2007, S. 2344 ff. (ähnlich bereits OLG Köln, NJW 1988, S. 657 ff. (658) sowie OLG Hamburg NZV 2007, S. 372), nach Auslegung des Fahrpersonalgesetzes, welches auf eine VO (EWG) in einer bestimmten Fassung verwies, zur Auffassung gelangt, dass nach Aufhebung der VO (EWG) und deren Ersetzung durch eine andere VO, der Verweis nicht mehr passe und der Gesetzgeber auch nicht auf die außer Kraft befindliche VO (EWG) habe Bezug nehmen wollen, da allein aus dem Versäumnis der Anpassung des nationalen Gesetzes nicht gefolgert werden könne, dass für eine Übergangszeit die aufgehobene VO weitergelten solle, so kommt damit zum Ausdruck, dass der dortige Gesetzgeber wegen seiner Umsetzungspflicht für das neue Gemeinschaftsrecht nicht der überholten Norm vermittels der Verweisung Geltung verschaffen wollte, sondern das nationale Recht an das nunmehr geltende Gemeinschaftsrecht anzupassen beabsichtigte. Erfolgt dies verspätet, ist es nicht sein hypothetischer Wille, dass die aktuelle Verhaltensvorschrift auf Gemeinschaftsebene und jene noch in Bezug genommene veraltete Verhaltensvorschrift auf nationaler Ebene - wenn auch nur für eine kurze Übergangszeit - auseinanderfallen. Anders gewendet, bedingt die durch die Bezugnahme erreichte Akzessorietät des Strafrechts an eine außerstrafrechtliche Verhaltensvorschrift (Hecker, a.a.O. S. 266 spricht daher von gemeinschaftsrechtsakzessorischen Tatbeständen) regelmäßig, dass die Verweisungsnorm die Gültigkeit der Bezugsvorschrift voraussetzt (so Satzger, a.a.O., S. 270, wobei Satzger an anderer Stelle davon spricht, dass regelmäßig nur auf „in Kraft befindliches EG-Recht" Bezug genommen werden soll, vgl. Satzger, a.a.O., § 8, Rn. 81 (Fn. 98)). Anders liegt der Fall aber hier. Vorliegend war eine VO (EU) in Kraft, zu deren Umsetzung der nationale Gesetzgeber bis zum 03.07.2016 verpflichtet war. Den darin enthaltenen Verhaltensvorschriften wollte er jedenfalls mit Änderung und Neufassung des WpHG auf nationaler Ebene Geltung verschaffen. Ein Akzessorietätsproblem stellt sich nicht. Die (noch nicht gegenüber dem Einzelnen geltende) Verhaltensvorschrift auf Gemeinschaftsebene und diejenige auf nationaler Strafbarkeitsebene fallen inhaltlich nicht auseinander. Mithin besteht keine Rechtszersplitterungsgefahr und es wird auch inhaltlich kein nationales Ver- bzw. Gebot geschaffen (zu dieser Gefahr vgl. Satzger, a.a.O., Kap. 4 S. 231 f.). Vielmehr macht sich der nationale Gesetzgeber die gemeinschaftsrechtliche Verhaltensvorschrift früher als erforderlich zu Eigen. Ebenso wenig besteht im Falle vorzeitiger Umsetzung von Gemeinschaftsrecht eine Ausführungssperre dahin, dass zeitgleich unterschiedliche Verhaltenspflichten bestehen würden (zur europarechtlichen Zulässigkeit frühzeitigerer Umsetzung von VO s. Klöhn/ Büttner, a.a.O. S. 1806).

15 Als Zwischenergebnis ist somit Folgendes festzuhalten: Der Umstand, dass in den ab dem 02.07.2016 geltenden §§ 38,39 WpHG n. F. auf erst ab dem 03.07.2016 geltende Vorschriften der MAR verwiesen wird, steht einer Strafbarkeit nach den Vorschriften des WpHG n.F. ab dem 02.07.2016 jedenfalls nicht ohne Weiteres entgegen. Denn es reicht aus, dass die Vorschriften, auf die verwiesen wird, bereits in Kraft waren. Die historische Auslegung der §§ 38, 39 WpHG n.F. schließt es nicht aus, dass der Gesetzgeber auf noch nicht geltendes Recht hat Bezug nehmen wollen. Teleologisch betrachtet, ist dies beabsichtigt gewesen. Eine Geltungslücke (die zu der von der Literatur diskutierten „Generalamnestie" führen könnte) war dagegen nicht gewollt und würde den Sinn und Zweck der Vorschriften konterkarieren.

16 Der hier (in Übereinstimmung mit Klöhn/Büttner a. a. O.) vertretenen Auslegung der §§ 38, 39 WpHG n. F. dahingehend, dass die dort unter Zuhilfenahme eines Verweises auf die MAR umschriebenen Verhaltensweisen bereits am 02.07.2016 strafbar waren, steht auch weder das Bestimmtheitsgebot noch das Verbot einer Analogie zu Ungunsten des Täters gemäß Art. 103 Abs. 2 GG entgegen (als gemeinschaftsrechtsakzessorisches Blankett hat es zudem dem im Wesentlichen gleichlaufenden Bestimmtheitsgebot aus der Grundrechte Charta zu genügen, s. Petzsche, NZWiSt 2015, S. 210 ff. (212)).

17 Diese Garantien sind sowohl Ausdruck eines strengen Gesetzesvorbehalts als auch der Sicherung von Freiheitsrechten, dadurch dass jedermann vorhersehen können soll, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist. Das bedeutet zur Bestimmung legislativen Handelns zunächst, dass der entsprechende Rechtssatz ordnungsgemäß verkündet worden sein muss. Im Falle eines Blankettgesetzes muss zugleich der Bezugstext durch Publikation gesichert sein und jeder die Möglichkeit haben, sich von ihm Kenntnis zu verschaffen (so allgemein zur Verweisungstechnik im Falle der Bezugnahme auf nicht geltendes Recht BMJ, Handbuch der Rechtsförmlichkeit 2008, Teil B, Rn. 249). Hierbei genügt es, dass die in Bezug genommene Vorschrift dem Normadressaten durch eine frühere ordnungsgemäße Veröffentlichung zugänglich ist (BVerfGE 47, 285 (311) = NJW 1978, S. 1475 ff.). Vorliegend sind das Änderungsgesetz zum WpHG ordnungsgemäß im Bundesgesetzblatt und die MAR ihrerseits im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften verkündet worden. Hierbei ist es unschädlich, dass die Publikation des Bezugstextes nicht in den die Verweisungsnorm verkündenden amtlichen Veröffentlichungen erfolgte, denn es genügt, dass die Publikation nach ihrer Art für amtliche Anordnungen geeignet ist (so ausführlich und mit Verweis auf BVerwG NJW 1962, S. 506, Brugger, VerwArch 1987 (78), S. 1 ff. (12 ff.). Dies ist für das Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften verfassungsgerichtlich anerkannt (vgl. ausführlich mit Hinweisen auf die entsprechende Rechtsprechung Satzger, a.a.O., Kap. 4, S. 267).

18 Der Bestimmtheitsgrundsatz und das Analogieverbot zu Ungunsten des Täters bedeuten im Weiteren für den Strafgesetzgeber, dass er wesentliche Fragen der Strafbarkeit im demokratischparlamentarischen Willensbildungsprozess klärt und dass die Strafnorm die Voraussetzungen der Strafbarkeit sowie Art und Maß der Sanktion so konkret umschreibt, dass Tragweite und Anwendungsbereich erkennbar sind und sich durch Auslegung ermitteln lassen (so etwa BVerfGE 126, 170 (195)). Dies gilt auch für Blankettstraftatbestände (BVerfG NWwZ 2012, S. 504 ff. (505), wobei hinzukommt, dass hinreichend klar erkennbar wird, worauf

sich die Verweisung bezieht (Satzger, a.a.O., § 8 Rn. 74; Petzsche, a.a.O. S. 212). Maßgebend für die Auslegung eines Gesetzes ist der in der Norm zum Ausdruck gekommene objektivierte Wille des Gesetzgebers, so wie er sich aus dem Wortlaut der Vorschrift und dem Sinnzusammenhang ergibt, in dem es steht (m.w.N. BVerfG NVwZ 2012, S. 504 ff. (505)). Mit dem Wortlaut ist zugleich die äußerste Grenze der Auslegung zur verbotenen Analogie markiert (s. Eser/Hecker in: S/S StGB, 29. Aufl. 2014, § 1 Rn. 37).

19 Problematisch erscheint vorliegend, ob die Auslegung dahin, dass in §§ 38, 39 WpHG n.F. am 02.07.2016 auch auf die (noch) nicht geltende MAR Bezug genommen wird, noch mit dem Wortlaut der Normen vereinbar ist. Das haben Rothenfußer/Jäger (a. a. O) zutreffend herausgearbeitet.

20 Die Kammer hätte an einer hinreichend bestimmten Bezugnahme der §§ 38, 39 WpHG n.F. auch auf am 02.07.2016 noch nicht geltendes Recht jedenfalls dann keinen Zweifel, wenn in § 39 Abs. 3d Nr. 2 WpHG n. F. sinngemäß etwa wie folgt formuliert worden wäre: „Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder leichtfertig eine Marktmanipulation im Sinne von Art. 15 der VO (EU) Nr. 596/2014 (in der Fassung vom 02.07.2014) begeht …". Es läge in diesem Fall, wie dargelegt, weder ein unzulässiger noch ein ins Leere gehender Verweis vor.

21 Aus dem vom Gesetzgeber gewählten Wortlaut ergeben sich indessen Bedenken.

22 Zwar bezieht sich der Verweis in § 39 WpHG n.F. nicht etwa explizit auf die „geltende" MAR. Die vom Gesetzgeber hier gewählte Formulierung in § 39 Abs. 3d Nr. 2 WpHG n.F.: „Ordnungswidrig handelt, wer gegen die VO (EU) Nr. 596/2014 verstößt, indem er vorsätzlich oder leichtfertig entgegen Artikel 15 eine Marktmanipulation begeht, …" legt dem Wortlaut nach aber nahe, dass zunächst eine Handlungspflicht bestehen muss, deren zuwider gehandelt, mithin verstoßen werden muss. Denn ein Verstoß setzt nach dem allgemeinen Wortsinn eine Verletzung von Bestimmungen oder Anordnungen, ein Übertreten von Grenzen voraus. Ein Verstoß zeitigt eine Rechtsfolge, die sich wiederum als Reaktion auf eine Aktion nur rechtfertigt, wenn die Bestimmungen, Anordnungen oder Grenzen für die Adressaten rechtsverbindlich waren, mithin Geltungskraft hatten. Da sich auf Gemeinschaftsrechtsebene vor Geltungsbeginn der MAR ungeachtet ihres Inkrafttretens aus dieser noch keine Verhaltenspflichten für den Einzelnen ergeben konnten, kommen Rothenfußer und Jäger (a.a.O.) mit guten Gründen zu dem Schluss, dass mangels Möglichkeit eines Verstoßes gegen die MAR am 02.07.2016 Marktmanipulation nicht strafbar war.

23 Diese Betrachtung greift jedoch insoweit zu kurz, als die Besonderheiten von Blankettstraftatbeständen außen vor bleiben.

24 Folge eines Verweises ist nämlich, dass der Inhalt der Bezugsvorschrift in die Verweisnorm inkorporiert wird (sog. Inkorporationstheorie, vgl. m.w.N. Satzger, a.a.O., Kap. 4, S. 219).

25 Die ausfüllende außerstrafrechtliche Norm ist in den Blanketttatbestand hineinzulesen, so dass die außerstrafrechtliche Vorschrift an der Rechtsnatur der Strafnorm teilnimmt (m.V.a. BVerfG, vgl. Bülte, BB 2010, S. 1759 ff. (1765) sowie ders. in: JuS 2015, S. 769 ff. (770, 772); ebenso Hecker, a.a.O., S. 267). Dies bedeutet, dass erstens der Inhalt der in Bezug genommenen Vorschrift in die Verweisvorschrift transformiert und inkorporiert wird, so dass der Bezugsnorm ein neuer (zusätzlicher) Geltungsbereich erschlossen wird, zweitens dieser in Bezug genommene Inhalt nunmehr die Geltungskraft und Rangstufe der Verweisvorschrift

teilt und folglich innerhalb der Verweisvorschrift mit den diesbezüglichen Rechtsschutzmöglichkeiten kontrollierbar wird (diese drei Folgen ausmachend Brugger, VerwArch 1987 (78), S. 1 ff. (4 f.)). Bereits in BVerfGE 47, 285 (312 f.) klingt an, dass „das in Bezug genommene Recht in Geltung gesetzt wird" und die Verweisung bewirkt, dass der Inhalt der Bezug genommenen Vorschrift Bestandteil der Verweisungsnorm wird und an deren Rechtscharakter teilhat (so kommen auch Bergmann/ Vogt, a.a.O. S. 349, zu dem Schluss, dass die in Bezug genommenen Artikel der MAR „durch den Verweis in Geltung gesetzt wurden"). Die Verweisung führt zwar nicht zu einer materiellen Verdopplung der außerstrafrechtlichen Verhaltenspflicht dahin, dass nunmehr eine selbständige inhaltsgleiche strafrechtliche Verhaltenspflicht begründet wird (daher Akzessorietät des Strafrechts, so Satzger, a.a.O., Kap. 4, S. 220). Die Inkorporation hat formal jedoch die Wirkung, dass die außerstrafrechtliche, gemeinschaftsrechtliche Verhaltensvorschrift „kraft Geltungsbefehl der Verweisungsnorm" gilt (so Satzger, a.a.O., § 8 Rn. 69.). Mithin besteht im Geltungsbereich der Verweisungsnorm, hier des WpHG n.F., die in Bezug genommene Verhaltenspflicht, hier aus Art. 15 MAR, gegen die verstoßen werden kann: In Deutschland konnte am 02.07.2016 gegen Art. 15 MAR „verstoßen" werden, weil der deutsche Strafgesetzgeber ein Handeln im Sinne von Art. 15 MAR bereits am 02.07.2016 unter Strafe gestellt und Art. 15 MAR in die deutsche Strafnorm inkorporiert hatte. Jedenfalls ist der Wortlaut als äußerste Grenze der Auslegung noch nicht überschritten, wenn statt von einem Verstoß gegen das zum Bestandteil des WpHG gewordenen Verbot der Marktmanipulation, verkürzend von einem „Verstoß" gegen die MAR gesprochen wird.

26 Es war mit Blick auf den Willen des Gesetzgebers, das WpHG in seiner Pflicht zur Umsetzung unmittelbar wirkenden Europarechts zum Zwecke der Rechtsvereinheitlichung innerhalb der EU zu ändern, für den Einzelnen auch erkennbar, dass zeitgleich mit der Änderung des WpHG Handlungen, die den in der MAR aufgestellten Verhaltenspflichten zuwiderlaufen, in Deutschland verboten und straf- bzw. bußgeldbewehrt sein sollen. Der Einzelne hatte Zugang zu den in Bezug genommenen Rechtssätzen und konnte sein Verhalten darauf einstellen. Wenngleich klarere Gesetzgebungstechniken für eine Bezugnahme auf die am 02.07.2016 noch nicht geltende MAR denkbar und vom Gesetzgeber andernorts auch angewandt worden sind (vgl. Rothenfußer/ Jäger, a.a.O. S. 2691 und auch Klöhn/ Büttner, a.a.O. S. 1806 f.), genügt der hier gewählte Verweis vor dem Hintergrund, dass es dem Rechtsunterworfenen klar ist, dass auf die MAR in der Fassung von 2014 Bezug genommen wird und deren Regelungen mit Neufassung des WpHG, mithin am 02.07.2016, nunmehr die Grundlagen für die Regulierung der Finanzmärkte bilden. Für Strafblankette, die auf Richtlinien lediglich in erläuternder Funktion (als normatives Tatbestandsmerkmal) Bezug nehmen, entschied der Bundesgerichtshof unlängst betreffend die Erkennbarkeit dessen, was unter Strafe gestellt ist für den Fall des Außerkrafttretens der Richtlinie, dass „der Umstand des Außerkraftseins der Richtlinie" nicht dazu führe, dass der Rechtsunterworfene das unter Strafe stehende Verhalten nicht mehr hätte erkennen könne (s. BGH NJW 2014, S. 1029).

27 Die Annahme, dass der Wortlaut „ordnungswidrig handelt, wer gegen die VO (EU) Nr. 596/2014 verstößt, indem er vorsätzlich oder leichtfertig entgegen Artikel 15 MAR eine Marktmanipulation begeht …" der aus systematischen, historischen und

teleologischen Gründen gebotenen Interpretation als „ordnungswidrig handelt, wer (gegen das WpHG dadurch verstößt, dass er) vorsätzlich oder leichtfertig eine Marktmanipulation im Sinne von Art. 15 der VO (EU) Nr. 596/2014 begeht …" zwingend entgegen steht, vermag die Kammer daher letztlich nicht zu teilen. Hier ist die Gesetzesformulierung zwar unglücklich gewählt. Die verkürzende Formulierung ist aber keineswegs so eindeutig, dass ein Rechtsunterworfener - sei er beraten gewesen oder nicht - darauf hätte vertrauen können, dass sich aus dieser Formulierung für den 02.07.2016 die Straflosigkeit ergibt. Stattdessen ist die hier vertretene Auslegung auch mit dem Wortlaut noch ausreichend vereinbar.

2 Auch im Übrigen sieht die Kammer keinen Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot.

82 Insbesondere sieht die Kammer anders als Bergmann/ Vogt (a.a.O. S. 350) nicht,
9 dass die Regelungen der §§ 38 Abs. 1 Nr. 2, 39 Abs. 3d Nr. 2 WpHG n.F., deshalb zu unbestimmt sind, weil sie auf das Verbot der Marktmanipulation in Art. 15 MAR („Marktmanipulation und der Versuch hierzu sind verboten.") Bezug nehmen, ohne an dieser Stelle zugleich Art. 12 MAR zu nennen, der den Begriff der Marktmanipulation erläutert. Es ergibt sich bereits hinreichend deutlich aus der Regelungssystematik, dass der Gesetzgeber auch für einen Verstoß gegen das Verbot der Marktmanipulation die begriffliche Erläuterung aus Art. 12 MAR zur Auslegung des Begriffs der Marktmanipulation in Bezug genommen hat. Systematisch vor der hiesigen Strafvorschrift wird in § 12 WpHG n.F. nämlich die Anwendung der MAR auf bestimmte Handelsgüter (die bisher nach dem nationalen Verbot der Marktmanipulation gemäß § 20a WpHG a.F. erfasst waren) erstreckt und hierbei textlich vor der Anwendbarkeitsklausel erklärt, dass Art. 15 MAR in Verbindung mit den begriffsklärenden Absätzen 1 bis 4 des Art. 12 MAR steht. Wenn die §§ 38 Nr. 1, 39 Abs. 2 Nr. 3 oder Abs. 3c WpHG Zuwiderhandlungen gegen die MAR unter Strafe stellen und dabei ausdrücklich jeweils den Verweis auf Art. 15 MAR in Verbindung mit Art. 12 MAR in dem diese Normen betreffenden Umfang enthalten, bestätigt dies zunächst die Heranziehung von Art. 12 MAR. Die dortige Benennung von Art. 12 Abs. 1 MAR - im Gegensatz zu § 39 Abs. 3 d Nr. 2 WpHG - ist jedoch entgegen Bergmann/ Vogt, (a.a.O., S. 350 f.), keine Ungenauigkeit mit der Folge, dass allein die §§ 39 Abs. 2 Nr. 3 und 39 Abs. 3c WpHG n.F. hinreichend bestimmt wären. Vielmehr verlangte es die (VO überschießende) Erstreckung der MAR auf die in § 12 WpHG n.F. bestimmten Handelsgüter, dass in abweichender Regelungstechnik eine Zuwiderhandlung gegen § 12 WpHG n.F. i.V.m. dem die Grundtatbestände einer Marktmanipulation bezeichnenden Art. 12 Abs. 1 MAR in § 39 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 3 c WpHG n.F. benannt ist (vgl. zum Sanktionssystem Kudlich, AG 2016, S. 459 ff. (462 f.)). Es erschließt sich auch nicht, warum zur Auslegung des Begriffs der Marktmanipulation nicht auf die in Kraft befindliche MAR oder aber auf die der MAR vorangehende und am 02.07.2016 noch geltende Marktmissbrauchsrichtlinie oder die nationale Marktmanipulations-Konkretisierungsverordnung abgestellt werden kann. Bislang hielt die Rechtsprechung den Marktmanipulationsstraftatbestand gerade unter Heranziehung konkretisierender Rechtsvorschriften für hinreichend bestimmt (vgl. BGH NZG 2014, S. 315). Auch wird Art. 15 MAR als inkorporierter Bestandteil des WpHG n.F. wegen der Akzessorietät des Strafrechts gemeinschaftsrechtskonform auszulegen sein, mithin wird auch hierüber die MAR - sei es auch lediglich als in Kraft befindliche Norm - heranzuziehen sein.

3 Da die §§ 38, 39 WpHG n.F. als statische Verweise ausgestaltet sind, die in Bezug

0 genommene VO (EU) genau bezeichnen, die wesentlichen Voraussetzungen der Strafbarkeit enthalten und lediglich die nähere Spezifizierung des Tatbestands dem gemeinschaftsrechtlichen Verordnungsgeber überlassen, sind weder Bestimmtheitsgrundsatz im Übrigen, noch das Demokratieprinzip oder der Parlamentsvorbehalt berührt (vgl. dazu Hecker, a.a.O., S. 268 u. Klöhn/ Büttner, a.a.O. S. 1807).

3 II.2. Aus der Tat erlangt sind alle Vermögenswerte, die dem Täter unmittelbar aus
1 der Verwirklichung des Tatbestands selbst in irgendeiner Phase des Tatablaufs zufließen (vgl. etwa BGH NStZ 2011, S. 83). Hier hat die Nebenbeteiligte aus dem Verkauf der von ihr gehaltenen (X) Aktien abzüglich der Aufwendungen für getätigte Ankäufe einen Erlös in Höhe von insgesamt … EUR erzielt. Entgegen der beantragten Abschöpfung dieses Betrags, ist - im Falle einer Verurteilung - im Anschluss an BGH NZG 2016, S. 751 (Bschl. v. 25.2.2016 - 3 StR 142/15) (lediglich) der Sondervorteil für verfallen zu erklären.

3 Die Rechtsprechung bestimmt das erlangte Etwas nicht einheitlich. Während nach
2 der Rechtsprechung des 1. Strafsenats des BGH das Erlangte in seiner Gesamtheit ohne Berücksichtigung von Gegenleistungen dem Verfall unterliegt (Bruttoprinzip), bestimmen der 5. und 3. Strafsenat das Erlangte zunächst danach, was letztlich strafbewehrt ist und lassen erst nachfolgend wegen des Bruttoprinzips gewinnmindernde Abzüge unberücksichtigt. Die Kasuistik ist entsprechend uneinheitlich, wobei sich die Senate bemühen, im jeweiligen Einzelfall darzulegen, worin die strukturellen Unterschiede bestehen, die es rechtfertigen - ohne ein Verfahren nach § 132 GVG anzustrengen - unter Anwendung vermeintlich gleichlaufender Terminologie („Verfall des strafrechtlich Bemakelten") den von ihnen jeweils vertretenen Abschöpfungsgedanken anzuwenden (Überblick bei Heine, NStZ 2015, S. 127 ff.).

3 Die Einordnung des hiesigen Falls der Marktmanipulation in Form des „Scalping" ist
3 entsprechend schwierig. Zutreffend weist die Staatsanwaltschaft zunächst darauf hin, dass im vorliegenden Fall die Frage der strafrechtlichen Bemakelung Parallelitäten zur Konstellation unlauterer Werbung (1 StR 166/07) aufweist. Dort war der gesamte Erlös für verfallen erklärt worden, weil die verletzte Strafnorm den Verbraucher vor zweckverfehltem und vermögensschädigendem Mitteleinsatz bewahren wolle, weshalb - unabhängig davon, dass die Käufe an sich legal waren - auch der Mitteleinsatz selbst bemakelt sei, weil es ohne die Werbung auch die Käufe nicht gegeben hätte. Andererseits lassen sich Scalping Fälle ohne Weiteres mit den Konstellationen des Insiderhandels vergleichen, bei denen die Rechtsprechung nur den Wert der Insiderinformation als Sondervorteil abschöpfen will (vgl. BGH NJW 2010, S. 882 ff. (884)). Danach sei beim Insiderhandel nur die Art und Weise der Ausführung des Geschäfts, nicht aber dieses an sich verboten, sodass sich der Unwert der Tat in dem vom Insider realisierten Sondervorteil (Verschonung von dem Wertverlust) darstellt. Entsprechend könnte für das Scalping argumentiert werden, dass nicht der Verkauf der Aktien an sich bemakelt sei, sondern die Art und Weise des Zustandekommens der Geschäfte, nämlich die Kaufempfehlung ohne entsprechende Offenlegung des Eigeninteresses.

3 Die gegenteilige Ansicht, beim Scalping sei anders als beim Insiderhandel das
4 Geschäft als Ganzes bemakelt, geht mit Blick etwa auf die gleichlautenden Verbote des Insiderhandels und der Marktmanipulation gemäß Artt. 14, 15 MAR fehl. Auch der Verweis, darauf, dass die Einwirkung auf den Börsenpreis zum Tatbestand des

Scalping gehöre, schlägt nicht durch, weil einerseits nicht nur durch Eigengeschäfte auf den Börsenpreis eingewirkt werden kann, sondern auch durch - von den abschöpfungsrelevanten Verkäufen unabhängigen - Drittgeschäfte und andererseits die Preisbildung nur der Reflex der marktwidrigen Empfehlung ohne Offenlegung des Interessenkonflikts ist. Dies ist auch der Unterschied zu den anders gelagerten Fällen der Marktmanipulation durch abgesprochene Verträge (sog. matched orders bzw. prearranged trades), bei denen das marktwidrige Verhalten und der hieraus folgende Unwert der Tat gerade in den durch kollusives Zusammenwirken erreichten, nicht genehmigungsfähigen Transaktionen liegt, so dass das Geschäfts selbst strafrechtlich bemakelt ist (vgl. BGH - 3 StR 5/13 - NZG 2014, S. 315 ff. (319)). Im Unterschied dazu wären die hiesigen Verkaufsgeschäfte nicht bemakelt, wenn bei der Kaufempfehlung das Eigeninteresse hinreichend offengelegt worden wäre (vgl. dazu OLG München, NJW 2011, S. 3664 (3665)). Dies erinnert an die Konstellation der nicht genehmigten Waffenexporte (BGH 3 StR 343/11 Urt. v. 19.1.2012), bei dem wegen der Genehmigungsfähigkeit des Geschäftes (Einholung einer Genehmigung zur Ausfuhr) nicht der Abschluss oder die Erfüllung des Vertrages, sondern nur die Umgehung der Kontrollbefugnis bemakelt sei. Nunmehr äußerte sich der 3. Strafsenat auch zum Scalping entsprechend (BGH NZG 2016, S. 751 Bschl. v. 25.2.2016 - 3 StR 142/15), hält auch hier an seiner Linie fest und stellt für den Unwert der Tat und den spiegelbildlichen Vermögensvorteil darauf ab, dass jedenfalls die Wertsteigerung der Aktien - im Gegensatz zu dem zumeist durch außertatbestandliche Verkäufe erzielte Erlös - derjenige Vermögenszuwachs ist, der auch unmittelbar aus der Tat erlangt ist. Dem schließt sich die Kammer an. Die Kammer hält eine normative, einschränkende, dem Spannungsverhältnis aus Übermaßprinzip, Bestimmtheitsgebot und dem Schutzzweck der Norm Rechnung tragende Betrachtung des Begriffs des „Erlangten" jedenfalls für die Fälle für geboten, in denen nicht der Vertragsschluss als solcher, sondern nur dessen Anbahnung strafrechtlich bemakelt ist. Im Ergebnis ist nicht das Handelsgut (hier: Aktien) in seiner Gesamtheit abzuschöpfen, sondern nur der aus dem verbotenen, marktwidrigen Handeln generierte Vorteil (hier: Wertsteigerung der Aktien). Bei der Berechnung dieses Vorteils sind dann aber - entsprechend dem Bruttoprinzip - keine Kosten, Aufwendungen oder Wagnisse abzuziehen.

Zitiervorschlag:
LG Frankfurt a. M. Beschl. v. 31.10.2016 – 5-12 KLs 9/16, BeckRS 2016, 118833

BeckRS 2016, 53375

OVG Lüneburg (10. Senat), Urteil vom 28.09.2016 - 10 LB 38/16

Titel:
Wiederanstieg des Dauergrünlandanteils, Bedingung, Betriebsprämie, Cross Compliance, Sanktion, Dauergrünlandumbruch, Wasserschutzgebiet, Genehmigungspflicht, Genehmigungserfordernis

Normenketten:
DG-ErhVO § 2 Abs. 1 S. 4
AO § 238 Abs. 1 S. 1
BauGB § 215
DG § 2 Abs. 1
DirektZahlVerpflG § 3 Abs. 1 S. 1, S. 2
GG Art. 19 Abs. 4 S. 1, Art. 82 Abs. 1 S. 2, Art. 103 Abs. 2

MOG § 6 Abs. 1 Nr. 2, § 14 Abs. 2 S. 1
NdsVerf Art. 45 Abs. 1 S. 2
NKomVG § 10 Abs. 1 S. 1
VO (EG) Nr. 73/2009 Art. 4 Abs. 1, Art. 23, Art. 24 Abs. 3, Art. 34
VO (EG) Nr. 1122/2009 Art. 2 Nr. 10, Art. 3 Abs. 1, Abs. 2, Art. 11 Abs. 2, Art. 26, Art. 72, Art. 84 Abs. 2
VO (EU) Nr. 1306/2013 Art. 91, Art. 93 Abs. 2, Abs. 3
VwGO § 88 Halbs. 1, § 124 Abs. 2 Nr. 1, § 154 Abs. 1, Abs. 2, § 167

Amtlicher Leitsatz:

1. Wegen des Wiederanstiegs des Dauergrünlandanteils war ab dem November 2013 der Umbruch von Dauergrünland in Niedersachsen agrarförderrechtlich nach § 2 Abs. 1 DG ErhVO nicht mehr genehmigungspflichtig. (amtlicher Leitsatz)

Rechtsgebiete:

Verwaltungsverfahren und -prozess, Sonstiges besonderes Verwaltungsrecht, Europarecht, ausl. Recht, Völkerrecht

Schlagworte:

Wiederanstieg des Dauergrünlandanteils, Bedingung, Betriebsprämie, Cross Compliance, Sanktion, Dauergrünlandumbruch, Wasserschutzgebiet, Genehmigungspflicht, Genehmigungserfordernis

ECLI:

ECLI:DE:OVGNI:2016:0928.10LB38.16.0A

Rechtskraft:

rechtskräftig

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Verwaltungsgerichts Stade - 6. Kammer - vom 26. Januar 2016 geändert.
Die Beklagte wird unter Aufhebung ihres insoweit entgegenstehenden Bescheides vom 29. Dezember 2014 verpflichtet, der Klägerin eine weitere Betriebsprämie 2014 in Höhe von 9.900,- Euro nebst 0,5% Zinsen monatlich hierauf seit dem 19. Januar 2015 zu bewilligen.
Die Berufung der Beklagten wird zurückgewiesen.
Die Beklagte trägt die Kosten des gesamten Verfahrens.
Das Urteil ist hinsichtlich der Kosten vorläufig vollstreckbar.
Die Beklagte kann die vorläufige Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin zuvor Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.
Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

1 Die Klägerin wendet sich im Berufungsverfahren noch gegen die 20%-ige Kürzung ihrer Betriebsprämie für das Antragsjahr 2014 wegen des ungenehmigten vorsätzlichen Umbruchs von Dauergrünland.

2 Die Klägerin, eine aus zwei Gesellschaftern bestehende Gesellschaft bürgerlichen Rechts, unterhielt im Jahr 2014 einen landwirtschaftlichen Betrieb mit einer Fläche

von rd. 162 ha in I. (Landkreis Osterholz).

3 Am 15. Mai 2014 reichte die Klägerin ihren Sammelantrag Agrarförderung und Agrarumweltmaßnahmen 2014 bei der Bewilligungsstelle Bremervörde der Beklagten ein. Der Antrag schloss nach der Anlage 1a unter den „lfd. Nummern" 26, 64 und 88 die „Schläge" mit den Nummern 668 (0,46 ha), 65 (3,02 ha) und 654 (1,73 ha) ein. Sie wiesen jeweils den Kulturcode Nr. 452 für Mähweiden auf; (nur) der Schlag Nr. 65 war ergänzend mit dem Code „DGL" als Dauergrünland gekennzeichnet. Für alle drei Schläge wurde in der Anlage 1a vermeintlich auf die Anlage 7 verwiesen; tatsächlich gemeint war von der Klägerin aber die Anlage 8, in der unter der Überschrift „Schläge mit fehlerhaftem Grünlandstatus 2013" für diese drei Schläge sowie zusätzlich einen weiteren Schlag (Nr. 66) auf (vermeintlich) jeweils laufende Genehmigungsverfahren für den Grünlandumbruch verwiesen wurde.

4 Damit war der vorausgehende Umbruchantrag der Klägerin vom 2. Mai 2014 gemeint, der sich allerdings nur auf die Schläge 668, 65 und 654, nicht aber auch auf den Schlag Nr. 66 bezog. Die Beklagte nahm u. a. nach Auswertung von Luftbildern sowie - soweit vorhanden - der Antragsangaben aus den Vorjahren an, dass es sich bei allen drei im Umbruchantrag bezeichneten Schlägen um Dauergrünland handele. Die Beklagte leitete den Umbruchantrag deshalb an den Landkreis Osterholz weiter, der mit Schreiben vom 28. Mai 2014 aus Sicht „des Naturschutzes und der Landschaftspflege" keine Bedenken gegen den Umbruch erhob. Eine vorab angekündigte Stellungnahme des Landkreises aus wasserrechtlicher Sicht folgte am 5. Juni 2014 nach. Für den Schlag Nr. 654 wurde darin wegen seiner Lage in einem Wasserschutzgebiet auf die Erforderlichkeit einer gesonderten Genehmigung sowie ergänzend auf den jedenfalls notwendigen Schutz des Gewässerrandes verwiesen.

5 Zwischenzeitlich hatte Herr J., Mitarbeiter des Niedersächsischen Landvolkes und Bevollmächtigter der Klägerin, bei der Beklagten wiederholt auf eine schnelle Genehmigung gedrängt; denn die Klägerin wolle auf den Flächen noch vor Pfingsten Mais aussäen und die Kulturcodeänderungen müssten bis zum 1. Juni 2014 erfolgen.

6 Bei der deshalb veranlassten Vor-Ort-Kontrolle wurde am 4. Juni 2014 festgestellt, dass die Schläge Nr. 668, Nr. 65 und Nr. 654 bereits gepflügt worden waren, auf den Schlägen Nr. 668 und Nr. 65 Mais zu erkennen und auf dem Schlag Nr. 654 jedenfalls die Aussaat von Mais erfolgt war. Bei einer weiteren Vor-Ort-Kontrolle am 11. Juni 2014 stand nunmehr auch auf dem Schlag Nr. 654 deutlich erkennbar Mais. Der o.a. Schlag Nr. 66, für den kein Umbruchantrag vorlag, war ebenfalls mit Mais bestellt worden, welcher zu diesem Zeitpunkt (11. Juni 2014) etwa drei Wochen alt war.

7 Zu der deshalb beabsichtigten Kürzung der Direktzahlungen, und zwar um bis zu 20% wegen der Annahme von Vorsatz, hörte die Beklagte die Klägerin erstmals im September 2014 und nochmals mit Schreiben vom 15. Oktober 2014 an. Mit E-Mails von Herrn J. für die Klägerin wurde ein Verstoß gegen das Umbruchverbot zunächst in Abrede gestellt bzw. nachfolgend vorgetragen, sie habe den Umbruch in der Annahme vorgenommen, es wären keine weiteren Einwände mehr zu erwarten gewesen.

8 Mit Billigung der Zentrale der Beklagten gelangte die örtliche Bewilligungsstelle zu der Einschätzung, dass es sich bei den ungenehmigten Umbrüchen um einen

vorsätzlichen, mit einem Kürzungssatz von 20% zu ahndenden Cross Compliance (= CC)-Verstoß handele. Im Übrigen bestanden Zweifel, ob die im Umbruchantrag bezeichneten Ersatzflächen als solche geeignet waren oder nicht bereits jetzt Dauergrünland darstellten.

9 Die Beklagte bewilligte der Klägerin mit Bescheid vom 29. Dezember 2014 eine Betriebsprämie in Höhe von 40.011,70 Euro und eine Umverteilungsprämie in Höhe von 1.654,46 Euro jeweils für das Antragsjahr 2014. Die Beträge wurden dabei jeweils um 20%, d. h. für die Betriebsprämie um 10.002,93 Euro und für die Umverteilungsprämie um 413,62 Euro, wegen des in dem ungenehmigten Umbruch von Dauergrünland liegenden CC-Verstoßes gekürzt.

1 Am 19. Januar 2015 hat die Klägerin den Verwaltungsrechtsweg beschritten.

01 Sie hat sich zur Begründung vorrangig darauf berufen, dass es in Niedersachsen
1 schon an der erforderlichen Rechtsgrundlage für den ihr vorgehaltenen ungenehmigten Umbruch mangele. Denn eine Genehmigungspflicht für den Umbruch von Dauergrünland habe nur bestanden, solange die Abnahme des Dauergrünlandanteils in der hier maßgebenden Region mehr als 5% betragen habe. Ob dies (noch) der Fall gewesen sei, sei jährlich einmal auf der Grundlage der Angaben in den bis zum 15. Mai abzugebenden Förderanträgen festzustellen. Nach der Auswertung der Sammelanträge 2014 sei jedoch in der Region Niedersachsen/Bremen im Jahr 2014 der Dauergrünlandanteil wieder angestiegen und habe damit die 5% Schwelle wieder unterschritten. Deshalb sei das Genehmigungserfordernis bereits ab dem Mai 2014 und nicht erst ab dem Zeitpunkt der Bekanntmachung in Niedersächsischen Ministerialblatt am 19. Dezember 2014 wieder entfallen. Die Genehmigungspflicht sei (hilfsweise) zumindest aber ab dem Zeitpunkt der Bekanntmachung am 19. Dezember 2014 entfallen und könne deshalb nicht mehr Grundlage für die erst danach mit Bescheid vom 29. Dezember 2014 erfolgte Kürzung ihrer Direktzahlungen sein. Weiter hilfsweise sei in Anwendung des Günstigkeitsprinzips gemäß Art. 2 Abs. 2 Satz 2 Verordnung (EG/EURATOM) Nr. 2988/95 die sanktionsweise Kürzung auf den Umfang des ab dem Jahr 2015 geltenden neuen Förderrechts zu begrenzen. Die Kürzung betrage danach, d. h. gemäß Art. 25 Abs. 2 Delegierte Verordnung (EU) Nr. 640/2014, bei einem höchstens wegfallenden Betrag von etwa 90 Euro/ha (für die sog. Ökologisierungszahlung) und hier betroffenen rd. 5,3 ha (ohne Schlag Nr. 66) für die Klägerin „nur" rd. 500 Euro. Um diesen Betrag hat die Klägerin vorsorglich ihre Klageforderung auf gerundet 9.900 Euro vermindert.

1 Im Übrigen habe es sich nicht um einen vorsätzlichen Verstoß gehandelt, so dass
2 bei Annahme einer Genehmigungspflicht allenfalls eine Kürzung von 3% angemessen sei. Denn sie habe aus ihrer Sicht fest mit der kurzfristigen Erteilung der Genehmigung zum Umbruch gerechnet.

1 Die Klägerin hat beantragt,

3 die Beklagte zu verpflichten, ihr weitere Betriebsprämie und Umverteilungsprämie 2014 in Höhe von zusammengerechnet 9.900,00 Euro nebst 6% Zinsen p.a. seit Klageerhebung zu bewilligen und den Bescheid vom 29. Dezember 2014 aufzuheben, soweit er dem entgegensteht.

1 Die Beklagte hat beantragt,

4 die Klage abzuweisen.

1 Für die Kürzung habe eine hinreichende Rechtsgrundlage bestanden. Denn es
5 komme auf die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt des CC-Verstoßes an. Im hier

maßgebenden Umbruchzeitpunkt Mai 2014 habe jedoch die Genehmigungspflicht nach der niedersächsischen Dauergrünland-Erhaltungsverordnung noch bestanden. Ob diese „nachträglich anders ausgelegt" werden müsse, sei unerheblich. Die am 19. Dezember 2014 erfolgte Bekanntgabe, dass die Schwelle von 5% wieder unterschritten sei und damit die Genehmigungspflicht entfalle, wirke (ebenfalls) nicht zurück. Auf das Günstigkeitsprinzip könne sich die Klägerin nicht erfolgreich berufen. Denn es bestünde mit Art. 93 Abs. 3 Verordnung (EU) Nr. 1306/2013 eine speziellere Übergangsregelung, wonach (selbst) in den Jahren 2015 und 2016 Verstöße gegen die Erhaltung von Dauergrünland weiterhin CC-relevant seien. Zudem stelle sich die dann (ab dem Jahr 2017) eintretende Kürzung der Ökologisierungszahlung wegen eines unerlaubten Umbruchs von Dauergrünland im Verhältnis zu der bisherigen Kürzung insbesondere der Betriebsprämie wegen eines so begründeten CC-Verstoßes als eine grundlegende Systemänderung dar, auf die das Günstigkeitsprinzip unanwendbar sei.

16 Die Klägerin habe vorsätzlich ungenehmigt Dauergrünland umgebrochen. Denn ihr sei bekannt gewesen, dass der Umbruch von Dauergrünland erst nach der Erteilung der Genehmigung durch sie, die Beklagte, habe erfolgen dürfen. Die Klägerin habe gleichwohl auf drei Dauergrünlandflächen Mais während des noch laufenden Genehmigungsverfahrens ausgesät bzw. im Falle des Schlags Nr. 66 sogar, ohne zuvor überhaupt einen entsprechenden Umbruchantrag gestellt zu haben.

17 Das Verwaltungsgericht Stade - 6. Kammer - hat die Beklagte mit Urteil vom 26. Januar 2016 unter Aufhebung ihres Bescheides vom 29. Dezember 2014 zur Neubescheidung verpflichtet.

18 Die Beklagte sei zu Recht davon ausgegangen, dass das agrarförderrechtliche Verbot, Dauergrünland ungenehmigt umzubrechen, nach § 2 Abs. 1 Dauergrünland-Erhaltungsverordnung (DG-ErhVO) in Niedersachsen bis zum 19. Dezember 2014 gegolten habe. Erst mit der an diesem Tage erfolgten Bekanntmachung über den Wiederanstieg der Dauergrünlandquote sei das Genehmigungserfordernis mit Wirkung ab dem Folgetag entfallen. Gegen dieses Verbot habe die Klägerin durch den im Mai bzw. Anfang Juni 2014 erfolgten ungenehmigten Umbruch von vier Dauergrünland-Schlägen verstoßen. Da dieser Verstoß vorsätzlich erfolgt sei, seien die in Rede stehenden Direktzahlungen, d. h. Betriebs- und Umverteilungsprämie, grundsätzlich zu Recht um 20% gekürzt worden. Allerdings erweise sich die insoweit erfolgte Sanktionskürzung „zwar nicht in der Quote, aber im Gesamtbetrag als unverhältnismäßig hoch". Die Beklagte müsse unter dem Gesichtspunkt der „Dauer" des Verstoßes kürzungsmindernd berücksichtigen, dass der Umbruch ab dem 20. Dezember 2014 nicht mehr genehmigungspflichtig gewesen sei. Da sie das nicht getan habe, habe sie über die Höhe der der Klägerin noch zu bewilligenden Direktzahlungen unter Beachtung dieser Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu befinden.

19 Auf die Anträge der Klägerin und der Beklagten hat der Senat durch Beschluss vom 27. Mai 2016 (10 LA 28/16) wechselseitig die Berufung nach § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO zugelassen.

20 Denn die Klägerin habe unter Bezugnahme u. a. auf das Senatsurteil vom 31. März 2016 (- 10 LB 32/14 -, juris, Rn. 59 ff.) zutreffend darauf verwiesen, dass danach das Verbot nach § 2 Abs. 1 DG-ErhVO, ungenehmigt Dauergrünland umzubrechen, nicht - wie vom Verwaltungsgericht angenommen - bis zur Bekanntgabe des Wiederanstiegs der Quote nach § 2 Abs. 1 Satz 4 DG-ErhVO im Niedersächsischen

Ministerialblatt am 19. Dezember 2014 fortbestanden habe, sondern stattdessen auf die inhaltliche Richtigkeit dieser Bekanntmachung abzustellen sei. Danach entfalle der Genehmigungsvorbehalt bereits in dem früheren Zeitpunkt, in dem die Annahme eines um mehr als 5% gesunkenen Dauergrünlandanteils in Niedersachsen/Bremen nicht mehr gerechtfertigt gewesen sei, weil tatsächlich bereits ein Wiederanstieg über diese maßgebliche Schwelle eingetreten sei. Nach den Angaben der Beklagten in dem Parallelverfahren mit dem Aktenzeichen 10 LB 3/16 sei dies jedoch in der Region Niedersachsen/Bremen ausgehend von dem maßgebenden neuen, dem Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 2. Oktober 2014 (C-47/13) entsprechenden Begriffsverständnis von Dauergrünland bereits im Vorjahr 2013 der Fall gewesen. Damit sei zweifelhaft, ob das Verbot nach § 2 Abs. 1 Satz 2 DG-ErhVO im Umbruchzeitpunkt Mai/Anfang Juni 2014 noch fortbestanden habe.

2 Ungeachtet dessen sei auch der Zulassungsantrag der Beklagten begründet. Denn
1 das Unionsrecht schreibe in Art. 24 Abs. 3 Verordnung (EG) Nr. 73/2009, Art. 72 Verordnung (EG) Nr. 1122/2009 bei vorsätzlichen Vorstößen zwingend eine Kürzungsquote vor. Damit sei die Annahme des Verwaltungsgerichts unvereinbar, die erfolgte Sanktionskürzung sei „zwar nicht in der Quote, aber im Gesamtbetrag … unverhältnismäßig hoch". Zudem handele es sich bei dem ungenehmigten Umbruch von Dauergrünland nicht um ein Dauerdelikt (vgl. zuletzt Senatsurt. v. 27.4.2016 - 10 LB 82/14 -, juris, Leitsatz 2), so dass eine Verminderung des Kürzungssatzes auch nicht auf die vermeintlich nicht über den 19. Dezember 2014 hinausgehende Dauer des Verstoßes gestützt werden könne.

2 Dass der Klage insgesamt stattzugeben sei, wenn das Verbot nach § 2 Abs. 1 Satz
2 2 DG-ErhVO im Umbruchzeitpunkt Mai/Anfang Juni 2014 abweichend von der Annahme des Verwaltungsgerichts keinen Bestand mehr gehabt habe, stehe dem Erfolg des Zulassungsantrages der Beklagten nicht entgegen. Denn mit dieser - ausgewechselten - Begründung könne der Zulassungsantrag der Beklagten nur abgelehnt werden, wenn die Abnahme des Dauergrünlandanteils bereits im Umbruchzeitpunkt Mai/Anfang Juni 2014 offensichtlich wieder weniger als 5% betragen habe und damit ersichtlich bereits zu diesem Zeitpunkt die Genehmigungspflicht entfallen sei. Eine solche Feststellung könne jedoch im Zulassungsverfahren nicht getroffen werden.

2 Die Klägerin hat ihre Berufung am 17. Juni 2016 begründet und sich zur
3 Begründung auf die o.a. Senatsrechtsprechung berufen. Danach sei die in Rede stehende Genehmigungspflicht für den Umbruch von Dauergrünland nicht erst im Zeitpunkt der Bekanntgabe am 19. Dezember 2014, sondern in dem davor liegenden Zeitpunkt entfallen, ab dem für die Region Niedersachsen/Bremen bekannt gewesen sei, dass die Schwelle von 5% wieder unterschritten worden sei. Das sei aber bereits im Frühjahr 2014 und damit vor dem von ihr vorgenommenen Umbruch der Fall gewesen. Andernfalls könne aus den bereits erstinstanzlich genannten Gründen nur von einem fahrlässigen Verstoß ausgegangen werden.

2 Die Klägerin hat in der mündlichen Verhandlung klargestellt, dass sie sich (nur)
4 gegen die Kürzung ihrer Betriebsprämie um 9.900 Euro wendet.

2 Die Klägerin beantragt,

5 das Urteil des Verwaltungsgerichts Stade - 6. Kammer - vom 26. Januar 2016 zu ändern und die Beklagte zu verpflichten, ihr eine weitere Betriebsprämie 2014 in Höhe von 9.900 Euro nebst 6% Zinsen p.a. seit Klageerhebung zu bewilligen und

den Bescheid vom 29. Dezember 2014 aufzuheben, soweit er dem entgegensteht, sowie
die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

26 Die Beklagte beantragt,
das Urteil des Verwaltungsgerichts Stade - 6. Kammer - vom 26. Januar 2016 zu ändern und die Klage insgesamt abzuweisen, sowie
die Berufung der Klägerin zurückzuweisen.

27 Sie hat ihre Berufung - nach Zustellung des Zulassungsbeschlusses am 8. Juni 2016 - am 5. Juli 2016 begründet. Sie räumt ein, dass „unter Beachtung der Ausführungen des Urteils des Europäischen Gerichtshofes vom 2. Oktober 2014 (- C-47/13 -) schon zu Beginn des Antragsjahres 2014 der Dauergrünlandanteil" (in der Region Niedersachsen/Bremen) „wieder so gestiegen sei, dass die Abnahme im Verhältnis zum Referenzjahr wieder weniger als 5% betragen habe". D. h. in Kenntnis dieser Sach- und Rechtslage wären das Unterschreiten dieser Schwelle und der damit verbundene Wegfall der Genehmigungspflicht nach § 2 Abs. 1 Satz 2 DG-ErhVO bereits vor dem Dezember 2014 nach § 2 Abs. 1 Satz 4 DG-ErhVO im Ministerialblatt bekannt gemacht worden; wann genau, könne man jedoch nicht sagen. Allerdings sei die Feststellung, ob die Schwelle von 5% jeweils über- oder unterschreiten sei, jährlich nur einmal vorzunehmen, und zwar nach Art. 3 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 1122/2009 auf der Grundlage der Angaben in den jeweiligen Sammelanträgen. Das Ergebnis sei dann nach Art. 84 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1122/2009 bis Ende Oktober der EU-Kommission mitzuteilen. Ob danach bereits Ende Oktober 2013 eine entsprechende Bekanntmachung auch im Ministerialblatt hätte erfolgen müssen, sei jedoch im Verhältnis zu den jeweiligen Antragstellern nunmehr unerheblich. Denn bei der Bekanntmachung handele es sich um einen Verwaltungsakt mit konstitutiver Wirkung, der nach dem erfolgten Eintritt seiner Bestandskraft bis zur Aufhebung im Dezember 2014 wirksam geblieben sei (vgl. LT-Drs. 17/2620, S. 72). Die Klägerin habe damit im Mai 2014 „gegen einen wirksamen Verwaltungsakt verstoßen".

28 Ausgehend von einem demnach im Umbruchzeitpunkt fortbestehenden Genehmigungserfordernis sei die im Umfang von 20% erfolgte Kürzung nicht zu beanstanden. Ausmaß, Schwere und Dauer des vorsätzlichen Verstoßes der Klägerin rechtfertigten keine Herabsetzung dieses Regelsatzes. Denn der Verstoß umfasse unter Einbeziehung des Schlages 66 eine Fläche von 6,84 ha, wobei eine Teilfläche sogar in einem Wasserschutzgebiet liege und deshalb ökologisch besonders schützenswert sei. Bei dem Umbruch handele es sich weder rechtlich noch tatsächlich um ein Dauerdelikt, da der ökologische Wert des Dauergrünlandes mit dem einmal erfolgten Umbruch vernichtet sei.

29 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den übrigen Inhalt der Gerichtsakte und der Beiakte verwiesen, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind.

Entscheidungsgründe:

30 Die zulässige Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts, soweit es ihre Klage abgewiesen hat, ist begründet, die Berufung der Beklagten gegen dieses Urteil hingegen unbegründet.

31 Die zulässige Klage ist in vollem Umfang begründet, da der Klägerin ein Anspruch nicht nur auf eine Neubescheidung, sondern unmittelbar auf Gewährung einer weitergehenden Betriebsprämie in der geltend gemachten Höhe von 9.990 Euro

(1.) zzgl. Prozesszinsen zusteht (3.); eine Kürzung dieses Anspruches wegen eines CC-Verstoßes durch einen agrarförderrechtlich unerlaubten Umbruch von Dauergrünland ist ausgeschlossen, da im Umbruchzeitpunkt Mai/Anfang Juni 2014 in der Region Niedersachsen/Bremen kein wirksames Genehmigungserfordernis mehr bestand (2.).

32 1. Der Klägerin steht für das Jahr 2014 gemäß Art. 34 Verordnung (EG) Nr. 73/2009 grundsätzlich eine Betriebsprämie in Höhe von 50.014,63 Euro nach Haushaltsdisziplin zu. Bedenken gegen die Richtigkeit der von der Beklagten hierzu in den Anlagen 1 bis 4 ihres Bescheides vom 29. Dezember 2014 getroffenen Feststellungen insbesondere zur „beihilfefähigen Hektarfläche", zu den von der Klägerin aktivierten Zahlungsansprüchen, zur rechtzeitigen Antragstellung und schließlich zur Höhe der Abzüge (2014) bzw. der Erstattung (2013) für die Haushaltsdisziplin haben die Beteiligten nicht geltend gemacht und sind auch für den Senat nicht ersichtlich.

33 Die Beklagte hat diesen Betrag in ihrem Bescheid vom 29. Dezember 2014 wegen des angenommenen vorsätzlichen CC-Verstoßes der Klägerin um 20% entsprechend 10.002,93 Euro gekürzt und der Klägerin „nur" eine Betriebsprämie in Höhe von 40.011,70 Euro bewilligt. Die Kürzungssumme von 10.002,93 Euro ist hier allerdings nicht in vollem Umfang streitig, sondern nur in Höhe von 9.900 Euro; über diesen Betrag hinausgehende Beträge kann das Gericht nach § 88 Halbsatz 1 VwGO nicht zusprechen.

34 2. Die Kürzung ist zu Unrecht erfolgt. Die Klägerin hat zwar im Mai/Anfang Juni 2014 vorsätzlich Dauergrünland im Umfang von mehr als 6 ha ohne Genehmigung nach § 2 Abs. 1 Satz 2 DG-ErhVO umgebrochen. Ein CC-Verstoß lag darin aber nicht, weil ein solches Genehmigungserfordernis zumindest ab dem November 2013 in der hier maßgebenden Region Niedersachsen/Bremen nicht mehr wirksam bestand. Im Einzelnen ergibt sich dies aus den folgenden Überlegungen:

35 Nach Art. 4 ff. Verordnung (EG) Nr. 73/2009 ist die Bewilligung der Betriebsprämie für das hier in Rede stehende Bewilligungsjahr 2014 auch von der Einhaltung sog. „anderweitiger Verpflichtungen" abhängig (Cross Compliance = CC). Denn gemäß Art. 4 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 73/2009 muss ein Betriebsinhaber, der Direktzahlungen - wie insbesondere die Betriebsprämie nach Art. 2 d), Anhang I - bezieht, die Grundanforderungen an die Betriebsführung nach Anhang II und die Vorschriften zum guten landwirtschaftlichen und ökologischen Zustand gemäß Art. 6 dieser Verordnung erfüllen. Nach Art. 6 Abs. 2 Satz 1 dieser Verordnung müssen dazu Flächen, die zu dem für die Beihilfeanträge „Flächen" für 2003 vorgesehenen Zeitpunkt als Dauergrünland genutzt wurden, als solche erhalten bleiben. Unionsrechtlich ist diese Pflicht zur Erhaltung von Dauergrünland in Art. 4 Durchführungsverordnung (EG) Nr. 1122/2009 noch näher konkretisiert worden, und zwar bezogen auf die einzelbetriebliche Ebene. Danach legen die Mitgliedstaaten bei einer Abnahme des Dauergrünlandanteils i. S. v. Art. 3 Abs. 1 Durchführungsverordnung (EG) Nr. 1122/2009 den Betriebsinhabern, die eine Direktzahlung beantragen, auf nationaler oder regionaler Ebene die Verpflichtung auf, die Flächen, die als Dauergrünland genutzt werden, nicht ohne vorherige Genehmigung umzuwidmen. Im Bundesgebiet ist diese unionsrechtliche Verpflichtung zunächst bundesrechtlich durch § 3 des Direktzahlungsverpflichtungsgesetzes, hier in der Fassung der Bekanntmachung vom 28. April 2010 (BGBl. I S. 588, DirektZahlVerpflG), geändert durch Gesetz

vom 22. Dezember 2011 (BGBl. I S. 3044), umgesetzt und an die regionale Ebene, d. h. u. a. an die Länder Niedersachsen und Bremen, die nach § 3 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 DirektZahlVerpflG eine Region bilden, „weitergegeben" worden. Denn nach § 3 Abs. 1 Satz 1 DirektZahlVerpflG haben u. a. diese Länder dafür Sorge zu tragen, dass auf ihrem Gebiet der Anteil des Dauergrünlandes an der gesamten landwirtschaftlichen Fläche der jeweiligen Region bezogen auf das Referenzjahr 2003 nicht erheblich abnimmt. Nach § 3 Abs. 1 Satz 2 DirektZahlVerpflG erfolgt die Ermittlung dieses Anteils nach Art. 3 Verordnung (EG) Nr. 1122/2009. In Niedersachsen erfolgte die Umsetzung wiederum durch die bereits im Tatbestand dieses Urteils angeführte Verordnung zur Erhaltung von Dauergrünland vom 6. Oktober 2009 (Nds. GVBl. S. 362, DG-ErhVO).

36 Unter der Überschrift „Genehmigungsvorbehalt für das Umbrechen von Dauergrünland" bestimmt § 2 Abs. 1 DG-ErhVO:

„Verringert sich in der gemeinsamen Förderregion des Landes Niedersachsen und der Freien Hansestadt Bremen der Anteil der Flächen, die als Dauergrün-land (Artikel 2 Satz 1 Nr. 2 der Verordnung [EG] Nr. 796/2004) genutzt werden, im Verhältnis zur gesamten landwirtschaftlichen Fläche (Artikel 2 Buchst. h der Verordnung [EG] Nr. 73/2009), berechnet nach Artikel 3 Abs. 1, 3 und 4 der Verordnung (EG) Nr. 796/2004, um mehr als 5 vom Hundert bezogen auf das Jahr 2003, so macht das Fachministerium dies im Niedersächsischen Ministerialblatt bekannt. Ab dem auf die Bekanntmachung folgenden Tag dürfen als Dauergrünland genutzte Flächen nur mit behördlicher Genehmigung umgebrochen werden. Beschränkungen aufgrund anderer Rechtsvorschriften in Bezug auf den Umbruch von Dauergrünland bleiben unberührt. Eine Genehmigung nach Satz 2 ist nicht mehr erforderlich, sobald das Fachministerium im Nieder-sächsischen Ministerialblatt bekannt macht, dass sich der Anteil der als Dauer-grünland genutzten Flächen im Verhältnis zur gesamten landwirtschaftlichen Fläche nicht mehr in einem 5 vom Hundert übersteigenden Maß verringert hat."

Die demnach gemäß § 2 Abs. 1 Satz 1 DG-ErhVO für die agrarförderrechtliche Genehmigungspflicht des Umbruchs von Dauergrünland in Niedersachsen entscheidende Schwelle der Abnahme des Dauergrünlandanteils von 5% ist nach den vorgenannten Normen nicht unmittelbar unionsrechtlich vorgegeben. Denn unionsrechtlich wird die Genehmigungspflicht nach Art. 4 Abs. 1 UAbs. 1 Verordnung (EG) Nr. 1122/2009 nur an die Abnahme des Dauergrünlandanteils geknüpft, ohne den Umfang der Abnahme insoweit - anders als nach Art. 4 Abs. 2 UAbs. 1, Art. 3 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1122/2009 für die weitergehende Pflicht zur Wiederansaat, die unionsrechtlich jedenfalls bei einer Abnahme von mehr als 10% erforderlich ist - näher zu bestimmen.

Die 5%-Schwelle folgt vielmehr aus dem nationalen Recht, nämlich der Verordnungsermächtigung in § 5 Abs. 3 Nrn. 1 und 2 DirektZahlVerpflG. Danach gilt:

„(3) Die Landesregierungen werden ermächtigt, durch Rechtsverordnung

1. den Umbruch von Grünland zu verbieten oder zu beschränken, insbesondere im Rahmen einer Rechtsverordnung nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 6 von einer Genehmigung abhängig zu machen, soweit sich der Anteil des Dauergrünlandes bezogen auf das Referenzjahr 2003 um mehr als die Hälfte des in Artikel 3 Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 1122/2009 genannten Vomhundertsatzes verringert hat,

2. im Falle eines Rückganges des Anteils des Dauergrünlandes an der gesamten

landwirtschaftlichen Fläche um mehr als 8 vom Hundert bezogen auf das Referenzjahr 2003 zu bestimmen, dass umgebrochene Dauergrünlandflächen wieder eingesät werden oder auf sonstigen Flächen Dauergrünland neu angelegt wird".

Wie der Senat wiederholt, zuletzt mit Urteil vom 27. April 2016 (- 10 LB 82/14 -, juris, Rn. 61) entschieden hat, ist es nicht zu beanstanden,

„dass sich die Einzelheiten der vorliegend in Rede stehenden unionsrechtlichen CC-Verpflichtung (Genehmigungspflicht für Dauergrünlandumbruch) damit erst aus dem Partikularrecht eines Mitgliedsstaates ergeben … Diese Regelungssystematik ist für die Umsetzung von CC-Pflichten, die sich aus Richtlinien ergeben, in der Rechtsprechung gebilligt worden (vgl. BVerwG, Urt. v. 19.3.2013 - 3 C 25/12 -) und nunmehr im Unionsrecht ausdrücklich geregelt (vgl. Art. 93 Abs. 2 Verordnung (EU) Nr. 1306/2013). Für die vorliegende Fallgestaltung, in der durch Unionsverordnung der nähere, durch die Mitgliedsstaaten auszufüllende Rahmen vorgegeben ist, gilt nichts anderes. Wie der Senat ebenfalls bereits entschieden hat (vgl. Beschl. v. 27.10.2015 - 10 LA 31/15 -), ist es unionsrechtlich auch nicht geboten, zumindest die Sanktionsbewehrung des Umbruchsverbots so zu beschränken, dass sie vermeintlich bloß formelle Verstöße ausnimmt."

37 Erforderlich ist aber schon nach dem Wortlaut der bundesrechtlichen Verordnungsermächtigung in § 5 Abs. 3 Nr. 1 DirektZahlVerpflG, dass sich die CC-relevante Genehmigungspflicht aus einer Rechtsverordnung, d. h. einer Norm ergibt. Nach der Senatsrechtsprechung entspricht die in § 2 Abs. 1 DG-ErhVO gewählte Regelungstechnik einer „ständigen variablen Verknüpfung der (inneren) Wirksamkeit der DG-ErhVO mit dem jeweiligen Dauergrünlandanteil" grundsätzlich noch dieser Pflicht zu einer normativen Bestimmung der CC-relevanten Genehmigungspflicht. Im Einzelnen hat der Senat dies in seinem Beschluss vom 23. September 2014 (- 10 LA 36/14 -, sowie ergänzend mit Beschl. v. 27.10.2015 - 10 LA 31/15 -) wie folgt begründet:

38 Die von der Klägerin vorgetragenen Bedenken gegen die Wirksamkeit, insbesondere die (Landes-)Verfassungskonformität, der DG-ErhVO greifen nicht durch.

39 Die Klägerin hält die in § 2 Abs. 1 DG-ErhVO enthaltene aufschiebende Bedingung für das „Inkrafttreten" der Norm für mit Art. 45 (Abs. 1 Satz 2) NdsVerf. unvereinbar, weil danach solche Bedingungen generell unzulässig seien, hilfsweise nur aus einem besonderen, hier fehlenden Grund aufgenommen werden dürften und zumindest der Bedingungseintritt auch im Niedersächsischen Gesetz- und Verordnungsblatt und nicht nur im Ministerialblatt hätte abgedruckt werden müssen.

40 In der Rechtsprechung (vgl. für ein Bundesgesetz: BVerfG, Urt. v. 8.7.1976 - 1 BvL 19/75, 1 BvL 20/75, 1 BvR 148/75 -, BVerfGE 42, 263 ff., sowie sinngemäß für eine Verordnung des Bundes: BVerwG, Urt. v. 16.1.2003 - 7 C 31/02 -, BVerwGE 117, 322 ff.), Literatur (vgl. von Lewinski, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 82, Rn. 283 ff.) und Praxis (vgl. BMJ, Handbuch der Rechts-förmlichkeit, 3. Aufl., Ziffer 11.3, Rn. 452 ff.) zu dem Art. 45 Nds.Verf. im Kern entsprechenden Art. 82 GG ist zu Recht anerkannt, dass danach der maßgebliche Zeitpunkt des Inkrafttretens einer Norm (Gesetz) nicht unter allen Umständen wörtlich und unter genauer Bestimmung eines Termins in der Norm (Gesetz) selbst angeführt sein muss, sondern eine Norm ggf. auch in der Weise in Kraft gesetzt werden kann,

dass hierfür ein hinreichend bestimmtes Ereignis, also eine Bedingung maßgebend sein soll. Die (aufschiebende) Bedingung muss in der Norm klar formuliert und darf nicht von der Exekutive beeinflussbar sein.

41 Diesen Voraussetzungen entspricht § 2 Abs. 1 Satz 1 DG-ErhVO, da das Inkrafttreten des Genehmigungserfordernisses danach an die nicht von der Exekutive beeinflussbare Verringerung des Dauergrünlandanteils um mehr als 5% angeknüpft worden ist.

42 Ob es zusätzlich eines besonderen Grundes für die Zulässigkeit eines auf-schiebend bedingten Inkrafttretens der Norm bedarf, mag offen bleiben. Ein solcher Grund ist hier jedenfalls zu bejahen. Denn die Regelungen der DG-ErhVO sollen nach dem Wortlaut nicht lediglich einmalig von dem o. a., ggf. im Erlasszeitpunkt bereits feststehenden Bedingungseintritt abhängen, sondern dauerhaft, wie sich aus der in § 2 Abs. 1 Satz 4 DG-ErhVO enthaltenen auflösenden Bedingung - des Wiederanstieges des Dauergrünlandanteils - ergibt. Eine solche ständige variable Verknüpfung der (inneren) Wirksamkeit der DG-ErhVO mit dem jeweiligen Dauergrünlandanteil wäre über eine Regelung in der Verordnung selbst jedoch nicht möglich gewesen.

43 Die Bekanntgabe des Bedingungseintritts stellt demnach ungeachtet der daran anknüpfenden Wirkungen für die innere Wirksamkeit der Norm keine konstitutive, sondern lediglich eine deklaratorische „Feststellung" der zur Veröffentlichung bestimmten Behörde dar (vgl. von Lewinski, a. a. O., Rn. 289; BMJ, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, a. a. O., Rn. 454), ist aus den zutreffend bereits vom Verwaltungsgericht genannten Gründen formell nicht als Teil der Norm (Verordnung), sondern als Allgemeinverfügung zu qualifizieren und muss deshalb nicht in demselben Amtsblatt bekannt gegeben werden wie die Norm (Verordnung). Zur notwendigen Wahrung der Publizität reichte daher hier die in § 2 Abs. 1 Satz 1 DG-ErhVO vorgeschriebene Veröffentlichung im Niedersächsischen Ministerialblatt aus, die in der Ausgabe Nr. 41/2009 vom 21. Oktober 2009 (S. 890) erfolgt ist. Auch in dem vom Bundesverwaltungsgericht mit dem o. a. Urteil vom 16. Januar 2003 entschiedenen Fall erfolgte die Bekanntgabe des Bedingungseintritts nicht im Bundesgesetzblatt - wie grundsätzlich nach Art. 82 Abs. 1 Satz 2 GG, §§ 1 f. des Verkündungs- und Bekanntmachungsgesetzes vorgesehen -, sondern im Bundesanzeiger. Schließlich spricht auch die anerkannte Möglichkeit, u. a. in Verordnungen auf anderweitig als im Amtsblatt veröffentlichte technische Normen, wie DIN-Vorschriften, zu verweisen (vgl. nur BVerwG, Urt. v. 27.6.2013 - 3 C 21/12 -, BVerwGE 147, 100 ff.), gegen die These der Klägerin, sämtliche Bestandteile einer Norm (Verordnung) müssten zwingend in einem Publikationsorgan (Amtsblatt) bekannt gegeben werden.

44 Aus dem vorgenannten Grund steht schließlich auch § 1 Nr. 1 des Gesetzes über die Verkündung, den Zeitpunkt des Inkrafttretens und die Aufhebung von Verordnungen vom 1. April 1996 (Nds. GVBl. S. 82), wonach Verordnungen der Landesregierung und der Ministerien im Niedersächsischen Gesetz- und Verordnungsblatt zu verkünden sind, der hier erfolgten Veröffentlichung des Bedingungseintritts als Allgemeinverfügung im Niedersächsischen Ministerialblatt nicht entgegen."

45 Aus der demnach inhaltlich lediglich zulässigen deklaratorischen Wirkung einer von der Exekutive festzustellenden Bedingung für die innere Wirksamkeit einer Norm, hier der 5%-Schwelle für die Genehmigungspflicht nach § 2 Abs. 1 Satz 2 DG-

ErhVO, hat der Senat weiter geschlossen (vgl. Urt. v. 31. März 2016 - 10 LB 32/14 -), dass es mit dieser deklaratorischen Wirkung unvereinbar wäre,

„den Bedingungseintritt jedenfalls nach Ablauf der Jahresfrist - wie von der Beklagten ursprünglich geltend gemacht - allein an die Wirksamkeit der Bekanntgabe und nicht an ihre inhaltliche Richtigkeit zu knüpfen. Andernfalls würde zudem die Pflicht ins Leere laufen, die Wiederzunahme des Dauergrünlandanteils nach § 2 Abs. 1 Satz 4 DG-ErhVO bekanntzumachen. Schließlich würde die Annahme, die Bekanntmachung nach § 2 Abs. 1 Satz 1 DG-ErhVO sei nach Ablauf der Jahresfrist unabhängig von ihrer materiellen Rechtmäßigkeit grundsätzlich wirksam, der ihr zugrunde liegenden Ermächtigung in § 2 Abs. 1 Satz 1 DG-ErhVO eine - etwa § 10 Abs. 1 Satz 1 NKomVG, § 215 BauGB inhaltlich entsprechende - Heilungswirkung vermitteln, für die es aber an der erforderlichen speziellen (bundes-)gesetzlichen und unionsrechtlichen Ermächtigung mangelt."

46 Wenn die Wirksamkeit der CC-relevanten Genehmigungspflicht nach § 2 Abs. 1 Satz 2 DG-ErhVO nicht unmittelbar mit dem Über- bzw. Unterschreiten der Schwelle von 5% hätte verknüpft sein sollen, so hätte es sich ferner erübrigt, die ungewöhnliche Regelungstechnik der aufschiebend bzw. auflösend bedingten Genehmigungspflicht statt des üblichen Verfahrens des zeitlich genau bestimmten In- und Außerkraftretens einer Norm, hier in der Form der Rechtsverordnung, zu wählen.

47 Entscheidend für die Wirksamkeit dieser Genehmigungspflicht ist damit bezogen auf den hier maßgebenden Umbruchzeitpunkt im Mai/Anfang Juni 2014 nicht allein, ob die Bekanntmachung im Niedersächsischen Ministerialblatt vom 21. Oktober 2009, dass die 5%-Schwelle überschritten sei, als Verwaltungsakt noch wirksam wäre; sie muss vielmehr bezogen auf den vorgenannten Umbruchzeitpunkt auch inhaltlich noch richtig gewesen sein, d. h. der Anteil des Dauergrünlandes darf in der Region Niedersachsen/Bremen nicht zwischenzeitlich wieder soweit angestiegen sein, dass die 5%-Schwelle unterschritten ist. Die Genehmigungspflicht bleibt mit anderen Worten also nicht unabhängig von dieser Schwelle solange in Kraft, bis eine § 2 Abs. 1 Satz 4 DG-ErhVO entsprechende Bekanntmachung im Niedersächsischen Ministerialblatt erfolgt ist.

48 An dieser Senatsrechtsprechung wird auch unter Berücksichtigung der Einwände der Beklagten bzw. des Fachministeriums festgehalten.

49 Insbesondere greift der Einwand nicht durch, dass damit für das Inkrafttreten und Außerkrafttreten der Genehmigungspflicht nach § 2 Abs. 1 DG-ErhVO zu Unrecht unterschiedliche Anforderungen gelten. Die Differenzierung besteht, folgt aber aus dem Rechtsstaatsprinzip, und zwar zunächst in seiner Ausprägung als Gebot der ausreichenden Bestimmtheit von Normen. Damit wäre es unvereinbar, den Eintritt der Genehmigungspflicht nach § 2 Abs. 1 Satz 2 DG-ErhVO ohne förmliche Bekanntmachung gemäß § 2 Abs. 1 Satz 1 DG-ErhVO allein an das für die betroffenen Betriebsinhaber nicht erkennbare Überschreiten der Schwelle von 5% zu knüpfen. Das Rechtsstaatsprinzip wirkt insoweit aber nur zugunsten der Normunterworfenen, nicht aber zu ihren Lasten oder zugunsten des Normgebers, d. h. die CC-relevante und damit sanktionsbewehrte Genehmigungspflicht kann nicht unabhängig von ihrer materiellen Rechtfertigung bis zu der Bekanntmachung nach § 2 Abs. 1 Satz 4 DG-ErhVO aufrechterhalten bleiben. Dass die Anforderungen an die Bestimmtheit von Normen zugunsten bzw. zulasten von natürlichen Personen unterschiedlich sind, wird aus dem unterschiedlichen

Geltungsumfang des Analogieverbots deutlich: Zulasten der Normunterworfenen gilt etwa nach Art. 103 Abs. 2 GG ein Analogieverbot (vgl. nur BVerfG, Beschl. v. 8. 12.2014 - 2 BvR 450/11 -, juris, Rn. 19). Demgegenüber sind die Gerichte insbesondere zum Schutz der Grundrechte zu richterlicher Rechtsfortbildung in dem Sinne befugt, dass sie bei unzureichenden gesetzlichen Vorgaben das materielle Recht gegebenenfalls aus den allgemeinen Rechtsgrundlagen ableiten können und müssen (vgl. BVerwG, Beschl. v. 29.8.2008 - 6 B 49/08 -, juris, Rn. 9, m. w. N.).

50 Für das vorgenannte Senatsverständnis spricht weiterhin das aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG folgende Gebot effektiven Rechtschutzes. Denn für die betroffenen Betriebsinhaber wäre andernfalls effektiver Rechtsschutz kaum zu gewährleisten: Würde die Bekanntmachung nach § 2 Abs. 1 Satz 2 DG-ErhVO unabhängig von ihrer fortdauernden materiellen Richtigkeit bis zu ihrer Aufhebung weiterhin wirksam bleiben, das Genehmigungserfordernis also bis dahin Bestand haben, müsste ein Betriebsinhaber auf den Erlass einer Bekanntmachung nach § 2 Abs. 1 Satz 4 DG-ErhVO, d. h. der Aufhebung klagen. Er hat jedoch schon keinen Zugang zu den Daten, auf deren Grundlage der Dauergrünlandanteil in seiner Region ermittelt wird. Eine Veröffentlichung der insoweit jährlich regional bzw. national ermittelten, nach Art. 84 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1122/2009 an die EU-Kommission zu übermittelnden Daten ist ebenfalls nicht vorgesehen. Schließlich hat das Fachministerium auf Nachfrage im Niedersächsischen Landtag (vgl. Drs. 17/2620, S. 71 f.) erklärt, dass für die Feststellung nach § 2 Abs. 1 Satz 4 DG-ErhVO keine Frist oder ein Stichtag vorgesehen sei; die Beklagte hat sich dementsprechend auch in diesem Verfahren auf gerichtliche Nachfrage außer Stande gesehen, anzugeben, in welchem zeitlichen Abstand zum Eintritt der auflösenden Bedingung nach § 2 Abs. 1 Satz 4 DG-ErhVO die entsprechende Bekanntmachung erfolgen müsse bzw. erfolgt wäre. Bei dieser Ausgangslage fehlen einem Betriebsinhaber in der Regel also schon die tatsächlichen Grundlagen für eine Klage; zumindest würde eine solche aber nicht zeitnah, etwa noch in der laufenden Vegetationsperiode zu einem Erfolg führen. Dann muss ihm aber zumindest eine Möglichkeit offen stehen, gerichtlich nachträglich inzident - wie vorliegend - prüfen zu lassen, ob das Genehmigungserfordernis zu Recht fortbestanden hat.

51 Schließlich handelt es sich bei der Kürzung von Direktzahlungen wegen eines CC-Verstoßes nach Art. 23 Verordnung (EG) Nr. 73/2009 i. V. m. Art. 2 Nr. 10 Verordnung (EG) Nr. 1122/2009, der insoweit den Begriff der „Unregelmäßigkeit" gegenüber der allgemeinen Definition in Art. 1 Abs. 2 Verordnung (EG/EuroATOM) Nr. 2988/95 sektorspezifisch erweitert, um eine Sanktion i. S. d. Art. 5 Verordnung (EG/EuroATOM) Nr. 2988/95 (vgl. BVerwG, Urt. v. 19.9.2013 - 3 C 25/12 -, juris, Rn. 18), wie nunmehr in Art. 91 Verordnung (EU) Nr. 1306/2013 klargestellt ist (vgl. Dänicke, AuR 2015, 335, 340). Eine solche Sanktion kann nach Art. 2 Abs. 2 Satz 1 der letztgenannten Verordnung nur verhängt werden, wenn sie in einem „Rechtsakt der Gemeinschaften" vor dem Zeitpunkt der Unregelmäßigkeit vorgesehen wurde. Wie dargelegt, reicht insoweit sektorspezifisch zwar auch ein Verstoß gegen eine nationale Norm aus, die sich in dem vorgegebenen Rahmen des Unionsrechts bewegt. Erforderlich ist aber jedenfalls eine nationale Norm, aus der sich die CC-relevante Verpflichtung ergibt (vgl. BVerwG, Urt. v. 19.9.2013 - 3 C 25/12 -, juris, Rn. 25 f.); der Umfang und die Dauer der Verpflichtung müssen normativ vorgegeben sein, dürfen hingegen nicht im Ermessen der Verwaltung

liegen. Dies wäre jedoch letztlich der Fall, wenn man mit der Beklagten annehmen würde, das Fachministerium könne den Zeitpunkt der Bekanntmachung nach § 2 Abs. 1 Satz 4 DG-ErhVO nach seinem Ermessen wählen und so über die Fortdauer der CC-relevanten Genehmigungspflicht des Umbruchs von Dauergrünland bestimmen.

52 Ist demnach für die Fortdauer der Genehmigungspflicht gemäß § 2 Abs. 1 Satz 2 DG-ErhVO inhaltlich zu prüfen, ob der Anteil des Dauergrünlandes im Verhältnis zum Referenzjahr noch um mehr als 5% abgenommen hat, so ist damit noch nicht gesagt, dass eine solche Prüfung „taggenau" zu erfolgen habe. Die Beklagte weist insoweit vielmehr zu Recht darauf hin, dass dies tatsächlich unmöglich wäre. Die Prüfung muss nach Art. 3 Abs. 3 Verordnung (EG) Nr. 1122/2009 auf der Grundlage der Angaben der Betriebsinhaber in den jährlich regelmäßig bis zum 15. Mai (Art. 11 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1122/2009) abzugebenden Sammelanträgen erfolgen und nach Kontrollen (Art. 26 ff. Verordnung (EG) Nr. 1122/2009) spätestens bis Ende Oktober zumindest vorläufig abgeschlossen sein; andernfalls wäre die bis zu diesem Regeltermin nach Art. 84 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1122/2009 vorgeschriebene Mitteilung des genauen nationalen Dauergrünlandanteils nicht möglich. Ergibt sich danach, dass die Schwelle von 5% wieder unterschritten worden ist, so entfällt spätestens ab dem folgenden Monat, d. h. ab November die Genehmigungspflicht. Dies gilt auch dann, wenn nachträglich eine Neuberechnung erforderlich ist, weil die Behörden irrtümlich - wie vorliegend aufgrund des Urteils des Europäischen Gerichtshofes vom 2. Oktober 2014 (- C-47/13 -) - von einem fehlerhaften Verständnis des Begriffs „Dauergrünland" ausgegangen sind. Denn eine solche gerichtliche Entscheidung stellt grundsätzlich vorbehaltlich abweichender, hier aber nicht ersichtlicher spezieller Regelungen die Rechtslage klar und wirkt damit auch für die Vergangenheit und nicht erst in die Zukunft (vgl. Senatsurt. v. 29.8.2012 - 10 LC 107/10 -, juris, Rn. 52 ff.). Ein Vertrauensschutz zugunsten der normvollziehenden Behörden besteht nicht. Damit greift auch der Einwand der Beklagten nicht durch, sie habe Betriebsinhabern, deren Flächen erst auf der Grundlage des neuen Begriffsverständnisses als Dauergrünland eingestuft worden seien, im Jahr 2015 übergangsweise noch eine Umbruchmöglichkeit eröffnet. Ob dies rechtlich geboten oder zumindest möglich gewesen ist, kann offen bleiben. Denn dieses „Entgegenkommen" kann nur auf die Annahme eines schutzwürdigen Vertrauens der Betriebsinhaber auf die bisherige Auslegung des Begriffs „Dauergrünland" u. a. durch die Beklagte gestützt worden sein. Wie bereits zuvor zum rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot ausgeführt, wirkt sich aber auch ein solcher, ebenfalls aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleiteter Vertrauensschutz nur zugunsten und nicht zulasten von Bürgern bzw. zugunsten öffentlicher Rechtsträger (vgl. BVerwG, Beschl. v. 29.4.1999 - 8 B 87/99 -, juris, Rn. 4, m. w. N.) aus, kann jedoch nicht zugleich eine letztlich CC-relevante und damit den Bürger belastende übergangsweise Fortgeltung des fehlerhaften Begriffsverständnisses von Dauergrünland rechtfertigen.

53 Ebenso wenig besteht insoweit eine notwendige normative Grundlage dafür, dass sich die Rechtssicherheit gegen die materielle Richtigkeit der Bekanntmachung durchsetzt.

54 Nach den dem Senat von der Beklagten übermittelten Zahlen ist die hier relevante Schwelle von 5% in der Region Niedersachsen/Bremen auf der Grundlage des

neuen Begriffsverständnisses von Dauergrünland und den Angaben der aus dieser Region stammenden Betriebsinhaber in ihren Sammelanträgen 2013 aber bereits in Laufe dieses Jahres wieder unterschritten und seitdem nicht wieder überschritten worden:

55 Danach betrug in den Referenzjahren 2003/2005 in der Region Niedersachsen/ Bremen die gesamte landwirtschaftliche Fläche 2.641.351,31 ha und nach dem alten Verständnis die Dauergrünlandfläche 764.060 ha entsprechend 28,927%. Im Jahr 2013 ergab sich gleichfalls nach altem Verständnis bei einer landwirtschaftlichen Fläche von noch 2.603.191,02 ha eine Dauergrünlandfläche von 713.946,25 ha entsprechend 27,426%, mithin eine Abnahme in Höhe von 5,19%.

56 Unter Berücksichtigung des o.a. Urteils des Europäischen Gerichtshofes ergibt sich für das Jahr 2013 bei gleicher Gesamtfläche ein Anstieg des Dauergrünlandes, das von Antragstellern aus Niedersachsen und Bremen bewirtschaftet wurde, auf 719.163, 37 ha. Bezieht man zusätzlich die aus den Referenzjahren 2003/2005 bekannten 5.271,86 ha Dauergrünland von „auswärtigen" Antragstellern ein, so ergibt sich ein Anstieg des Dauergrünlandes um weitere 5.271, 86 ha auf 724.435, 23 ha. Damit beträgt sein Anteil im Jahr 2013 27,829% der Gesamtfläche, mithin die Abnahme des Dauergrünlandanteils im Verhältnis zu den Referenzjahren „nur" noch 3,80%.

57 Die Berechnung enthält noch Ungenauigkeiten. Da die Beklagte auf die Daten der Antragsteller aus anderen Bundesländern keinen Zugriff hatte, ist in der neuen Berechnung des Dauergrünlandanteils des Jahres 2013 zunächst nicht der genaue Anteil einbezogen, der ggf. zu Unrecht von Antragstellern außerhalb Niedersachsens nicht als Dauergrünland bewertet worden ist. Außerdem bedürfte es für die Berechnung der Abnahme der anteiligen Dauergrünlandfläche nach dem neuen Begriffsverständnis an sich auch der Neuberechnung des Dauergrünlandanteils in den Referenzjahren 2003/2005, die voraussichtlich zu einer Erhöhung des Anteils führen würde, mangels Unterlagen aber ebenfalls nicht erfolgt ist.

58 Auf ausdrückliche gerichtliche Nachfrage hat die Beklagte aber in Absprache mit dem Fachministerium mit Schriftsatz vom 13. Juli 2016 mitgeteilt, dass „keine Möglichkeiten der weiteren Berechnung zur Veränderung des Dauergrünlandanteils mehr gesehen werden." Solche erfolgsversprechenden Aufklärungsmöglichkeiten sind auch für den Senat nicht zu erkennen, so dass die o.a. Zahlen zugrunde zu legen sind.

59 Danach betrug bei dem zutreffenden Begriffsverständnis die Abnahme des Dauergrünlandanteils spätestens ab dem November 2013 in der Region Niedersachsen/Bremen aber „nur" noch 3,80%.

60 Demnach entfiel jedenfalls ab dem November 2013 und nicht erst ab dem 19. Dezember 2014 in Niedersachsen die Genehmigungspflicht nach § 2 Abs. 1 Satz 2 DG-ErhVO. Folglich benötigte die Klägerin für ihren im Mai/Anfang Juni 2014 erfolgten Umbruch keiner solchen agrarförderrechtlichen Genehmigung, so dass der nur vermeintlich ungenehmigte Umbruch auch keine Kürzung ihrer Betriebsprämie rechtfertigt.

61 Da es auf die objektive Rechtslage ankommt, ist unerheblich, dass der Klägerin der Wegfall der Genehmigungspflicht unbekannt war.

62 Ebenso unerheblich ist hier, dass die Umwandlung des Schlages 66 wasserrechtlich

2 (nach § 2 Abs. 1 Satz 3 DG-ErhVO bleiben sonstige Genehmigungsvorbehalte bestehen) genehmigungspflichtig war und im Bereich des Gewässerrandstreifens nicht erfolgen durfte. Denn auf einen solchen Verstoß ist die Kürzung nicht gestützt worden und es ist auch nicht zu erkennen, dass die entsprechenden Verbote nach dem Anhang II zur Verordnung (EG) Nr. 73/2009 überhaupt CC-relevant (gewesen) sind.

6 3. Zinsen seit Rechtshängigkeit auf die nachträglich zu bewilligenden 9.900 Euro
3 Betriebsprämie als Direktzahlung stehen der Klägerin nach §§ 6 Abs. 1 Nr. 2, 14 Abs. 2 Satz 1 MOG zu, wobei sich der maßgebende Zinssatz von 0,5% monatlich aus dem nach § 14 Abs. 2 Satz 1 MOG anzuwendenden § 238 Abs. 1 Satz 1 AO ergibt.

6 Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 und 2 VwGO. Die Entscheidung
4 über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 167 VwGO i. V. m. §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Zitiervorschlag:
OVG Lüneburg Urt. v. 28.9.2016 – 10 LB 38/16, BeckRS 2016, 53375

BeckRS 2016, 49455

VG Arnsberg (10. Kammer), Beschluss vom 27.07.2016 - 10 L 1152/16

Titel:
vorläufige Versetzung, gymnasiale Oberstufe, Zeugnis, Auslegung, Nachprüfung
Normenketten:
APO-S I § 23 Abs. 1 S. 3, § 26, § 27
VwVfG NRW § 44 Abs. 1
Rechtsgebiete:
Sonstiges besonderes Verwaltungsrecht, Verwaltungsverfahren und -prozess
Schlagworte:
vorläufige Versetzung, gymnasiale Oberstufe, Zeugnis, Auslegung, Nachprüfung
ECLI:
ECLI:DE:VGAR:2016:0727.10L1152.16.00
Rechtskraft:
nicht rechtskräftig

Tenor:

Der Antrag wird abgelehnt.
Der Antragsteller trägt die Kosten des Verfahrens.
Der Streitwert wird auf 2.500,00 Euro festgesetzt.

Gründe:

Der Antrag des Antragstellers,
den Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, ihn vorläufig zum Schuljahr 2016/2017 in die Einführungsphase der gymnasialen Oberstufe zu versetzen,
hilfsweise, den Antragsgegner im Wege einer einstweiligen Anordnung zu verpflichten, ihm, dem Antragsteller eine zusätzliche Nachprüfungsmöglichkeit wahlweise im Fach Chemie oder Biologie zu gewähren,
hat keinen Erfolg. Als Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gemäß § 123 Abs. 1

Satz 2 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) ist er statthaft (§§ 123 Abs. 5, 80 Abs. 5 VwGO) und auch im Übrigen zulässig, aber unbegründet.
Nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO ist eine einstweilige Anordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig und zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes gemäß § 19 Abs. 4 des Grundgesetzes (GG) geboten, wenn diese Regelung, vor allem bei dauernden Rechtsverhältnissen, um wesentliche Nachteile abzuwenden oder aus anderen Gründen nötig erscheint. Anordnungsgrund und Anordnungsanspruch sind glaubhaft zu machen (§ 123 Abs. 3 VwGO i. V. m. § 920 Abs. 2, § 294 Abs. 1 der Zivilprozessordnung -ZPO-). Das grundsätzliche Verbot einer Vorwegnahme der Hauptsache steht einer einstweiligen Anordnung nicht entgegen, wenn dies zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes geboten ist und ein hoher Grad an Wahrscheinlichkeit für den mit der Hauptsache verfolgten Anspruch spricht.
Hiervon ausgehend sind an die Glaubhaftmachung des Anordnungsgrundes und Anordnungsanspruchs im vorliegenden Fall strenge Anforderungen zu stellen, weil das Begehren des Antragstellers auf Verpflichtung des Antragsgegners auch nur zur vorläufigen Versetzung auf eine Vorwegnahme der Hauptsache gerichtet ist. Denn der Antragsteller wird im vorläufigen Rechtsschutzverfahren für die Zeit bis zum rechtskräftigen Abschluss eines noch rechtshängig zu machenden Hauptsacheverfahrens bereits das erhalten, was er auch in einem solchen Klageverfahren beantragen wird, ohne dass dies später rückgängig zu machen wäre. Daher muss ein Abwarten der Entscheidung im Hauptsacheverfahren schlechthin unzumutbar und eine hohe Wahrscheinlichkeit für das Bestehen des Anordnungsanspruchs gegeben sein.
Vgl. zum Anordnungsanspruch: Hessischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 25. Oktober 2013 - 7 B 1889/13 -, juris, Rn. 23.
Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Der Antragsteller hat einen Anspruch auf vorläufige Versetzung in die Einführungsphase der gymnasialen Oberstufe zum Schuljahr 2016/2017 aus § 50 Abs. 1 Satz 1 des Schulgesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen (SchulG) i. V. m. §§ 22 Abs. 1 Nr. 2, 27 der Ausbildungs- und Prüfungsordnung Sekundarstufe I (APO-S I) nicht hinreichend glaubhaft gemacht.
Nach § 50 Abs. 1 Satz 1 SchulG wird eine Schülerin oder ein Schüler nach Maßgabe der Ausbildungs- und Prüfungsordnung in der Regel am Ende des Schuljahres in die nächsthöhere Klasse versetzt, wenn die Leistungsanforderungen der bisherigen Klasse erfüllt sind. Nach § 22 APO-S I wird eine Schülerin oder ein Schüler versetzt, wenn nicht ausreichende Leistungen gemäß §§ 25 bis 29 ausgeglichen werden können oder unberücksichtigt bleiben. Diese Voraussetzungen sind nicht erfüllt. Der Antragsteller hat am Ende des zweiten Halbjahres der bisher von ihm besuchten Klasse 9 des Gymnasiums in den Fächern Mathematik, Chemie und Biologie nicht ausreichende, nämlich jeweils mit „mangelhaft" bewertete Leistungen erzielt, die insgesamt nicht nach Maßgabe des hier anzuwendenden § 27 APO-S I ausgeglichen werden können.
Die vorgenannten Leistungsbewertungen ergeben sich aus dem entsprechenden Zeugnis vom 8. Juli 2016. Es weist insbesondere auch für die Fächer Mathematik und Biologie die Note „mangelhaft" aus, obwohl der Antragsteller nach den „Bemerkungen" auf S. 2 des Zeugnisses insoweit - ebenso wie im Fach Französisch - „nur schwach ausreichende" Leistungen erzielt hat. Es ist jedoch davon auszugehen, dass es sich bei den entsprechenden „Bemerkungen" im Hinblick auf die zugrunde liegende Note um ein Versehen handelt und die tabellarische Auflistung auf der ersten Seite des Zeugnisses maßgeblich ist, nach der in den drei erstgenannten Fächern die Note „mangelhaft"

vergeben worden ist. Hierfür spricht auch das Konferenzprotokoll vom 4. Juli 2016 nach dem das Zeugnis des Antragstellers die Bemerkung enthalten solle, dass seine Leistungen in den Fächern Mathematik und Biologie nur schwach mangelhaft und im Fach Französisch schwach ausreichend seien.
Das Zeugnis ist auch nicht nach § 44 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen (VwVfG NRW) nichtig. Nach § 44 Abs. 1 VwVfG NRW ist ein Verwaltungsakt nichtig, soweit er an einem besonders schwerwiegenden Fehler leidet und dies bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände offensichtlich ist. Das Zeugnis leidet nicht an einem besonders schwerwiegenden Fehler. Ein Fehler ist besonders schwerwiegend im Sinne des § 44 Abs. 1 VwVfG NRW zugrunde liegenden allgemeinen Grundsatzes, wenn er ein Handeln als schlechterdings unerträglich, d. h. mit tragenden Verfassungsprinzipien oder der Rechtsordnung immanenten wesentlichen Wertvorstellungen unvereinbar erscheinen lässt. Die an eine ordnungsgemäße Verwaltung zu stellenden Anforderungen müssen in so erheblichem Maße verletzt sein, dass von niemandem erwartet werden kann, das Handeln als verbindlich anzuerkennen.
Vgl. Bundesverwaltungsgericht (BVerwG), Beschluss vom 19. Oktober 2015 - 5 P 11/14, juris, Rn. 21.
Ein solcher Fehler liegt zum Beispiel bei völliger Unverständlichkeit des Verwaltungsakts vor.
Vgl. Kopp/Schenke: Verwaltungsverfahrensgesetz, 15. Auflage 2014, § 44 Rn. 10.
Das Zeugnis des Antragstellers vom 8. Juli 2016 ist jedoch nicht in diesem Sinne völlig unverständlich, insbesondere ist es nicht zu unbestimmt. Denn für die Notengebung ist der Unterpunkt „Leistungen" auf der ersten Seite maßgeblich. Innerhalb dieses Unterpunktes finden sich keine Widersprüche. Der Unterpunkt „Bemerkungen" soll lediglich Anmerkungen zu den Zeugnisnoten enthalten. Man kann nicht davon ausgehen, dass die unter diesem Unterpunkt zugrunde gelegten Noten maßgeblich sein sollen, auch wenn sie den unter dem Unterpunkt „Leistungen" festgelegten Noten zum Teil widersprechen. Unabhängig hiervon wäre auch bei einer entsprechenden Unbestimmtheit des Zeugnisses der Anordnungsanspruch nicht gegeben, weil auch dann gegenwärtig nicht glaubhaft gemacht wäre, dass der Antragsteller Leistungen erzielt hat, die zur Versetzung führen.
Die nicht ausreichenden Leistungen des Antragstellers können auch nicht nach § 27 APO-S I ausgeglichen werden oder unberücksichtigt bleiben. Nach § 27 APO-S I wird eine Schülerin oder ein Schüler auch dann in die Klassen 7 bis 9 und die Einführungsphase der gymnasialen Oberstufe versetzt, wenn die Leistungen 1. in nicht mehr als einem der Fächer Deutsch, Mathematik, erste und zweite Fremdsprache mangelhaft sind und die mangelhafte Leistung durch eine mindestens befriedigende Leistung in einem anderen Fach dieser Fächergruppe ausgeglichen wird, 2. in nicht mehr als einem der übrigen Fächer nicht ausreichend sind oder 3. zwar in zwei der übrigen Fächer nicht ausreichend, darunter in einem Fach mangelhaft sind, aber dies durch eine mindestens befriedigende Leistung in einem Fach ausgeglichen wird. Der Antragsteller erfüllt sowohl die Voraussetzungen des § 27 Ziff. 1 APO-S I als auch die des § 27 Ziff. 3 APO- S I. Die genannte Vorschrift ist jedoch so zu verstehen, dass eine Versetzung erfolgt, wenn nur eine der drei alternativ genannten Ausgleichsmöglichkeiten erfüllt ist. Dies ergibt die Auslegung des § 27 APO-S I.
Der Wortlaut des § 27 APO-S I ermöglicht zwar auch die Auslegung, dass auch dann in die Einführungsphase der gymnasialen Oberstufe versetzt wird, wenn die Voraussetzungen von § 27 Ziff. 1 und 3 APO-S I kumulativ vorliegen, wie es im vorliegenden Fall gegeben

ist. Sinn und Zweck des § 27 APO-S I sprechen aber deutlich dafür, dass eine Versetzung nicht erfolgen soll, wenn die Voraussetzungen mehrerer Ziffern kumulativ vorliegen. § 27 APO-S I bildet eine Ausnahme von der Regel des § 22 Abs. 1 Nr. 1 APO- S I, nach der eine Schülerin oder ein Schüler versetzt wird, wenn die Leistungen in allen Fächern und Lernbereichen ausreichend oder besser sind. Der Ausnahmecharakter der Vorschrift ergibt sich bereits aus dem Wortlaut. Nach § 27 APO-S I wird eine Schülerin oder ein Schüler „auch dann" in die Klassen 7 bis 9 der Einführungsphase der gymnasialen Oberstufe versetzt, wenn gewisse Voraussetzungen vorliegen. Dem Ausnahmecharakter entspricht eine enge Auslegung der Vorschrift dahingehend, dass die Voraussetzungen des § 27 APO-S I nur alternativ erfüllt sein dürfen.
Die historische Auslegung deutet ebenfalls darauf hin, dass § 27 APO-S I so zu verstehen ist, dass eine Versetzung in die Einführungsphase der gymnasialen Oberstufe nur dann erfolgt, wenn die Ziffern Ziffer 1 und 3 lediglich alternativ vorliegen. Die Vorgängernorm des § 27 APO-S I, § 26 APO-S I a. F. vom 29. April 2005, GV.NRW. 2005, S. 551, war so formuliert, dass zwischen lit. a) und lit. b), welche inhaltlich § 27 Ziff. 1 und 2 entsprechen, das Wort „oder" stand. Nach § 26 APO-S I a. F. wurde eine Schülerin oder ein Schüler auch dann in die Klassen 7 bis 10 und in die Qualifikationsphase der gymnasialen Oberstufe versetzt, wenn die Leistungen a) in nicht mehr als einem der Fächer Deutsch, Mathematik, erste und zweite Fremdsprache mangelhaft waren und die mangelhafte Leistung durch eine mindestens befriedigende Leistung in einem anderen Fach dieser Fächergruppe ausgeglichen wurde oder b) in nicht mehr als einem der übrigen Fächer nicht ausreichend waren oder c) zwar in zwei der übrigen Fächer nicht ausreichend, darunter in einem Fach mangelhaft waren, aber dies durch eine mindestens befriedigende Leistung in einem Fach ausgeglichen wurde. Zwischen § 27 Ziffer 1 und Ziffer 2 APO-S I aktueller Fassung steht zwar das Wort „oder" nicht mehr. Für die nach der Lesart des Antragstellers damit verbundene weitreichende Erleichterung der Versetzungsmöglichkeiten gibt die Entstehungsgeschichte der aktuellen Verordnungsfassung jedoch nichts her. Die Änderung des Verordnungstextes ist nach den Angaben des Ministeriums für Schule und Weiterbildung des Landes Nordrhein-Westfalen (NRW) vielmehr nur erfolgt, weil die im Normsetzungsverfahren beteiligte Normprüfstelle, welche beim Ministerium für Inneres und Kommunales NRW angesiedelt ist, das Ministerium für Schule und Weiterbildung NRW aufgefordert hat, bei alternativen Aufzählungen lediglich einmal am Ende einer Aufzählung das Wort „oder" zu gebrauchen. Diese Erklärung erscheint vor dem Hintergrund, dass im „Handbuch der Rechtsförmlichkeit",
Vgl. Handbuch der Rechtsförmlichkeit, Herausgegeben vom Bundesministerium der Justiz, 3. Auflage 2008, (http://hdr.bmj.de/sitemap.html), Rn. 92,
auf das sich die Normprüfstelle nach den Angaben des Ministeriums für Schule und Weiterbildung NRW berufen hat, empfohlen wird, bei nummerierten alternativen Aufzählungen das Wort „oder" vor die letzte Voraussetzung einer Rechtsfolge zu setzen, plausibel.
Nach der im Eilverfahren nur möglichen summarischen Prüfung spricht nach alledem trotz des nicht eindeutigen Wortlauts des § 27 APO-S I derzeit alles dafür, dass dem Antragsteller ein Anspruch auf Versetzung in die Einführungsphase der gymnasialen Oberstufe nicht zusteht.
Der Hilfsantrag ist zulässig, aber unbegründet. Der Antragsteller hat das Bestehen eines Anspruchs nach § 23 Abs. 1 Satz 3 APO-S I auf eine Nachprüfungsmöglichkeit wahlweise in den Fächern Biologie oder Chemie nicht glaubhaft gemacht. Nach § 23 Abs. 1 Satz 3

APO-S I wählt die Schülerin oder der Schüler das Fach, in dem die Nachprüfung abgelegt werden soll, wenn für die Nachprüfung mehrere Fächer in Betracht kommen. Hier kommen nach § 23 jedoch nicht mehrere Fächer für die Nachprüfung in Betracht. Nach dieser Vorschrift spricht die Schulleiterin oder der Schulleiter die Zulassung zur Nachprüfung aus, wenn in einem einzigen Fach durch die Verbesserung der Note von „mangelhaft" auf „ausreichend" die Versetzungsbedingungen erfüllt würden. Auch bei einer erfolgreichen Nachprüfung im Fach Chemie oder Biologie wären jedoch die Versetzungsanforderungen des § 27 APO-S I immer noch nicht erfüllt. Es wären dann die Voraussetzungen des § 27 Nr. 1 und 2 kumulativ gegeben. Der Antragsteller kann jedoch nur dann versetzt werden, wenn lediglich die Voraussetzungen einer Ziffer des § 27 APO- S I erfüllt sind. Bei erfolgreicher Verbesserung der Note im Fach Mathematik - die entsprechende Nachprüfungsmöglichkeit wird dem Antragsteller ohnehin zugestanden - wären hingegen lediglich die Voraussetzungen des § 27 Ziff. 3 APO-S I noch erfüllt, und einer Versetzung würde nichts im Wege stehen.
Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO. Die Streitwertfestsetzung folgt aus §§ 53 Abs. 2 Nr. 1, 52 Abs. 1 und 2 des Gerichtskostengesetzes (GKG) und erfolgt in Höhe der Hälfte des in der Hauptsache anzusetzenden Auffangstreitwertes.
Zitiervorschlag:
VG Arnsberg Beschl. v. 27.7.2016 – 10 L 1152/16, BeckRS 2016, 49455

BeckRS 2016, 71561

BSG (1. Senat), Urteil vom 31.05.2016 - B 1 KR 17/15 R

Titel:
Rückforderung von Arbeitgebererstattungen wegen Entgeltfortzahlung
Normenketten:
AAG § 1 Abs. 1, § 4 Abs. 2, § 11 Abs. 1 Nr. 1
LFZG § 11 Abs. 2
Amtliche Leitsätze:
1. Öffentlich-rechtlich verfasste Arbeitgeber sind ungeachtet ihrer Tarifbindung vom System des Aufwendungsausgleichs wegen Krankheit ausgeschlossen.
2. Krankenkassen erringen Aufwendungsausgleichsleistungen grundsätzlich durch schlichtes Verwaltungshandeln, dürfen hierüber aber auch durch schriftlichen, schon nach seiner äußeren Gestalt formellen Verwaltungsakt entscheiden.
3. Krankenkassen haben nur nach der abschließenden Regelung des Aufwendungsausgleichsgesetzes Anspruch auf Rückerstattung rechtsgrundlos geleisteten Aufwendungsausgleichs.
Redaktionelle Leitsätze:
1. Die Krankenkassen erstatten Arbeitgeberaufwendungen wegen Entgeltfortzahlung im Wege schlichten Verwaltungshandelns.
2. Ein öffentlich-rechtlicher Rückforderungsanspruch wegen unrechtmäßiger Erstattung von Arbeitgeberaufwendungen ist durch Verwaltungsakt geltend zu machen.
3. Alle öffentlich-rechtlichen Anstalten sind vom Verfahren der Erstattung von Arbeitgeberaufwendungen für Entgeltfortzahlung ausgeschlossen.
Rechtsgebiete:

Arbeitsrecht, Sozialrecht

Schlagworte:

Entgeltfortzahlung, Arbeitgeberaufwendungen, Ausschluss vom Erstattungsverfahren, Rückerstattungsanspruch, schlichtes Verwaltungshandeln, Anstalt öffentlichen Rechts

vorgehend:

LSG Sachsen, Urteil vom 13.08.2014 - L 1 KR 192/11 (rechtskräftig)
SG Leipzig, Urteil vom 30.06.2011 - S 8 KR 4/10 (Rechtskraft: unbekannt)

Fundstellen:

BSGE 121, 185
LSK 2016, 71561
NZS 2017, 224

Rechtskraft:

rechtskräftig

Text1

BUNDESSOZIALGERICHT
B 1 KR 17/15 R
Im Namen des Volkes
Urteil
Verkündet am 31. Mai 2016
L 1 KR 192/11 (Sächsisches LSG)
S 8 KR 4/10 (SG Leipzig)
in dem Rechtsstreit
Sächsische Landesanstalt für privaten Rundfunk und neue Medien - SLM,
Ferdinand-Lassalle-Straße 21, 04109 Leipzig,
Klägerin und Revisionsklägerin,
Prozessbevollmächtigte: …
gegen
BKK-Landesverband Mitte - Arbeitgeberversicherung, Olvenstedter Chaussee 126, 39130 Magdeburg,
Beklagter und Revisionsbeklagter.
Der 1. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom 31. Mai 2016 durch den Richter Prof. Dr. Hauck als Vorsitzenden, die Richter Coseriu und Dr. Estelmann sowie die ehrenamtliche Richterin C.-T. und den ehrenamtlichen Richter M. für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Sächsischen Landessozialgerichts vom 13. August 2014 wird zurückgewiesen.
Kosten des Revisionsverfahrens sind nicht zu erstatten.

Gründe:

I

1 Die Beteiligten streiten über die Rückforderung erstatteter Arbeitgeberaufwendungen für Entgeltfortzahlung (U1-Verfahren).

2 Die Klägerin, eine Anstalt des öffentlichen Rechts nach sächsischem Landesrecht, nimmt Aufgaben nach dem Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien und dem Sächsischen Privatrundfunkgesetz wahr. Sie hat weniger als 30 Arbeitnehmer und

unterliegt keiner Tarifbindung nach den für die Beschäftigten des Bundes, der Länder und der Gemeinden geltenden Tarifverträgen (im Folgenden kurz: „Tarifbindung /tarifgebunden"). Die Klägerin beantragte, die von ihr bei Betriebskrankenkassen (BKKn) versicherten Arbeitnehmern in den Jahren 2006 bis 2008 geleistete Entgeltfortzahlung zu erstatten (Anträge vom 22.12.2006, 17.1.2007, 7.1.2008 und 23.4.2009). Der Rechtsvorgänger des beklagten BKK-Landesverbandes Mitte (bis 31.12.2009 BKK-Landesverband Ost; im Folgenden einheitlich: der Beklagte) erstattete der Klägerin daraufhin 9149,18 Euro. Später „lehnte" der Beklagte alle „Anträge ab" und forderte von der Klägerin 9149,18 Euro zurück (Bescheid vom 10.8.2009, Widerspruchsbescheid vom 8.12.2009), weil die Klägerin als rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts nicht erstattungsberechtigt sei. Das SG hat die Bescheide aufgehoben und den Beklagten zur Zahlung weiterer 71,16 Euro verurteilt. Nur tarifgebundene Anstalten des öffentlichen Rechts seien vom Erstattungsverfahren für geleistete Entgeltfortzahlung ausgeschlossen (Urteil vom 30.6.2011). Auf die Berufung des Beklagten hat das LSG die Klage abgewiesen: Die Klägerin sei als Anstalt des öffentlichen Rechts vom Erstattungsverfahren ausgenommen (§ 11 Abs. 1 Nr. 1 Aufwendungsausgleichsgesetz - AAG), auch wenn sie nicht tarifgebunden sei. Dem Beklagten stehe der Rückforderungsanspruch zu, ohne zu Zahlungen verpflichtet zu sein. Er habe die begehrten weiteren 71,16 Euro bereits auf den Antrag vom 23.4.2009 gezahlt und nun zu Recht zurückgefordert (Urteil vom 13.8.2014).

3 Die Klägerin rügt mit ihrer Revision die Verletzung des § 11 Abs. 1 Nr. 1 AAG. Für dessen Auslegung sei maßgebend, dass erst die Tarifbindung, nicht schon die öffentlich-rechtliche Organisationsform die Fähigkeit des Arbeitgebers gewährleiste, die finanzielle Last der Entgeltfortzahlung zu tragen.

4 Die Klägerin beantragt,
das Urteil des Sächsischen Landessozialgerichts vom 13. August 2014 aufzuheben und die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Sozialgerichts Leipzig vom 30. Juni 2011 zurückzuweisen,
hilfsweise,
das Urteil des Sächsischen Landessozialgerichts vom 13. August 2014 aufzuheben und den Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landessozialgericht zurückzuverweisen.

5 Der Beklagte beantragt,
die Revision zurückzuweisen.

6 Er hält die angefochtene Entscheidung für zutreffend.

II

7 Die zulässige Revision der klagenden Arbeitgeberin ist unbegründet (§ 170 Abs. 1 S 1 SGG). Das LSG hat zu Recht das SG-Urteil aufgehoben sowie die Anfechtungsklage und die damit kombinierte Leistungsklage auf Zahlung von 71,16 Euro abgewiesen. Der beklagte BKK-Landesverband durfte über die Leistung und Rückforderung des Aufwendungsausgleichs an die Klägerin entscheiden (dazu 1.). Er stellte rechtmäßig das Fehlen seiner Ausgleichspflicht für die von der Klägerin geleistete Entgeltfortzahlung fest, denn er „lehnte" es rechtmäßig „ab", der Klägerin 9149,18 Euro zu erstatten (dazu 2.) und forderte zu Recht diesen bereits gezahlten Betrag zurück (dazu 3.). Die Klägerin kann die begehrte Zahlung weiterer 71,16 Euro nicht beanspruchen, denn dieser Betrag ist nach den unangegriffenen, den erkennenden Senat bindenden (§ 163 SGG) Feststellungen

des LSG bereits Teil des ihr geleisteten und von ihr zurückgeforderten Erstattungsbetrags.

8 1. Der Beklagte ist dafür zuständig, über die Anträge der Klägerin auf Erstattung geleisteter Arbeitgeberaufwendungen für Entgeltfortzahlung und deren Rückforderung zu entscheiden. Allerdings ist er als länderübergreifender Landesverband (vgl. § 207 Abs. 3 und 5 SGB V) der BKKn mit Sitz in Berlin, Brandenburg, Bremen, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen (vgl. www.bkkmitte.de, abgerufen am 27.4.2016) selbst keine Krankenkasse (KK). Träger des Ausgleichs von Arbeitgeberaufwendungen bei Arbeitsunfähigkeit (AU) und in Mutterschaftsfällen sind grundsätzlich die KKn mit Ausnahme der landwirtschaftlichen KK (§ 1 Abs. 1 AAG mWv 1.1.2006; zur bis zum 31.12.2005 geltenden Rechtslage vgl. § 10 Abs. 1 Gesetz über die Fortzahlung des Arbeitsentgelts im Krankheitsfall - Lohnfortzahlungsgesetz <LFZG> vom 27.7.1969, BGBl I 946 nebst allen nachfolgenden Fassungen). Die KKn verwalten die hierfür vorgesehenen Mittel als Sondervermögen (§ 8 Abs. 1 S 1 AAG). Die KKn dürfen aber durch Satzungsregelung (vgl. § 9 Abs. 2 Nr. 5 AAG) die Durchführung der Verfahren über den Ausgleich der Arbeitgeberaufwendungen sowohl bei AU (§ 1 Abs. 1 AAG, U1-Verfahren) als auch in Mutterschaftsfällen (§ 1 Abs. 2 AAG, U2-Verfahren) auf eine andere KK oder einen KKn-Landes- oder Bundesverband übertragen (vgl. § 8 Abs. 2 S 1 AAG, bereits mWv 1.10.2005 gemäß Art 4 S 1 Gesetz über den Ausgleich von Arbeitgeberaufwendungen und zur Änderung weiterer Gesetze vom 22.12.2005 <BGBl I 3686>; vgl zum Ganzen BSG SozR 4-7862 § 9 Nr. 3 RdNr. 11). Die hier betroffenen BKKn (BKK Vereinigte Deutsche N. -Werke, BKK Energieverbund bis 31.12.2006 und nach deren Fusion an deren Stelle BKK Verbundplus seit 1.1.2007), deren Versicherte von der Klägerin Entgeltfortzahlung erhielten, haben nach dem Gesamtzusammenhang der insoweit unangegriffenen, den erkennenden Senat bindenden (§ 163 SGG) Feststellungen des LSG die Durchführung der U1- und U2-Verfahren in ihrer Satzung auf den Beklagten übertragen.

9 2. Der Beklagte stellte rechtmäßig das Fehlen seiner Leistungspflicht für die der Klägerin antragsgemäß erstattete Entgeltfortzahlung fest, indem er die Erstattungsanträge der Klägerin „ablehnte". Das folgt aus der sinngemäßen Auslegung dieser Entscheidung (dazu a). Der Beklagte entschied hierüber rechtmäßig (dazu b).

10 a) Die rechtliche Bedeutung der „Leistungsablehnung" nach antragsgemäßer Leistungsgewährung als Feststellung im dargelegten Sinne erschließt sich durch Auslegung unter Berücksichtigung des Regelungskontextes (zur Befugnis des Revisionsgerichts, den Verfügungssatz auszulegen, vgl. BSGE 96, 161 = SozR 4-2500 § 13 Nr. 8, RdNr. 12; BSG SozR 4-2500 § 133 Nr. 6 RdNr. 36; BSG SozR 4-2500 § 76 Nr. 3 RdNr. 8 m. w. N.). Der Beklagte entschied mit der „Leistungsablehnung" erstmals förmlich durch Verwaltungsakt über die Erstattungsanträge (dazu aa). Sinngehalt einer „Leistungsablehnung" nach antragsgemäßer Leistungsgewährung von Aufwendungsausgleich an einen Arbeitgeber für Entgeltfortzahlung ist die Feststellung, dass der Arbeitgeber den Anspruch nicht hat (dazu bb).

11 aa) Die Leistungsgewährung von Aufwendungsausgleich ohne Verwaltungsakt entspricht als Regelfall dem gesetzlichen Regelungsprogramm (dazu <1>). Ausnahmefälle, in denen von einer Gewährung aufgrund eines Verwaltungsakts

auszugehen ist, erfordern eine formell klar hierauf gerichtete Entscheidung (dazu <2>). Der Beklagte leistete der Klägerin antragsentsprechend ohne Verwaltungsakt (dazu <3>).

1 (1) Schon die seit 1969 in den §§ 10 ff LFZG geregelte Erstattung im U1- und U2-
2 Verfahren erfolgte regelmäßig durch schlichtes Verwaltungshandeln. Die KKn leisteten in der Regel gestützt auf die Arbeitgeberangaben und eine bloße Plausibilitätsprüfung (vgl. Fröhlingsdorf, KrV 1969, 302, 308 f; Bucher, DOK 1969, 796, 799), ohne eine der Bestandskraft fähige verbindliche Entscheidung über den Erstattungsanspruch des Arbeitgebers zu erlassen. Eine nähere Überprüfung der Arbeitgeberangaben erfolgte nur stichprobenartig im Rahmen von Betriebsprüfungen (Fröhlingsdorf, a. a. O., S 309; Bucher, a. a. O.). Das Erstattungsverfahren war zudem von Anbeginn an eng mit der Umlage- und Beitragserhebung verbunden, da KKn mit geschuldeten Umlagebeträgen und Gesamtsozialversicherungsbeiträgen aufrechnen durften (§ 13 Abs. 2 LFZG). Die KK konnte den Erstattungsbetrag zur Verrechnung mit künftig fällig werdenden Schulden dem Beitragskonto gutbringen (Bucher, a. a. O.). Dieser vom LFZG gebilligten „Kontokorrent-Situation" (vgl. BSG SozR 3-7860 § 11 Nr. 1 S 12) entsprach es, die Rückforderung geleisteter Erstattung zuzulassen, ohne auf die Notwendigkeit der Aufhebung einer Bewilligungsentscheidung einzugehen (vgl. zu § 11 Abs. 2 LFZG BSG SozR 3-7860 § 11 Nr. 1 S 12; s ferner Fisch wasser, BArbBl 1969, 540, 543, der vom „Rückforderungsrecht" spricht).

1 An dieser Konzeption hielt der Gesetzgeber des LFZG und später des AAG mit den
3 Regelungen über die Rückforderung der Erstattung (§ 4 Abs. 2 AAG) und die Aufrechnung (§ 6 Abs. 2 AAG) uneingeschränkt fest, auch nachdem das SGB X zum 1.1.1981 in Kraft trat (vgl. nur Begründung des Entwurfs eines AAG und zur Änderung weiterer Gesetze, BT-Drucks 16/39 S 13, Zu § 4 und Zu § 6). Dementsprechend gehen die Gesetzesmaterialien (a. a. O.) davon aus, dass der Arbeitgeber mit seinem materiellrechtlich bestehenden Erstattungsanspruch uneingeschränkt gegenüber Forderungen der KK aufrechnen kann. Mittlerweile untermauert auch die neu eingeführte Pflicht der KKn, dem Arbeitgeber Abrechnungsdifferenzen zu melden, die gesetzliche Konzeption einer Leistung von Aufwendungsersatz ohne Verwaltungsakt (s § 2 Abs. 2 S 3 und 4 AAG idF durch Art 6 Nr. 1 Fünftes Gesetz zur Änderung des Vierten Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze <5. SGB IV-ÄndG> vom 15.4.2015, BGBl I 583, mWv 1.1.2016). Danach hat die KK dem Arbeitgeber dann, wenn sie eine inhaltliche Abweichung zwischen ihrer Berechnung der Erstattung und dem Antrag des Arbeitgebers feststellt, diese durch Datenübertragung nach § 28a Abs. 1 S 3 SGB IV unverzüglich „zu melden". Die Gesetzesbegründung zu dieser Neuregelung verdeutlicht, dass der Gesetzgeber weiterhin von einer Kontokorrent-Situation ausgeht (s Entwurf der Bundesregierung eines 5. SGB IV-ÄndG, BT-Drucks 18/3699 S 43). Danach könnten die Arbeitgeber ohne eine detaillierte inhaltliche Rückmeldung der Abweichungen diese nicht dem einzelnen Beschäftigten zuordnen, so dass die letztendlichen Verrechnungen und die Erstattungsanträge immer abweichende Beträge enthielten. Dies führe bei den Unternehmen zu erheblichem Aufwand im Einzelfall, um die tatsächlichen Erstattungsgrundlagen festzustellen. Durch eine Rückmeldung der KKn zu den festgestellten Abweichungen werde dieser Aufwand zukünftig vermieden. Die Ausführungen setzen stillschweigend voraus, dass die KKn regelmäßig davon absehen, über jede

Erstattung durch Bewilligungsbescheid zu entscheiden.

14 (2) Von einer der Bestandskraft fähigen Bewilligungsentscheidung von Aufwendungsersatz ist ausnahmsweise erst dann auszugehen, wenn die zuständige Stelle (KK oder der KKn-Verband) hierüber eine schriftliche Entscheidung trifft, die schon nach ihrer äußeren Gestalt formell ein Verwaltungsakt ist. Das Erfordernis dient dazu, dem gesetzlichen Regelungskonzept zu folgen, die damit angestrebte Verwaltungspraktikabilität zu erreichen und eine rechtssichere Verwaltungspraxis zu gewährleisten. Es grenzt Entscheidungen, die zuständige Stellen als Verwaltungsakt gewollt und deshalb in Gestalt förmlicher schriftlicher Bescheide erlassen haben, klar von bloßen Meldungen über Abrechnungsdifferenzen (vgl. § 2 Abs. 2 S 3 und 4 AAG) beim „Dialogverfahren" im Rahmen der elektronischen Datenübermittlung ab (vgl. hierzu Entwurf der Bundesregierung eines 5. SGB IV-ÄndG, BT-Drucks 18/3699 S 43). Hierbei kann es nicht darauf ankommen, ob die KK ergänzende Ausführungen zu den von ihr gewährten Leistungen elektronisch, in Papierform oder mündlich kommuniziert. Die KK entscheidet dementsprechend nicht mittels Verwaltungsakts, wenn sie unter Angabe des Zwecks kommentarlos leistet, sei es im Rahmen des „Beitrags-Kontokorrents" oder sei es schlicht durch Überweisung eines Betrags auf das Konto des Arbeitgebers. Das gesetzliche Regelungskonzept lässt zugleich Entscheidungen der KK durch öffentlich-rechtliche Willenserklärung wie die Aufrechnung zu (vgl. § 6 Abs. 2 AAG).

15 Etwas anderes ergibt sich regelmäßig auch nicht daraus, dass das Gesetz ein besonderes Feststellungsverfahren der einbezogenen Arbeitgeber zulässt (§ 3 Abs. 1 S 1 AAG; zur entsprechenden Regelung im LFZG vgl. BSG SozR 7860 § 10 Nr. 2 S 10). Die zuständige KK hat danach jeweils zum Beginn eines Kalenderjahrs festzustellen, welche Arbeitgeber für die Dauer dieses Kalenderjahrs an dem Ausgleich der Arbeitgeberaufwendungen nach § 1 Abs. 1 AAG teilnehmen. Die Spitzenverbände der KKn vereinbaren gemeinsam und einheitlich Näheres über die Durchführung des Feststellungsverfahrens nach § 3 Abs. 1 AAG, ab 1.7.2008 regelt der Spitzenverband Bund der KKn das Nähere (vgl. § 3 Abs. 3 AAG aF und idF durch Art 41 Nr. 2 Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung <GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz> vom 26.3.2007, BGBl I 378). Die Spitzenverbände der KKn haben in Umsetzung des § 3 Abs. 3 AAG gemeinsam und einheitlich vereinbart, dass es einer förmlichen Feststellung über die Teilnahme eines Arbeitgebers am Ausgleichsverfahren der Arbeitgeberaufwendungen nach § 1 Abs. 1 AAG grundsätzlich nicht bedarf (Gemeinsames Rundschreiben der Spitzenverbände der KKn zum AAG vom 21.12.2005 idF vom 13.2.2006).

16 (3) Nach diesen Grundsätzen leistete der Beklagte auf die Anträge der Klägerin ohne Verwaltungsakt. Er überwies ihr insgesamt 9149,18 Euro ohne förmliche Bewilligungsentscheidung über Erstattungen von Arbeitgeberaufwendungen für Entgeltfortzahlung. Die Klägerin galt auch nicht kraft eines Festsetzungsbescheides als berechtigt, am Ausgleich der Arbeitgeberaufwendungen für Entgeltfortzahlung teilzunehmen (§ 3 Abs. 1 S 1 AAG). Weder der Beklagte noch ein anderer KKn-Verband noch eine sonstige KK erließen nach den unangegriffenen, den Senat bindenden (§ 163 SGG) Feststellungen des LSG einen solchen Bescheid.

17 Es ist schließlich unerheblich, dass die Deutsche Rentenversicherung Mitteldeutschland im Zuge einer die Jahre 2003 bis 2005 erfassenden Betriebsprüfung der Klägerin die Nachzahlung von Umlagebeträgen zum U1-

Verfahren auferlegte (Bescheid vom 13.3.2007). Diese Entscheidung betrifft schon formal einen anderen Zeitraum. Sie beinhaltet zudem keine Regelung über die Teilnahme der Klägerin am U1-Verfahren iS des § 3 Abs. 1 S 1 AAG. Eine solche Entscheidung wäre den zuständigen KKn oder KKn-Verbänden vorbehalten.

18 bb) Der Sinn der „Leistungsablehnung" nach antragsgemäßer Leistungsgewährung von Aufwendungsausgleich an einen Arbeitgeber für Entgeltfortzahlung ohne förmliche Verwaltungsentscheidung liegt in der Feststellung, dass der Arbeitgeber den Anspruch nicht hat, auf den hin die Leistungsgewährung erfolgte. Die Feststellung ist Grundlage der Rückforderung des Geleisteten. Zwar würde es hierfür auch genügen, die Rückforderung bloß mit dem Fehlen des Anspruchs zu begründen. Eine eigenständige Feststellung ist andererseits nicht ausgeschlossen und bei förmlicher Entscheidung der zuständigen Stelle rechtlich auch gewollt. So liegt es hier.

19 b) Der Beklagte stellte rechtmäßig fest, dass er der Klägerin für die beantragte und erstattete Entgeltfortzahlung nicht leistungspflichtig war. Er war zur Entscheidung mittels Verwaltungsakts formal befugt (dazu aa) und materiell berechtigt (dazu bb bis ee).

20 aa) Der Beklagte ist gegenüber der Klägerin befugt, über ihre Anspruchsberechtigung für beantragten Aufwendungsersatz - und entsprechend über Rückforderungen, vgl. dazu unten - durch Verwaltungsakt zu entscheiden. Ein solcher Anspruch ist nämlich öffentlich-rechtlicher Natur (vgl. § 51 Abs. 1 Nr. 8 SGG). Zudem besteht zwischen Beklagtem und Klägerin ein sozialversicherungsrechtsähnliches Subordinationsverhältnis (zum Erfordernis mangels ausdrücklicher Regelung vgl. BSG Urteil vom 8.9.2015 - B 1 KR 36/14 R - Juris RdNr. 9 m. w. N., vorgesehen für SozR 4-2500 § 140 Nr. 1). Die für die gesetzliche Krankenversicherung geltenden Vorschriften finden entsprechende Anwendung, soweit das AAG nichts anderes bestimmt (vgl. § 10 AAG). Der Beklagte gewährt Arbeitgebern nach Maßgabe der Vorschriften des AAG im U1-Verfahren eine als Erstattung bezeichnete umlagefinanzierte Leistung. Sie ist unter Berücksichtigung ihres sozialen Schutzzwecks zugunsten der umlagepflichtigen Arbeitgeber einer Sozialversicherungsleistung angenähert. Dementsprechend sind auch in Rechtsstreiten über den Aufwendungsausgleich im U1- und im U2-Verfahren die Arbeitgeber als Leistungsempfänger zum Kreis der nach § 183 SGG kostenprivilegierten Beteiligten zu zählen (vgl. BSG SozR 4-1500 § 183 Nr. 3 RdNr. 8 f; BSG SozR 4-1500 § 183 Nr. 9 RdNr. 22-23).

21 bb) Die Klägerin ist als öffentlich-rechtliche Anstalt vom Verfahren der Erstattung von Arbeitgeberaufwendungen für Entgeltfortzahlung ausgeschlossen. Sie ist eine rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts (vgl. § 27 Abs. 1 S 2 Sächsisches Privatrundfunkgesetz idF der Bekanntmachung vom 9.1.2001, SächsGVBl S 69, 684; ab 1.3.2007 idF durch Art 2 Nr. 5 Gesetz zum Neunten Rundfunkänderungsstaatsvertrag und zur Änderung des Sächsischen Privatrundfunkgesetzes vom 24.1.2007, SächsGVBl S 17, i. V. m. Bekanntmachung der Sächsischen Staatskanzlei über das Inkrafttreten von Staatsverträgen vom 21.6.2007, SächsGVBl S 300). Der Ausschluss öffentlich-rechtlich verfasster Rechtsträger greift nicht erst dann ein, wenn sie im og Sinne tarifgebunden sind. Sie sind schon kraft ihrer Rechtsform vom Ausgleichsverfahren (iS von § 1 Abs. 1 AAG) ausgeschlossen (vgl. § 11 Abs. 1 Nr. 1 AAG). Das folgt aus Wortlaut (dazu cc), Entwicklungsgeschichte (dazu dd), Regelungssystem und -zweck (dazu ee).

2 cc) Schon der klare Wortlaut des Gesetzes schließt alle öffentlich-rechtlichen
2 Anstalten vom Verfahren der Erstattung von Arbeitgeberaufwendungen für Entgeltfortzahlung aus, ohne zusätzlich auf ihre Tarifbindung abzustellen. Denn die öffentlich-rechtlichen Anstalten gehören zur zweiten der vier getrennten Gruppen von öffentlich-rechtlich geprägten Arbeitgebern, die die Regelung des § 11 Abs. 1 Nr. 1 AAG von der Anwendung des § 1 Abs. 1 AAG ausnimmt. Nur für die dritte Gruppe ist die Tarifbindung entscheidend. Die Vorschrift bestimmt (Unterstreichungen nicht im Original): „§ 1 Abs. 1 ist nicht anzuwenden auf 1. den Bund, die Länder, die Gemeinden und Gemeindeverbände sowie sonstige Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts sowie die Vereinigungen, Einrichtungen und Unternehmungen, die hinsichtlich der für die Beschäftigten des Bundes, der Länder oder der Gemeinden geltenden Tarifverträge tarifgebunden sind, sowie die Verbände von Gemeinden, Gemeindeverbänden und kommunalen Unternehmen einschließlich deren Spitzenverbände (...)". Der Gesetzgeber wählte die Form des Fließtextes, in dem die nebenordnende Konjunktion „sowie" die jeweiligen Gruppen abgrenzt. Er lehnte sich damit eng an die Ursprungsfassung des § 18 Nr. 1 LFZG aus dem Jahre 1969 an. Letztere ist - soweit hier von Interesse - im Wortlaut mit § 11 Abs. 1 Nr. 1 AAG fast identisch. Die neue Regelung hebt die gleichförmige Abgrenzung der Gruppen noch zusätzlich dadurch hervor, dass sie auch den die letzte Gruppe betreffenden Hauptsatzteil mit „sowie" einleitet, insoweit abweichend von § 18 Nr. 1 LFZG (dort „und"). Damit bevorzugte der Gesetzgeber die Kontinuität im Wortlaut gegenüber einer moderneren rechtsförmlichen Gestaltung, bei der Gruppen etwa durch textgestaltende Aufzählungszeichen (z. B. Spiegelstriche) oder Nummerierungen mit eigenen Zeilenanfängen hervorgehoben sind (vgl. Bundesministerium der Justiz <Hrsg>, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. Aufl. 2008, RdNr. 92 und 107).

2 dd) Die Entwicklungsgeschichte der Regelung bestätigt, dass sie alle öffentlich-
3 rechtlichen Anstalten ungeachtet ihrer Tarifbindung vom Aufwendungsausgleich U1 ausschließen will. § 11 AAG übernimmt die entsprechenden bisherigen Regelungen des § 18 LFZG und passt diese an die neue Rechtslage an. Durch die Neufassung in Abs. 1 werden die genannten Institutionen nur noch vom Verfahren „U1" ausgenommen (vgl. zum Ganzen Entwurf der Bundesregierung eines AAG und zur Änderung weiterer Gesetze, BT-Drucks 16/39, S 14 Zu § 11). Bereits nach der Entstehungsgeschichte der Vorläufervorschrift des § 18 LFZG nahm der Gesetzgeber vier Arbeitgebergruppen mit jeweils eigenen Tatbestandsvoraussetzungen vom Umlageverfahren aus. Der nicht Gesetz gewordene Ursprungsentwurf aus der 4. Legislaturperiode (Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes über die Fortzahlung des Arbeitsentgelts im Krankheitsfalle - Lohnfortzahlungsgesetz - vom 7.12.1962, BT-Drucks IV/817) sah in § 19 (Ausnahmevorschriften) vor, dass die Regelungen über das Verfahren des Ausgleichs der Arbeitgeberaufwendungen keine Anwendung finden „1. auf den Bund, die Länder, die Gemeinden und Gemeindeverbände sowie sonstige Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts (...)". Diesen Wortlaut übernahm der Entwurf der Fraktion der CDU/CSU eines Gesetzes über die Fortzahlung des Arbeitsentgelts im Krankheitsfalle und über Änderungen des Rechts der gesetzlichen Krankenversicherung in seinem Art 1 § 17 (vgl. BT-Drucks V/3985 S 4). Hingegen erweiterte Art 1 § 18 des Entwurfs der Fraktion der SPD zum gleichen Gesetzestitel (vgl. BT-Drucks V/3983 S 4 f) den bisherigen

Ausnahmetatbestand. Er ergänzte den ursprünglichen Gesetzentwurf um zwei weitere Fallgruppen der Ausnahmen („sowie die Vereinigungen, Einrichtungen und Unternehmungen, die hinsichtlich der für die Arbeiter des Bundes, der Länder oder der Gemeinden geltenden Tarifverträge tarifgebunden sind, und die Verbände von Gemeinden, Gemeindeverbänden und kommunalen Unternehmen einschließlich deren Spitzenverbände"; vgl. BT-Drucks V/3983 S 4 f). Dieser Entwurf wurde unverändert in das LFZG übernommen (vgl. auch schriftlicher Bericht des Ausschusses für Arbeit <19. Ausschuss> zu BT-Drucks V/4285, Zu Art 1, S 4 Zu § 18).

24 ee) Auch System und Zweck der Ausnahmevorschrift des § 11 Abs. 1 Nr. 1 AAG sprechen dafür, dass sie alle öffentlich-rechtlichen Anstalten ungeachtet ihrer Tarifbindung vom Aufwendungsausgleich U1 ausschließen will. Sie bezweckt, solche Arbeitgeber vom U1-Verfahren ungeachtet der Größe ihrer Belegschaft auszunehmen, die aus generellen Gründen nicht zwingend schutzbedürftig sind. Dies betrifft nach Auffassung des Gesetzgebers gerade auch die Arbeitgeber im „Bereich des öffentlichen Dienstes" (vgl. schriftlicher Bericht des Ausschusses für Arbeit, zu BT-Drucks V/4285, S 2 und S 3). Die Regelung des § 11 Abs. 1 Nr. 1 AAG will alle Arbeitgeber, die diesem Bereich nach einfach zu handhabenden formalen Kriterien zuzuordnen sind, von der Anwendung des AAG ausnehmen. Die Kriterien sind die Rechtsform (1. und 2. Gruppe), die Tarifbindung nach den für die Beschäftigten des Bundes, der Länder oder der Gemeinden geltenden Tarifverträgen (3. Gruppe) und eine spezifische Verbandsstruktur (4. Gruppe).

25 Es widerspräche dem Gesetzeszweck nachgerade, für die schon kraft Rechtsform zwingend ausgeschlossenen Rechtsträger noch eine qualifizierte Tarifbindung als zusätzliches Tatbestandsmerkmal vorzusehen. Dies wäre für die Gebietskörperschaften der 1. Gruppe überflüssig und würde bei der 2. Gruppe der sonstigen öffentlich-rechtlich verfassten Rechtsträger den Regelungszweck teilweise konterkarieren. Denn es wären dann ohne sachlichen Grund etwa als öffentlich-rechtliche Körperschaften verfasste Kirchen in das U1-Verfahren einbezogen, weil für diese nicht die Tarifverträge des Bundes, der Länder und Gemeinden kraft Tarifbindung gelten. Nach der Regelungsintention des Gesetzgebers sollen mit dem Erfordernis der Tarifbindung vielmehr zusätzlich nur solche Vereinigungen, Einrichtungen und Unternehmungen verwaltungspraktikabel erfasst werden, die zwar nicht nach ihrer Rechtsform, aber nach ihrer Tarifbindung dem öffentlichen Dienst zuzurechnen sind. Im Übrigen wäre es widersprüchlich und sinnwidrig, auch für die 1. Gruppe (Bund, Länder, Gemeinden, Gemeindeverbände) und für die 2. Gruppe (sonstige Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts) zusätzlich für den Ausschlusstatbestand eine qualifizierte Tarifbindung zu verlangen, entsprechend dem Gesetzeswortlaut nicht aber für die 4. Gruppe (Verbände von Gemeinden, Gemeindeverbänden und kommunalen Unternehmen einschließlich deren Spitzenverbände).

26 3. Der Beklagte verpflichtete die Klägerin zu Recht, 9149,18 Euro erstattete Aufwendungen für Entgeltfortzahlung zurückzuerstatten. Wie oben dargelegt durfte der Beklagte das Geleistete formal mittels Verwaltungsakts zurückfordern. Er ist hierfür zuständig und befugt, mittels Verwaltungsakts zu handeln. Er wählte formal diese Handlungsform. Einer Aufhebung einer Bewilligung bedurfte es nicht, da der Beklagte der Klägerin ohne förmliche Bewilligungsentscheidung geleistet hatte. Rechtsgrundlage des Rückforderungsanspruchs des Beklagten ist der öffentlich-

rechtliche Erstattungsanspruch i. V. m. § 4 Abs. 2 AAG (dazu a). Dessen Voraussetzungen sind in voller Höhe von 9149,18 Euro erfüllt (dazu b).

27 a) Die Regelung des § 4 Abs. 2 AAG setzt den öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch als Rechtsgrundlage voraus, ergänzt ihn und formt ihn näher für die Rückforderung geleisteten Aufwendungsersatzes aus. Gleiches hat der erkennende Senat bereits zur wortgleichen Vorgängerregelung des § 11 Abs. 2 LFZG entschieden (vgl. BSG SozR 3-7860 § 11 Nr. 1 S 10 f). Er führt diese Rechtsprechung unverändert für das AAG fort. Der Gesetzgeber des AAG übernahm im Wesentlichen die entsprechenden bisherigen Regelungen des § 11 LFZG. Bei den Änderungen handelt es sich lediglich um redaktionelle Anpassungen (vgl. Begründung des Entwurfs der Bundesregierung eines AAG und zur Änderung weiterer Gesetze, BT-Drucks 16/39 S 13, Zu § 4).

28 Der im öffentlichen Recht auch ohne ausdrückliche Normierung seit langem anerkannte öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch setzt voraus, dass im Rahmen eines öffentlichen Rechtsverhältnisses Leistungen ohne rechtlichen Grund erbracht oder sonstige rechtsgrundlose Vermögensverschiebungen vorgenommen worden sind (vgl. BSGE 109, 236 = SozR 4-5560 § 17b Nr. 2, RdNr. 11 m. w. N.). § 4 Abs. 2 AAG setzt diesen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch als Rechtsgrundlage voraus (vgl. entsprechend zu § 11 Abs. 2 LFZG BSG SozR 3-7860 § 11 Nr. 1 S 10 f) und ergänzt ihn um folgende Regelungen: „Die Krankenkasse hat Erstattungsbeträge vom Arbeitgeber insbesondere zurückzufordern, soweit der Arbeitgeber 1. schuldhaft falsche oder unvollständige Angaben gemacht hat oder 2. Erstattungsbeträge gefordert hat, obwohl er wusste oder wissen musste, dass ein Anspruch nach § 3 Abs. 1 und 2 oder § 9 Abs. 1 des Entgeltfortzahlungsgesetzes oder nach § 11 oder § 14 Abs. 1 des Mutterschutzgesetzes nicht besteht. Der Arbeitgeber kann sich nicht darauf berufen, dass er durch die zu Unrecht gezahlten Beträge nicht mehr bereichert sei. Von der Rückforderung kann abgesehen werden, wenn der zu Unrecht gezahlte Betrag gering ist und der entstehende Verwaltungsaufwand unverhältnismäßig groß sein würde." Abgesehen von den Bagatellfällen hat die nach dem AAG zuständige Stelle danach jede ohne Rechtsgrund erfolgte Erstattungsleistung zwingend zurückzufordern. Diese eigene, abschließende Regelung des AAG geht den allgemeinen Vorschriften des § 50 SGB X vor (§ 37 S 1 SGB I) und schließt deren Anwendung aus (vgl. zu § 11 Abs. 2 LFZG BSG SozR 3-7860 § 11 Nr. 1 S 11 ff). Der Arbeitgeber, der Leistungen des Aufwendungsausgleichs empfangen hat, kann sich nicht auf Vertrauensschutz wegen bloß einfacher Fahrlässigkeit oder Gutgläubigkeit berufen (vgl. zu § 11 Abs. 2 LFZG BSG SozR 3-7860 § 11 Nr. 1 S 11 ff; im Ergebnis ebenso bereits Kaiser, LFZG, 1970, Art 1 § 11 RdNr. 10). Die Einrede der Entreicherung in entsprechender Anwendung des § 818 Abs. 3 BGB ist ausgeschlossen. Auch ist die Rückforderung nicht daran geknüpft, dass eine der in § 4 Abs. 2 S 1 AAG ausdrücklich aufgeführten Fälle erfüllt ist. Mit der bewussten Einfügung des Wortes „insbesondere" in § 11 Abs. 2 S 1 LFZG wollte der Gesetzgeber klarstellen, dass neben den dort zwingend vorgeschriebenen Fällen die Rückforderung von Erstattungsbeträgen aus anderen Gründen nicht ausgeschlossen werden soll (vgl. schriftlicher Bericht des Ausschusses für Arbeit <19. Ausschuss> zu BT-Drucks V/4285, Zu Art 1, S 4 Zu § 11; s ferner Fischwasser, BArbBl 1969, 540, 543).

29 b) Die Klägerin empfing nicht geringfügige Beträge von insgesamt 9149,18 Euro Aufwendungserstattung vom Beklagten ohne Rechtsgrund. Der Beklagte stellte

rechtmäßig fest, dass sie hierauf keinen Anspruch hat - wie ausgeführt (vgl. oben II. 2). Gründe wie etwa Verjährung (§ 6 Abs. 1 AAG) oder Verwirkung, die der Geltendmachung des Anspruchs entgegenstehen könnten, sind nach den vom LSG getroffenen bindenden (§ 163 SGG) Feststellungen weder ersichtlich noch von den Beteiligten dargetan.

30 4. Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG (zur Nichtanwendbarkeit des § 197a SGG vgl. BSG SozR 4-1500 § 183 Nr. 3 RdNr. 8 f; BSG SozR 4-1500 § 183 Nr. 9 RdNr. 22-23).

Zitiervorschlag:
BSG Urt. v. 31.5.2016 – B 1 KR 17/15 R, BeckRS 2016, 71561

BeckRS 2016, 45818

OVG Lüneburg (Senat), Urteil vom 31.03.2016 - 10 LB 32/14

Titel:
Kürzung der Betriebsprämie 2011 wegen eines vorsätzlichen CC Verstoßes durch ungenehmigten Dauergrünlandumbruch

Normenketten:
VO (EG) 1122/2009 Art. 3, 72
VO (EG) 73/2009 Art. 4
DG ErhVO § 2
DirektZahlVerpflG § 3 Abs. 1 S. 1
GG Art. 82 Abs. 1 S. 2
VwGO § 113 Abs. 1 S. 1
VwVfG § 1 Abs. 1
VwVfG § 43

Amtliche Leitsätze:
1. Zu den Voraussetzungen, unter denen die Wirksamkeit einer Norm vom Eintritt einer Bedingung abhängig sein kann. (amtlicher Leitsatz)
2. Für den Umbruch von Dauergrünland bestand in Niedersachsen im Jahr 2011 eine formell wirksame Genehmigungspflicht nach § 2 Abs. 1 DG ErhVO. (amtlicher Leitsatz)
3. Der Umbruch von Dauergrünland war im Jahr 2011 auch materiell genehmigungspflichtig. Zwar handelt es sich bei der Bekanntmachung des Bedingungseintritts für die Genehmigungspflicht nach § 2 Abs. 1 DG ErhVO lediglich um eine dekaratorische Feststellung im Sinne einer Allgemeinverfügung, der ausnahmsweise keine Tatbestandswirkung zukommt und deren inhaltliche Richtigkeit gerichtlich überprüft werden kann; die Bekanntmachung war im Jahr 2011 aber inhaltlich richtig. (amtlicher Leitsatz)
4. Zu den Voraussetzungen für einen vorsätzlichen ungenehmigten Umbruch von Dauergrünland. (amtlicher Leitsatz)
5. Der Zahlstelle ist nach Art. 72 Abs. 1 UAbs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1122/2009 erst dann ein Ermessen eröffnet, vom Regelkürzungssatz abzuweichen, wenn hinreichend gewichtige Anhaltspunkte für das Vorliegen eines Ausnahmefalles bestehen. (amtlicher Leitsatz)
6. Die Sanktion wegen eines im Jahr 2011 vorsätzlich begangenen CC Verstoßes (Dauergrünlandumbruch) ist nicht durch spätere mildere Normen entfallen oder zumindest zu begrenzen. (amtlicher Leitsatz)

Rechtsgebiete:
Sonstiges besonderes Verwaltungsrecht, Europarecht, ausl. Recht, Völkerrecht, Verwaltungsverfahren und -prozess
Schlagworte:
Agrarbeihilfe, Kürzung, Ungenehmigter Umbruch, Dauergrünland, Ermessen
Fundstellen:
LSK 2016, 45818
NordÖR 2016, 340 (Ls.)
ECLI:
ECLI:DE:OVGNI:2016:0331.10LB32.14.0A
Rechtskraft:
rechtskräftig

Leitsatz:
[1] Der Kläger wendet sich gegen die Kürzung seiner Betriebsprämie für das Antragsjahr 2011 um noch 17% von insgesamt 20% wegen eines vorsätzlichen ungenehmigten Umbruchs von Dauergrünland (= DGL) im Umfang von 1,47 ha in dem Feldblock DENILI 04111300015 (= 15) Anfang Mai 2011.
[2] Er bewirtschaftete u. a. im Jahr 2011 wie in den Vorjahren einen großen landwirtschaftlichen Betrieb, überwiegend mit Maisanbau, auf insgesamt über 350 ha in A. (Landkreis Osterholz) und wurde dabei u. a. von dem Zeugen B. als Agrarberater unterstützt.

3 Dieser führte bereits im Jahr 2010 mit der Beklagten eine Korrespondenz über einzelne vom Kläger in dessen Sammelantrag vom 14. Mai 2010 angegebene Flächen. So teilte der Zeuge B. der örtlichen Bewilligungsstelle der Beklagten am 26. Mai 2010 u. a. mit, dass der Kläger die tatsächliche Nutzung zweier Ackerschläge (Nrn. 3 und 4) unzutreffend angegeben habe und die Dauergrünlandfläche des Schlages 68 zur Größe von 1,44 ha in eine Ackernutzung (Codierung 411) überführen wolle. Im Austausch werde die „als Ackergras (Code 424) genutzte" Fläche des Schlages 3 zur Größe von 1,47 ha unter der Code-Nr. 441 in eine Dauergrünlandfläche umgewidmet. Er bitte um Mitteilung, ob diesem Vorhaben Meldefristen entgegenstehen. Ein Mitarbeiter der Bewilligungsstelle wies den Zeugen B. am 31. Mai 2010 telefonisch darauf hin, dass ein Änderungsantrag und ein Antrag auf Genehmigung des Dauergrünlandumbruchs zu stellen seien. Daraufhin stellte der Zeuge B. am 31. Mai 2010 für den Kläger einen Antrag auf Änderung bzw. Berichtigung des Sammelantrages 2010 für die Schläge 3 und 4 (nunmehr jeweils wieder Kultur-Code 424 und Kulturbezeichnung Ackergras) - dem nachfolgend entsprochen wurde -, aber keinen Antrag auf Genehmigung des DGL-Umbruchs (für den Schlag 68 oder einen anderen).

4 Nach einer erstinstanzlich eingeholten schriftlichen Stellungnahme des Landkreis Osterholz vom 31. Oktober 2012 führte der Zeuge B. im Frühjahr 2011 mit der Zeugin C., Mitarbeiterin der unteren Naturschutzbehörde, mehrere Telefonate, bei denen es um Genehmigungsbedürftigkeit und -fähigkeit eines Dauergrünlandumbruchs ging. Danach erkundigte sich der Zeuge B. in einem ersten, jedenfalls vor dem Mai 2011 geführten Telefongespräch generell nach den Genehmigungsvorschriften zum Dauergrünlandumbruch und den Konsequenzen eines Umbruchs, der ohne Antragstellung durchgeführt worden sei. Herr B. habe in diesem Gespräch die ungefähre Lage der Fläche beschrieben (A., Hüttendorf, i. d.

Nähe des Bahnübergangs). Flurstücksangaben oder einen Flächenbewirtschafter habe er jedoch nicht genannt. Die Zeugin C. habe - wie bei allen Beratungsgesprächen - Herrn B. darauf hingewiesen, dass eine abschließende Aussage zur Genehmigungsfähigkeit immer erst nach Prüfung eines Umbruchantrages mit konkret bezeichneter Umbruchfläche getroffen werde. Im Rahmen einer formlosen Voranfrage vor Antragstellung bei der Beklagten könne aufgrund des hohen Bearbeitungsaufwandes und der Spezifika eines jeden Umbruchvorhabens keine abschließende Beurteilung erfolgen. Weiterhin habe Frau C. Herrn B. dazu geraten, die umgebrochene Fläche wieder als Grünland anzusäen, da ein „Grünlandumbruch" zur Neueinsaat keiner Genehmigung durch die Beklagte bedürfe und insoweit kein Cross Compliance-relevanter Verstoß vorliegen würde. Der Antrag auf Umwandlung in Ackerland könne im nächsten Antragsjahr gestellt werden. Abschließend habe Frau C. Herrn B. darauf verwiesen, Auskünfte über das Genehmigungsverfahren für einen Dauergrünlandumbruch bei der örtlichen Bewilligungsstelle der Beklagten einzuholen. Nach diesem ersten Beratungsgespräch habe Frau C. in einem späteren Telefonat mit Herrn B. erfahren, dass auf der Fläche zwischenzeitlich Mais angesät worden sei. Ob das zweite Gespräch vor oder nach dem 15. Mai 2011 geführt worden sei, habe sie nicht mehr sagen können. Zumindest bei einem dieser beiden Telefonate habe sie Herrn B. nähere Einzelheiten zu den naturschutzfachlichen und wasserrechtlichen Aspekten der Genehmigungsfähigkeit mitgeteilt.

5 Am 11. Mai 2011 stellte der Kläger den von ihm am 10. Mai 2011 unterzeichneten Sammelantrag 2011 für Flächen von insgesamt 357,04 ha; ihm standen dabei 317,47 Zahlungsansprüche zur Verfügung. U. a. meldete er den im o.a. Feldblock 15 gelegenen Schlag 669 mit einer Größe von 1,47 ha, dem Kultur-Code 411 und der Kulturbezeichnung „Silomais als Futterfläche" an. Zu diesem Zeitpunkt hatte der Kläger nach eigenen Angaben auf dem Schlag 669 bereits Mais angesät.

6 Für diesen Schlag war allerdings im Antragsformular der Status „DGL" vorgegeben, da er nach Aktenlage (vgl. Bl. 208 Beiakte (= BA) A) „in den Sammelanträgen von 2005 bis 2010 mit 452 (Mähweide) codiert" und tatsächlich entsprechend genutzt wurde (vgl. das Luftbild Bl. 198 BA A).

7 Der Kläger gab als Anlage 8 zum Sammelantrag ergänzend eine „Mitteilung zu Feldblöcken bzw. Schlägen mit fehlerhaftem Grünlandstatus 2010" ab. Darin erklärte er zum Schlag 669, „nach seiner Ansicht habe dieser Schlag den Status Acker". Unter der Rubrik 6 ist vermerkt: „sonstiges/Acker zu Dauergrünland" (vgl. Bl. 192 BA A).

8 Ergänzend meldete der Kläger den Feldblock DENILI 0511300092 (= 92) mit der Größe von 1,47 ha unter dem Code 441 und der Kulturbezeichnung „DGL-Ersatzfläche Umb" an (vgl. Bl. 175 BA A).

9 Am 30. Mai 2011 stellte der Zeuge B. für den Kläger einen Änderungsantrag. Darin gab er u. a. für den Schlag 669 nunmehr den Code „451" und die Kulturbezeichnung „Mähweide" an (vgl. Bl. 193, 195 BA A). Am selben Tag teilte der Zeuge B. der Beklagten per E-Mail mit: „Der Betriebsleiter stellt keinen Antrag auf Grünlandumbruch für 2011 zurück und möchte den Agrarantrag 2011 dahingehend ändern: …" Der Schlag 669 „behalte somit Grünlandstatus (Codierung 452 bzw. 451)". Andere Schläge behielten den Ackerstatus (411 bzw. 424).

10 Ein Mitarbeiter der Beklagten erwiderte noch am selben Tag, dass bei der Beklagten kein Antrag auf Genehmigung des Umbruchs von Dauergrünland vorliege. Der

Zeuge B. bestätigte dies und erklärte, dass der Landkreis Osterholz über den Umbruch informiert worden sei. Der Landkreis habe ihm mitgeteilt, dass eine Genehmigung vor dem 16. Mai 2011 (dem letzten Tag der Antragsfrist) wohl nicht mehr zu schaffen sei (Vermerk Bl. 196 BA A).

11 Die Beklagte veranlasste deshalb eine Vor-Ort-Kontrolle der betroffenen Fläche. Die
1 Prüfer stellten am 1. Juni 2011 fest, dass sich auf dem Schlag 669 Maispflanzen im „6-Blatt-Stadium" befänden; der Schlag müsse somit Anfang Mai mit Mais bestellt worden sein.

11 Mit Schreiben vom 10. August 2011 hörte die Beklagte den Kläger zu ihrer Absicht
2 an, die Betriebsprämie 2011 wegen eines ungenehmigten Dauergrünlandumbruchs zu kürzen. Aufgrund der Fallumstände gehe sie von einem vorsätzlichen Verstoß aus. Hierfür sei grundsätzlich eine Kürzung von 20% vorgeschrieben.

11 Der jetzige Prozessbevollmächtigte des Klägers räumte mit Schreiben vom 6.
3 September 2011 den ungenehmigten Umbruch ein, wandte sich aber gegen die Annahme eines vorsätzlichen bzw. absichtlichen Verstoßes. Das Problem mit der fehlenden Antragstellung sei offenbar entstanden, weil Unklarheiten über den Verfahrensablauf bestanden hätten bzw. noch bestünden. Nach den Empfehlungen der örtlichen Bewilligungsstelle der Beklagten und des Landkreises Osterholz sei es ratsam, vor der eigentlichen Antragstellung nach der Dauergrünland-Erhaltungsverordnung bereits eine eigene Prüfung durch das Naturschutzamt des Landkreises zu veranlassen. Daher hätten sich der Kläger bzw. sein Berater Herr B. zunächst mit dem Naturschutzamt des Landkreises Osterholz in Verbindung gesetzt und dort im Mai 2011 die Auskunft erhalten, dass innerhalb kurzer Zeit - also noch rechtzeitig im Hinblick auf das Prämienverfahren 2011 - eine Prüfung durch das Naturschutzamt nicht mehr zu leisten sei. Deshalb habe der Kläger seinerzeit auch keinen formellen Antrag bei der Beklagten mehr eingereicht. Wäre der Kläger bzw. sein Berater Herr B. gleich auf den richtigen Verfahrensweg verwiesen worden, hätten sie rechtzeitig den erforderlichen Antrag bei der Beklagten gestellt. Sie hätten dann innerhalb der vorgegebenen Frist zur Einholung des Benehmens von zwei Wochen - hoffentlich - die Bearbeitung und letztlich die Bewilligung des Dauergrünlandumbruchs voranbringen können. Bei der Bewertung der Angelegenheit müsse auch ins Gewicht fallen, dass „auf der Betriebsebene der Dauergrünlandanteil nicht verringert worden sei". Der tatsächlich umgebrochenen Dauergrünlandfläche zur Größe von 1,47 ha stünden deutlich größere, mit „Ackerstatus" versehene Ersatzflächen gegenüber, die im hier betroffenen Antragsjahr 2011 nicht ackerbaulich genutzt worden seien. Aufgrund eines „Kommunikationsproblems" habe der Kläger die schon mit Mais bestellte Antragsfläche nicht umgehend wieder bis zum 1. Juni 2011 als „Dauergrünland" hergerichtet.

11 Ergänzend stellte der Kläger im September 2011 nachträglich einen Antrag auf
4 Genehmigung des Umbruchs von Dauergrünland für den Schlag 669. Mit bestandskräftigem Bescheid vom 16. März 2012 lehnte die Beklagte diesen Antrag unter Verweis auf die Stellungnahme des Landkreises Osterholz vom 14. März 2012 ab. Denn die bereits umgebrochene Fläche diene innerhalb des EU-Vogelschutzgebietes „Hammeniederung" der Feldlerche als Lebensraum. Für eine solche Fläche könne der Umbruch aus naturschutzfachlicher Sicht nach einem Erlass des Niedersächsischen Umweltministeriums vom 12. August 2011 nicht genehmigt werden.

15 Mit Bescheid vom 15. Dezember 2011 bewilligte die Beklagte dem Kläger für das Antragsjahr 2011 eine Betriebsprämie in Höhe von 80.042,58 EUR. Entsprechend ihrer Ankündigung kürzte sie den Beihilfebetrag wegen eines vorsätzlichen Cross Compliance-Verstoßes - durch ungenehmigten DGL-Umbruch - um 20% entsprechend 20.010,64 EUR (vgl. Anlagen 5 und 7, Bl. 296 und 300 BA A).

16 Am 27. Dezember 2011 hat der Kläger Klage erhoben, mit der er eine weitere Betriebsprämie in Höhe von 17.009,04 EUR begehrt, d. h. er hat eine Kürzung in Höhe von 3% wegen eines fahrlässigen Verstoßes akzeptiert.

17 Er verwahre sich jedoch weiterhin gegen den Vorwurf, vorsätzlich gehandelt zu haben. Er habe seinen betrieblichen Berater Herrn B. beauftragt, vor der Einreichung des eigentlichen Genehmigungsantrages zunächst mit der Unteren Naturschutzbehörde des Landkreises Osterholz „auf kurzem Wege" abzuklären, ob dort gegen den Umbruch erhebliche Bedenken geltend gemacht würden oder ob dieser als unproblematisch behandelt würde. Hierzu habe es telefonisch positive Signale gegeben, da ein besonderes Problem im Zusammenhang Moor-Grünland für den Schlag 669 offenbar nicht gesehen worden sei. Im Vertrauen auf diese Auskunft, die ihm sein Berater übermittelt habe, habe er den Umbruch veranlasst und Anfang Mai 2011 die Bestellung mit Mais vorgenommen; zu seiner Überraschung sei die Genehmigung nachträglich abgelehnt worden. Er habe den Antrag auf Genehmigung des Umbruchs von Dauergrünland Anfang Mai 2011 allerdings noch nicht eingereicht gehabt. Er habe in seinem für hiesige Verhältnisse sehr großen landwirtschaftlichen Betrieb mit einer Vielzahl von Flächen den Kopf mit der Frühjahrsbestellung voll gehabt und diesen Umstand leider vollständig übersehen. Dass er insoweit nicht vorsätzlich, sondern im guten Glauben gehandelt habe, belege auch der Umstand, dass er in der Anlage 1a seines Sammelantrages 2011 die Schläge 3 und 4, die nicht als Dauergrünland ausgewiesen gewesen seien, mit den Ziffern „424" (Feld-/Ackergras) bzw. „441" (Dauergrünland Ersatzfläche Umbruch) codiert habe. Das habe aus seiner Sicht nur dann einen Sinn ergeben, wenn er hierdurch den erforderlichen Ausgleich durch Schaffung von neuem Dauergrünland für den Umbruch des Schlages 669 vorgenommen habe. Dieses Verhalten lasse sich nur damit erklären, dass ihm bei der Antragstellung nicht präsent gewesen sei, dass er den erforderlichen Genehmigungsantrag für den Umbruch noch gar nicht gestellt hatte. Dies habe sich erst im Nachhinein nach Rücksprache der Bewilligungsstelle der Beklagten mit ihm bzw. Herrn B. herausgestellt. Im Übrigen sei in vergleichbaren Fällen auch „nur" von einem fahrlässigen Verstoß mit der Folge einer Kürzung von 3% ausgegangen worden.

18 Der Kläger hat beantragt,

den Bewilligungsbescheid der Beklagten vom 15. Dezember 2011 zu ändern und die Beklagte zu verpflichten, ihm eine weitere Betriebsprämie 2011 in Höhe von 17.009,04 EUR zuzüglich 0,5% Zinsen auf den Betrag von 17.000, - EUR für jeden vollen Monat ab Klageerhebung zu bewilligen.

19 Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

20 Sie hat ihre Annahme verteidigt, dass der Kläger vorsätzlich gehandelt habe, und insoweit zur näheren Begründung vorgetragen: Der Kläger habe sowohl den ohne die erforderliche Genehmigung erfolgten Umbruch von Dauergrünland auf dem Schlag 669 vorsätzlich begangen als auch nachfolgend bewusst eine falsche Nutzung dieses Schlages in seinem Änderungsantrag angegeben. Der Kläger bzw.

sein Berater Herr B. sei spätestens seit dem Telefonat vom 31. Mai 2010 über das bestehende Genehmigungserfordernis eines Umbruchs von Dauergrünland informiert gewesen. Herr B. habe zuvor auch für andere Landwirte Anträge auf die Genehmigung eines Dauergrünlandumbruchs eingereicht, so dass zumindest er als Berater und Bevollmächtigter des Klägers von dem Genehmigungserfordernis gewusst habe. Der Kläger müsse sich diesbezügliche Kommunikationsprobleme zurechnen lassen. Der Zeitpunkt des Grünlandumbruchs könne nach Aktenlage nicht genau bestimmt werden; nach dem Ergebnis der Besichtigung der Fläche am 1. Juni 2011 sei der Schlag bereits spätestens Anfang Mai 2011 mit Mais bestellt gewesen und demnach in unbekannter Zeit davor umgebrochen worden. Da die Fläche im System mit einem Dauergrünlandstatus - „DGL" - registriert sei, im Sammelantrag i. d. F. vom 11. Mai 2011 jedoch davon abweichend „Silomais" als Nutzung eingetragen gewesen sei, wäre dieser Sachverhalt bei den automatisch durchgeführten Datenabgleichen aufgefallen. Nach dem Änderungsantrag vom 30. Mai 2011 habe die Codierung wieder auf eine Grünland-Codierung geändert werden sollen. Damit wäre der Umbruch bei einem Abgleich ohne eine Ortsbesichtigung nicht mehr aufgefallen. Es dränge sich hier der Verdacht auf, dass die nachträgliche Änderung der Codierung allein zu dem Zweck erfolgt sei, den Umbruch aus dem System heraus nicht mehr erkennbar zu machen. Es sei damit wissentlich eine falsche Antragsangabe vorgenommen worden, um Sanktionen zu umgehen. Auch aufgrund der Angaben des Klägers im Sammelantrag des Vorjahres 2010 sei nicht glaubhaft, dass er den ungenehmigten Umbruch aus Unwissenheit vorgenommen habe. Schließlich bestätige auch die vom Gericht eingeholte Stellungnahme des Landkreises Osterholz, dass der Kläger Anfang Mai 2011 eine Maisaussaat in dem Wissen vorgenommen habe, keine Genehmigung für den damit erfüllten Umbruch von Dauergrünland zu besitzen.

21 Unerheblich sei, dass der Anteil an (Dauer)Grünland auf der Betriebsebene im Jahr 2011 nicht verringert worden sei. Ein Dauergrünlandumbruch dürfe nur und erst dann durchgeführt werden, wenn dem Landwirt hierfür eine Genehmigung der Beklagten vorliege. Bei der Antragstellung seien innerhalb der Bundesländer Niedersachsen oder Bremen gelegene Ersatzflächen anzugeben. Ihre Anlage sei Bestandteil der Genehmigung. Schließlich hätte der Kläger bis zur örtlichen Besichtigung Anfang Juni 2011 genügend Zeit gehabt, die Fläche wieder mit Gras einzusäen, wenn er dies beabsichtigt hätte.

22 Die erfolgte Kürzung von 20% dürfe nur in Abstimmung mit dem zuständigen übergeordneten Fachbereich der Zentrale der Beklagten verhängt werden - dies sei hier im November 2011 per E-Mail geschehen. So seien eine zusätzliche Kontrolle und zugleich eine landesweit einheitliche Praxis gewährleistet.

23 Das Verwaltungsgericht Stade - 6. Kammer - hat der Klage durch Urteil vom 21. November 2012 teilweise stattgegeben und die Beklagte verpflichtet, dem Kläger eine weitere Betriebsprämie in Höhe von 5.002,66 EUR nebst Zinsen zu bewilligen; im Übrigen hat es die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat das Verwaltungsgericht im Wesentlichen ausgeführt: Der Kläger habe die Verpflichtung zur Erhaltung des Dauergrünlands im Antragsjahr 2011 vorsätzlich nicht eingehalten. Sowohl ihm als auch seinem Vertreter und Berater, Herrn B., sei im Antragsjahr 2011 bekannt gewesen, dass für den Umbruch des Dauergrünlands auf dem Schlag 669 eine Genehmigung der Beklagten erforderlich gewesen sei. Dies habe Herr B. den Telefongesprächen, die er mit dem Landkreis Osterholz und der

Beklagten geführt habe, entnehmen können. Die Erforderlichkeit einer Umbruchgenehmigung sei Herrn B. zudem bereits aus dem Vorjahr bekannt. Es sei davon auszugehen, dass Herr B. den Kläger über diese Telefongespräche unterrichtet habe. „Selbst wenn dies nicht geschehen wäre, müsse sich der Kläger das Verschulden seines Vertreters wie eigenes zurechnen lassen." Bei einem vorsätzlichen Verstoß belaufe sich die vorzunehmende Kürzung in der Regel auf 20%. Die Zahlstelle könne jedoch auf der Grundlage der Bewertung durch die zuständige Kontrollbehörde im bewertenden Teil des Kontrollberichts beschließen, den genannten Prozentsatz auf nicht weniger als 15% des Gesamtbetrages zu vermindern. Eine solche Fallgestaltung liege hier vor. Auf der Grundlage der Bewertung im Kontrollbericht vom 3. November 2011 (Bl. 269 ff. BA A) i. V. m. dem Vermerk vom 1. November 2011 (Bl. 263 f. BA A) sei es gerechtfertigt, den Prozentsatz der Kürzung von 20% auf 15% des Gesamtbetrags zu vermindern. Dies gelte insbesondere unter Berücksichtigung des Verhältnisses der Größe des landwirtschaftlichen Betriebes des Klägers zu der Größe der streitgegenständlichen Umbruchfläche.

24 Der Senat hat durch Beschluss vom 13. März 2014 (10 LA 150/12), zugestellt am 18. März 2014, den wechselseitigen Zulassungsanträgen der Beteiligten stattgegeben. Es sei grundsätzlich klärungsbedürftig, ob sich der Kläger als Antragsteller in der vorliegenden Fallgestaltung das Wissen seines Beraters zurechnen lassen müsse - wie das Verwaltungsgericht für die Bejahung des vorsätzlichen Verstoßes und damit die teilweise Klageabweisung tragend angenommen habe. Zugleich bestünden ernstliche Zweifel an der Richtigkeit der weiteren - die Teilstattgabe - tragenden Annahme des Verwaltungsgerichts, vorliegend habe der Regelkürzungssatz gerichtlich auf 15% herabgesetzt werden können.

25 Der Kläger hat seine Berufung am 28. März 2014 begründet.

26 Er hält die niedersächsische Verordnung zur Erhaltung von Dauergrünland vom 6. Oktober 2009 (DG-ErhVO) aus formellen Gründen für unwirksam und damit für eine untaugliche Grundlage, um dem Kläger insoweit einen CC-Verstoß vorzuhalten. Die Genehmigungspflicht sei nach § 2 DG-ErhVO schon zu Unrecht von einer Bedingung abhängig, nämlich eines über 5% betragenden Rückgangs des Dauergrünlandanteiles. Der Eintritt dieser - bei dem Erlass der Norm nach den Berechnungen der Beklagten ohnehin bekannten - Bedingung hätte außerdem im Niedersächsischen Gesetz- und Verordnungsblatt und nicht nur im Niedersächsischen Ministerialblatt bekannt gemacht werden müssen. Zudem bestünden Zweifel an der inhaltlichen Richtigkeit der Feststellung bezogen auf die Verhältnisse im Oktober 2009. Schließlich sei der Bedingungseintritt zu Unrecht bereits am 9. Oktober 2009 festgestellt worden, als die Verordnung zur Erhaltung von Dauergrünland als Rechtsgrundlage noch nicht bekannt gegeben worden sei.

27 Selbst bei Annahme der Wirksamkeit des § 2 der Verordnung zur Erhaltung von Dauergrünland habe er dagegen jedenfalls nicht vorsätzlich verstoßen.

28 Im späten Frühjahr sei er wegen der anstehenden Bestellung von gut 350 ha Fläche und bei der gerade erfolgenden Umstellung von einem Milchvieh- auf einen Biogasbetrieb überaus hoch belastet gewesen. Abweichende Feststellungen des Verwaltungsgerichts beruhten auf Mutmaßungen.

29 In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat hat der Kläger angegeben, dass ihm - sich ständig ändernde - Regelungen im Zusammenhang mit dem Umbruch von

Dauergrünland bekannt gewesen seien. Er habe den Schlag 669 zusammen mit der daneben liegenden Fläche im Jahr 2011 gepachtet; er sei davon ausgegangen, dass beide Flächen nach einem Umpflügen ackerfähig sein würden. Der Zeuge B. habe ihm „grünes Licht gegeben, die Fläche sei ackerfähig". Dies habe nach seinem Verständnis bedeutet, dass „wir eine Genehmigung kriegen konnten".

30 Ein Verschulden seines Beraters könne ihm mangels Rechtsgrundlage nicht zugerechnet werden.

31 Ihm sei bei der späteren Einreichung des Sammelantrages nicht bewusst gewesen, dass er ungenehmigt eine Dauergrünlandfläche umgebrochen habe. Ebenso wenig komme es für die Feststellung des Vorsatzes darauf an, aus welchen Gründen Ende Mai der Änderungsantrag bei der Beklagten gestellt worden sei.

32 Schließlich sei im Gegensatz zu vergleichbaren Fällen nur bei ihm zu Unrecht von einem vorsätzlichen Verstoß statt eines nur fahrlässigen Fehlverhaltens ausgegangen worden.

33 Der Kläger beantragt,

das Urteil des Verwaltungsgerichts Stade - 6. Kammer - vom 21. November 2012 zu ändern und die Beklagte zu verpflichten, ihm über die vom Verwaltungsgericht zugesprochenen 5.002,66 EUR hinaus eine weitere Betriebsprämie für das Jahr 2011 in Höhe von 12.006,38 EUR zzgl. 0,5% Zinsen monatlich auf den Betrag von 17.000 EUR seit Klageerhebung zu bewilligen, sowie die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

34 Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Verwaltungsgerichts Stade - 6. Kammer - vom 21. November 2012 zu ändern und die Klage insgesamt abzuweisen, sowie die Berufung des Klägers zurückzuweisen.

35 Sie trägt zu der am 16. April 2014 eingegangenen Begründung ihrer Berufung vor: Das Verwaltungsgericht sei zu Recht von einem vorsätzlichen CC-Verstoß des Klägers ausgegangen, habe aber zu Unrecht den Regelkürzungssatz bei einem solchen vorsätzlichen Verstoß von 20% auf 15% herabgesetzt. Insoweit handele es sich um eine Ermessensentscheidung der Beklagten, die verwaltungsgerichtlich nur in den Grenzen des § 114 VwGO überprüft, nicht aber ersetzt werden könne. Ermessensfehler seien jedoch nicht gegeben, zumal der Kläger durch den Änderungsantrag vom 30. Mai 2011 gezielt versucht habe, seinen vorhergehenden vorsätzlichen CC-Verstoß zu verschleiern. Außerdem sei zu berücksichtigen, dass der Kläger aus dem widerrechtlichen Anbau von Mais wirtschaftliche Vorteile gezogen habe und dass der Umbruch des naturschutzrechtlich wertvollen Dauergrünlandes auch materiell nicht genehmigungsfähig gewesen sei. Der Verstoß sei vorsätzlich erfolgt, weil dem Kläger schon nach dem im Jahr 2010 erfolgten Informationsaustausch, zusätzlich aber durch seinen auch in vergleichbaren Fällen tätigen Berater und schließlich aus den Ausfüllhinweisen zum Sammelantrag und dem Inhalt der jährlichen CC-Infobroschüre das von ihm nicht eingehaltene Genehmigungsverfahren bekannt gewesen sein müsse.

36 Mit Schriftsatz vom 26. Februar 2016 hat die Beklagte auf gerichtliche Nachfrage er-gänzend vorgetragen, dass der Anteil des Dauergrünlandes in Niedersachsen auch unter Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (vom 2.10.2014 - C-47/13 -) bezogen auf das Jahr 2011 deutlich über 5% abgenommen habe, wenn auch der Anteil nicht exakt bestimmt werden könne.

37 Der Senat hat Beweis durch Vernehmung von Herrn B. und Frau C. als Zeugen Beweis erhoben. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung und wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes auf den übrigen Inhalt der Gerichtsakte und der Beiakten verwiesen, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind.

Entscheidungsgründe

38 Die Berufung des Klägers ist zurückzuweisen und auf die Berufung der Beklagten ist das Urteil des Verwaltungsgerichts zu ändern, soweit es der Klage stattgegeben hat; die Klage ist insgesamt abzuweisen. Der Bescheid der Beklagten vom 15. Dezember 2011 ist rechtmäßig und verletzt den Kläger nicht in seinen Rechten, § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO. Dem Kläger steht über die darin bewilligten 80.042,58 EUR hinaus keine weitere Betriebsprämie zu, weil die Beklagte die Betriebsprämie zu Recht wegen eines vorsätzlichen ungenehmigten Umbruchs von Dauergrünland um 20% auf den bezeichneten Betrag gekürzt hat.

39 Denn der Umbruch von Dauergrünland war in Niedersachsen im Jahr 2011 nach § 2 Abs. 1 DG-ErhVO genehmigungsbedürftig (1). Hiergegen hat der Kläger verstoßen (2.a), und zwar vorsätzlich (2.b), so dass seine Betriebsprämie zu Recht um den Regelsatz von 20% und nicht lediglich 15% gekürzt worden ist (2.c). Da sich auch nachträglich die Rechtslage nicht zugunsten des Klägers geändert hat (2.d), kann weiter offen bleiben, ob ein Betriebsinhaber sich gegen eine solche Kürzung mit der Verpflichtungsklage gerichtet auf eine höhere Betriebsprämie oder mit einer Anfechtungsklage unmittelbar gegen die Kürzung wenden muss (vgl. hierzu und zum Folgenden bereits Senatsurt. v. 27.11.2015 - 10 LB 107/14 -, Bl. 6 ff.).

40 1. Nach Art. 4 ff. Verordnung (EG) Nr. 73/2009 ist die Bewilligung der Betriebsprämie für das hier in Rede stehende Bewilligungsjahr 2011 auch von der Einhaltung sog. „an-derweitiger Verpflichtungen" abhängig (Cross Compliance = CC). Denn gemäß Art. 4 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 73/2009 muss ein Betriebsinhaber, der Direktzahlungen - wie insbesondere die Betriebsprämie nach Art. 2 d), Anhang I - bezieht, die Grundan-forderungen an die Betriebsführung nach Anhang II und die Vorschriften zum guten landwirtschaftlichen und ökologischen Zustand gemäß Art. 6 dieser Verordnung erfül-len. Nach Art. 6 Abs. 2 Satz 1 dieser Verordnung müssen dazu Flächen, die zu dem für die Beihilfeanträge „Flächen" für 2003 vorgesehenen Zeitpunkt als Dauergrünland ge-nutzt wurden, als solche erhalten bleiben. Unionsrechtlich ist diese Pflicht zur Erhaltung von Dauergrünland in Art. 4 Durchführungsverordnung (EG) Nr. 1122/2009 noch näher konkretisiert worden, und zwar bezogen auf die einzelbetriebliche Ebene. Danach legen die Mitgliedstaaten bei einer Abnahme des Dauergrünlandanteils i. S. v. Art. 3 Abs. 1 Durchführungsverordnung (EG) Nr. 1122/2009 den Betriebsinhabern, die eine Direktzahlung beantragen, auf nationaler oder regionaler Ebene die Verpflichtung auf, die Flächen, die als Dauergrünland genutzt werden, nicht ohne vorherige Genehmigung umzuwidmen. Im Bundesgebiet ist diese unionsrechtliche Verpflichtung zunächst bundesrechtlich durch § 3 des Direktzahlungsverpflichtungsgesetzes, hier in der Fassung der Bekanntmachung vom 28. April 2010 (BGBl. I S. 588, DirektZahlVerpflG), umgesetzt und an die regionale Ebene, d. h. u. a. an die Länder Niedersachsen und Bremen, die nach § 3 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 DirektZahlVerpflG eine Region bilden, „weitergegeben" worden. Denn nach § 3 Abs. 1 Satz 1 DirektZahlVerpflG haben u. a. diese Länder dafür Sorge zu tragen, dass auf ihrem Gebiet der Anteil des Dauergrünlandes an der

gesamten landwirtschaftlichen Fläche der jeweiligen Region bezogen auf das Referenzjahr 2003 nicht erheblich abnimmt. Nach § 3 Abs. 1 Satz 2 DirektZahlVerpflG erfolgt die Ermittlung dieses Anteils nach Art. 3 Verordnung (EG) Nr. 1122/2009. In Niedersachsen erfolgte die Umsetzung wiederum durch die bereits im Tatbestand dieses Urteils angeführte Verordnung zur Erhaltung von Dauergrünland vom 6. Oktober 2009 (Nds. GVBl. S. 362, DG-ErhVO).

41 Unter der Überschrift „Genehmigungsvorbehalt für das Umbrechen von Dauergrünland" bestimmt § 2 Abs. 1 DG-ErhVO:

„Verringert sich in der gemeinsamen Förderregion des Landes Niedersachsen und der Freien Hansestadt Bremen der Anteil der Flächen, die als Dauergrün-land (Artikel 2 Satz 1 Nr. 2 der Verordnung [EG] Nr. 796/2004) genutzt werden, im Verhältnis zur gesamten landwirtschaftlichen Fläche (Artikel 2 Buchst. h der Verordnung [EG] Nr. 73/2009), berechnet nach Artikel 3 Abs. 1, 3 und 4 der Verordnung (EG) Nr. 796/2004, um mehr als 5 vom Hundert bezogen auf das Jahr 2003, so macht das Fachministerium dies im Niedersächsischen Ministeri-alblatt bekannt. Ab dem auf die Bekanntmachung folgenden Tag dürfen als Dauergrünland genutzte Flächen nur mit behördlicher Genehmigung umgebro-chen werden. Beschränkungen aufgrund anderer Rechtsvorschriften in Bezug auf den Umbruch von Dauergrünland bleiben unberührt. Eine Genehmigung nach Satz 2 ist nicht mehr erforderlich, sobald das Fachministerium im Nieder-sächsischen Ministerialblatt bekannt macht, dass sich der Anteil der als Dauer-grünland genutzten Flächen im Verhältnis zur gesamten landwirtschaftlichen Fläche nicht mehr in einem 5 vom Hundert übersteigenden Maß verringert hat."

42 a) Der Senat teilt nicht die von dem Prozessbevollmächtigten des Klägers geltend gemachten Bedenken gegen die formelle Wirksamkeit des § 2 DG-ErhVO. Vielmehr hat er dazu bereits mit Beschluss vom 23. September 2014 (- 10 LA 36/14 -, sowie ergänzend mit Beschl. v. 27.10.2015 - 10 LA 31/15 -) ausgeführt:

Die von der Klägerin vorgetragenen Bedenken gegen die Wirksamkeit, insbesondere die (Landes-)Verfassungskonformität, der DG-ErhVO greifen nicht durch.

Die Klägerin hält die in § 2 Abs. 1 DG-ErhVO enthaltene aufschiebende Bedingung für das „Inkrafttreten" der Norm für mit Art. 45 (Abs. 1 Satz 2) NdsVerf. unvereinbar, weil danach solche Bedingungen generell unzulässig seien, hilfsweise nur aus einem besonderen, hier fehlenden Grund aufgenommen werden dürften und zumindest der Bedingungseintritt auch im Niedersächsischen Gesetz- und Verordnungsblatt und nicht nur im Ministerialblatt hätte abgedruckt werden müssen.

In der Rechtsprechung (vgl. für ein Bundesgesetz: BVerfG, Urt. v. 8.7.1976 - 1 BvL 19/75, 1 BvL 20/75, 1 BvR 148/75 -, BVerfGE 42, 263 ff., sowie sinngemäß für eine Verordnung des Bundes: BVerwG, Urt. v. 16.1.2003 - 7 C 31/02 -, BVerwGE 117, 322 ff.), Literatur (vgl. von Lewinski, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 82, Rn. 283 ff.) und Praxis (vgl. BMJ, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. Aufl., Ziffer 11.3, Rn. 452 ff.) zu dem Art. 45 Nds.Verf. im Kern entsprechenden Art. 82 GG ist zu Recht anerkannt, dass danach der maßgebliche Zeitpunkt des Inkrafttretens einer Norm (Gesetz) nicht unter allen Umständen wörtlich und unter genauer Bestimmung eines Termins in der Norm (Gesetz) selbst angeführt sein muss, sondern eine Norm ggf. auch in der Weise in Kraft gesetzt werden kann, dass hierfür ein hinreichend bestimmtes Ereignis, also eine Bedingung maßgebend

sein soll. Die (aufschiebende) Bedingung muss in der Norm klar formuliert und darf nicht von der Exekutive beeinflussbar sein.
Diesen Voraussetzungen entspricht § 2 Abs. 1 Satz 1 DG-ErhVO, da das Inkrafttreten des Genehmigungserfordernisses danach an die nicht von der Exekutive beeinflussbare Verringerung des Dauergrünlandanteils um mehr als 5% angeknüpft worden ist.
Ob es zusätzlich eines besonderen Grundes für die Zulässigkeit eines aufschiebend bedingten Inkrafttretens der Norm bedarf, mag offen bleiben. Ein solcher Grund ist hier jedenfalls zu bejahen. Denn die Regelungen der DG-ErhVO sollen nach dem Wortlaut nicht lediglich einmalig von dem o.a., ggf. im Erlasszeitpunkt bereits feststehenden Bedingungseintritt abhängen, sondern dauerhaft, wie sich aus der in § 2 Abs. 1 Satz 4 DG-ErhVO enthaltenen auflösenden Bedingung - des Wiederanstieges des Dauergrünlandanteils - ergibt. Eine solche ständige variable Verknüpfung der (inneren) Wirksamkeit der DG-ErhVO mit dem jeweiligen Dauergrünlandanteil wäre über eine Regelung in der Verordnung selbst jedoch nicht möglich gewesen.
Die Bekanntgabe des Bedingungseintritts stellt demnach ungeachtet der daran anknüpfenden Wirkungen für die innere Wirksamkeit der Norm keine konstitutive, sondern lediglich eine deklaratorische „Feststellung" der zur Veröffentlichung bestimmten Behörde dar (vgl. von Lewinski, a. a. O., Rn. 289; BMJ, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, a. a. O., Rn. 454), ist aus den zutreffend bereits vom Verwaltungsgericht genannten Gründen formell nicht als Teil der Norm (Verordnung), sondern als Allgemeinverfügung zu qualifizieren und muss deshalb nicht in demselben Amtsblatt bekannt gegeben werden wie die Norm (Verordnung). Zur notwendigen Wahrung der Publizität reichte daher hier die in § 2 Abs. 1 Satz 1 DG-ErhVO vorgeschriebene Veröffentlichung im Niedersächsischen Ministerialblatt aus, die in der Ausgabe Nr. 41/2009 vom 21. Oktober 2009 (S. 890) erfolgt ist. Auch in dem vom Bundesverwaltungsgericht mit dem o. a. Urteil vom 16. Januar 2003 entschiedenen Fall erfolgte die Bekanntgabe des Bedingungseintritts nicht im Bundesgesetzblatt - wie grundsätzlich nach Art. 82 Abs. 1 Satz 2 GG, §§ 1 f. des Verkündungs- und Bekanntmachungsgesetzes vorgesehen -, sondern im Bundesanzeiger. Schließlich spricht auch die anerkannte Möglichkeit, u. a. in Verordnungen auf anderweitig als im Amtsblatt veröffentlichte technische Normen, wie DIN-Vorschriften, zu verweisen (vgl. nur BVerwG, Urt. v. 27.6.2013 - 3 C 21/12 -, BVerwGE 147, 100 ff.), gegen die These der Klägerin, sämtliche Bestandteile einer Norm (Verordnung) müssten zwingend in einem Publikationsorgan (Amtsblatt) bekannt gegeben werden.
Aus dem vorgenannten Grund steht schließlich auch § 1 Nr. 1 des Gesetzes über die Verkündung, den Zeitpunkt des Inkrafttretens und die Aufhebung von Verordnungen vom 1. April 1996 (Nds. GVBl. S. 82), wonach Verordnungen der Landesregierung und der Ministerien im Niedersächsischen Gesetz- und Verordnungsblatt zu verkünden sind, der hier erfolgten Veröffentlichung des Bedingungseintritts als Allgemeinverfügung im Niedersächsischen Ministerialblatt nicht entgegen.
Ob es für die Veröffentlichung des Bedingungseintritts im Niedersächsischen Ministerialblatt überhaupt einer besonderen Ermächtigungsgrundlage bedurfte, kann offen bleiben. Jedenfalls ist eine solche entgegen der Ansicht der Klägerin (erst) im Zeitpunkt der Bekanntgabe der Allgemeinverfügung erforderlich; denn vor

der Bekanntgabe an zumindest einen Betroffenen liegt grundsätzlich noch kein Verwaltungsakt vor (vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 14. Aufl., § 41, Rn. 15, m. w. N.). Am 21. Oktober 2009, als die Bekanntgabe des Bedingungseintritts im Niedersächsischen Ministerialblatt erfolgte, bestand mit dem - nach den von der Klägerin nicht angegriffenen Feststellungen des Verwaltungsgerichts - am 10. Oktober „2009" in Kraft getretenen § 2 DG-ErhVO eine entsprechende Ermächtigungsgrundlage.

An diesen Ausführungen hält der Senat fest. Die angestrebte „ständige variable Verknüpfung der (inneren) Wirksamkeit der DG-ErhVO mit dem jeweiligen Dauergrünlandanteil" ist nachfolgend auch aktuell geworden; denn nach der im Niedersächsischen Ministerialblatt Nr. 48/2014 (S. 978) veröffentlichten Bekanntmachung des Niedersächsischen Landwirtschaftsministeriums vom 11. Dezember 2014 ist der Dauergrünlandanteil wieder angestiegen und damit unter die relevante Schwelle von 5% gesunken. Mit dieser Bekanntmachung vom 11. Dezember 2014 ist damit jedenfalls mit Wirkung für die Zukunft, ggf. auch bereits mit dem davor liegenden Eintritt der Bedingung, die im Niedersächsischen Ministerialblatt vom 21. Oktober 2009 (S. 890) erfolgte Bekanntmachung hinsichtlich der Überschreitens der Schwelle von 5% wieder aufgehoben worden. Eine zusätzliche örtliche Bekanntgabe des jeweiligen Bedingungseintritts war nicht erforderlich (vgl. Senatsbeschl. v. 27.10.2015, a. a. O., S. 5 ff.).

43 b) Das Genehmigungserfordernis nach § 2 Abs. 1 DG-ErhVO war auch im Zeitpunkt des vom Kläger erfolgten Umbruchs Anfang Mai 2011 materiell wirksam.

44 aa) Wie bereits in dem Senatsurteil vom 27. November 2015 (- 10 LB 107/14 -) ausgeführt worden ist, folgt dies allerdings noch nicht daraus, dass gegen die im Niedersächsischen Ministerialblatt vom 21. Oktober 2009 erfolgte Bekanntmachung vom 9. Oktober 2009 nicht binnen Jahresfrist Widerspruch eingelegt worden und sie damit „bestandskräftig" geworden ist. Denn diese Bekanntmachung stellte zwar eine Allgemeinverfügung, d. h. einen Verwaltungsakt dar, dem grundsätzlich nach § 43 VwVfG eine sog. Tatbestandswirkung zukommt. Die darin getroffene Regelung muss danach grundsätzlich ohne inhaltliche Prüfung der Richtigkeit von allen Beteiligten sowie Gerichten beachtet werden (vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 16. Aufl., 2015, § 43, Rn. 19, m. w. N.).

45 Diese an die Wirksamkeit eines Verwaltungsaktes nach § 43 VwVfG anknüpfende Rechtsfolge gilt allerdings nach § 1 Abs. 1 VwVfG (i. V. m. § 1 NVwVfG) nur, soweit das Fachrecht nicht abweichende Bestimmungen enthält. Eine solche abweichende Regelung kann sich auch aus dem Sinn und Zweck des Fachrechts ergeben. Dies ist hier hinsichtlich des Ausschlusses der Tatbestandswirkung der Bekanntmachung nach § 2 Abs. 1 DG-ErhVO aus den folgenden Gründen bei systematischer und verfassungskonformer Auslegung der DG-ErhVO der Fall.

46 Denn nach dem Senatsbeschluss vom 23. September 2014 (- 10 LA 36/14 -) handelt es sich bei der Bekanntmachung um eine lediglich deklaratorische und deshalb verfassungsrechtlich unbedenkliche Feststellung. Damit wäre es unvereinbar, den Bedingungseintritt jedenfalls nach Ablauf der Jahresfrist - wie von der Beklagten ursprünglich geltend gemacht - allein an die Wirksamkeit der Bekanntgabe und nicht an ihre inhaltliche Richtigkeit zu knüpfen. Andernfalls würde zudem die Pflicht ins Leere laufen, die Wiederzunahme des Dauergrünlandanteils nach § 2 Abs. 1 Satz 4 DG-ErhVO bekanntzumachen. Schließlich würde die Annahme, die Bekanntmachung nach § 2 Abs. 1 Satz 1 DG-ErhVO sei nach Ablauf

der Jahresfrist unabhängig von ihrer materiellen Rechtmäßigkeit grundsätzlich wirksam, der ihr zugrunde liegenden Ermächtigung in § 2 Abs. 1 Satz 1 DG-ErhVO eine - etwa § 10 Abs. 1 Satz 1 NKomVG, § 215 BauGB inhaltlich entsprechende - Heilungswirkung vermitteln, für die es aber an der erforderlichen speziellen (bundes-)gesetzlichen und unionsrechtlichen Ermächtigung mangelt.

47 bb) Steht demnach die materielle Richtigkeit der Bekanntmachung vom 9. Oktober 2009 - hier bezogen auf den Mai 2011 - nicht bereits „bestandskräftig" fest, so ergaben sich an dieser Richtigkeit deshalb Bedenken, weil die Annahme, auch im Jahr 2011 habe der Dauergrünlandanteil in Niedersachsen um mehr als die erforderlichen 5% gegenüber dem Referenzjahr 2003 abgenommen, zunächst u. a. auf dem vom Europäischen Gerichtshof in seinem Urteil vom 2. Oktober 2014 (C-47/13) abgelehnten Verständnis beruhte, ein Wechsel zwischen etwa Kleegras als Grünfutterpflanze und reinen Grasnutzungen vor Ablauf von fünf Jahren stelle eine der Entstehung von Dauergrünland entgegenwirkende Fruchtfolge dar. In der Folge ist die Abnahme des Dauergrünlandanteils daher in Niedersachsen zunächst fehlerhaft und damit ggf. zu hoch ermittelt worden (vgl. auch Schlepps, AuR 2014, 456 f.).

48 Die Beklagte, auf deren Daten die Berechnung des jeweiligen Dauergrünlandanteils in Niedersachsen beruht, hat jedoch im Laufe des Berufungsverfahrens nunmehr hinreichend dargelegt, dass auch auf der Grundlage des zutreffenden „neuen" Begriffsverständnisses von „Dauergrünland" eine Abnahme des Dauergrünlandanteils in Niedersachsen jedenfalls im Jahr 2011 um mehr als 5% hinreichend sicher zur Überzeugung des Gerichts festgestellt werden kann, wenn auch nicht in exakter Höhe.

49 Danach betrug in den Referenzjahren 2003/2005 in der Region Niedersachsen/ Bremen die gesamte landwirtschaftliche Fläche 2.641.351,31 ha und nach dem alten Verständnis die Dauergrünlandfläche 764.060 ha entsprechend 28,927%. Im Jahr 2011 ergab sich gleichfalls nach altem Verständnis bei einer landwirtschaftlichen Fläche von noch 2.610.946,29 ha eine Dauergrünlandfläche von 709.120,76 ha entsprechend 27,160%, mithin eine Abnahme in Höhe von 6,11%.

50 Unter Berücksichtigung des o.a. Urteils des Europäischen Gerichtshofes ergibt sich für das Jahr 2011 bei gleicher Gesamtfläche ein Anstieg des Dauergrünlandes, das von Antragstellern aus Niedersachsen und Bremen bewirtschaftet wurde, um 1.720,22 ha auf 706.147,32 ha. Bezieht man zusätzlich die aus den Referenzjahren 2003/2005 bekannten 4.693,66 ha Dauergrünland von „auswärtigen" Antragstellern ein, so ergibt sich ein Anstieg des Dauergrünlandes auf 710.840,98 ha. Damit beträgt sein Anteil im Jahr 2011 27,225% der Gesamtfläche, mithin eine Abnahme des Dauergrünlandanteils im Verhältnis zu den Referenzjahren um 5,88%.

51 Da die Beklagte auf die Daten der Antragsteller aus anderen Bundesländern keinen Zugriff hatte, ist in der neuen Berechnung des Dauergrünlandanteils allerdings noch nicht der Anteil einbezogen, der ggf. zu Unrecht von Antragstellern außerhalb Niedersachsens nicht als Dauergrünland bewertet worden ist. Mit der Beklagten ist diese Unsicherheit aber jedenfalls für das Jahr 2011 zu vernachlässigen. Denn für die Antragsteller aus Niedersachsen und Bremen hat sich der Anteil des Dauergrünlandes bei der Neuberechnung nur um 1.720,22 ha auf 706.147,32 ha, d. h. um weniger als 1% erhöht. Die auswärtigen Antragsteller verfügten nach

bisherigem Stand über weitere 4.693,66 ha. Um die Schwelle von 5% zu unterschreiten, hätte dieser Anteil um 6.624 ha auf 11.317,66 ha steigen, sich also mehr als verdoppeln müssen. Dies erscheint ausgeschlossen.

52 Hinzu kommt, dass es für die Berechnung der Abnahme der anteiligen Dauergrünlandfläche nach dem neuen Begriffsverständnis an sich auch der Neuberechnung des Dauergrünlandanteils in den Referenzjahren 2003/2005 bedürfte - der mangels Unterlagen ebenfalls (bislang) nicht erfolgt ist - und es dabei voraussichtlich zu einer Erhöhung des Anteils kommen würde. Damit wäre die Schwelle der Abnahme um mehr als 5% aber zulasten der Antragsteller noch früher als bislang angenommen erreicht bzw. länger überschritten worden.

53 cc) Für die Wirksamkeit des Genehmigungserfordernisses als Grundlage für die Kürzung der Betriebsprämie 2011 wegen des in Rede stehenden Vorwurfs, ungenehmigt Dauergrünland umgebrochen zu haben, kommt es auf die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt des in Rede stehenden Verstoßes, hier also im Mai 2011 und nicht - wie vom Kläger in der mündlichen Verhandlung geltend gemacht - im Jahr 2009 an.

54 Im Übrigen liegen auch keine Anhaltspunkte dafür vor, dass der Anteil des Dauergrünlandes im Zeitpunkt der im Oktober 2009 erfolgten Bekanntmachung höher und nicht niedriger als im Mai 2011 gewesen ist. Andernfalls hätte dieser Anteil trotz Einführung der Genehmigungspflicht und der „Sanktionen" für den Fall eines ungenehmigten Umbruchs weiter abgenommen, wofür nichts spricht (vgl. Abbildung 2 bei Osterburg, „Die Erhaltung des Grünlandes im Rahmen der Agrarpolitik - Vom Greening bis zu Agrarumwelt- und Klimamaßnahmen). Dies gilt auch für die vom Kläger in der mündlichen Verhandlung vorgetragene Überlegung, dass es im Sommer 2009, d. h. noch vor dem absehbaren Inkrafttreten der Genehmigungspflicht zum Herbst 2009, ggf. zu weiteren Umbrüchen gekommen sei, die noch nicht in den Daten enthalten gewesen seien, die im Mai 2009 ermittelt worden seien und auf denen die im Oktober 2009 erfolgte Bekanntmachung beruhe. Denn in diesem Falle wäre die Quote der Abnahme des Dauergrünlandes im maßgeblichen Zeitpunkt der Bekanntgabe im Oktober 2009 nicht niedriger, sondern sogar noch höher als angenommen ausgefallen.

55 2. a) Bestand somit im Jahr 2011 für den Umbruch von Dauergrünland in Niedersachsen nach § 2 Abs. 1 DG-ErhVO eine wirksame Genehmigungspflicht, so hat der Kläger hiergegen objektiv mit dem ungenehmigten, Anfang Mai 2011 durch Ansaat von Mais (vgl. Senatsbeschl. v. 27.10.2015 - 10 LA 39/15 - juris) erfolgten Umbruch des Feldblockes 15 mit einer Größe von 1,47 ha verstoßen.

56 aa) Denn bei dieser Fläche handelte es sich um Dauergrünland.

57 Der Feldblock wurde nach den Angaben in den Sammelanträgen der Jahre von 2005 bis 2010 jeweils mit der Ziffer „452" (Mähweide) „codiert". Diese Angaben über eine Nutzung als Grünland treffen nach dem Luftbild aus dem Jahr 2008 zu. Soweit der Kläger und sein Berater, der Zeuge B., in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat angegeben haben, der Feldblock habe im Frühjahr 2011 wie Ackerland ausgesehen, ist dies für die Qualifikation als Dauergrünland als solches unerheblich. Denn mit dem Ablauf von fünf Jahren ununterbrochener Grünlandnutzung, d. h. bei einer Grünlandnutzung ab dem Jahresbeginn 2005 bereits zum Jahresende 2009 bzw. bei einem entsprechenden Nutzungsbeginn im Laufe des Jahres 2005 im Laufe des Jahres 2010, galt die Fläche des Feldblockes entsprechend der Vorbelegung im Sammelantrag „DGL" als Dauergrünland i. S. v.

Art. 6 Verordnung (EG) Nr. 73/2009, Art. 2 c Verordnung (EG) Nr. 1120/2009 und Art. 2 Nr. 2 Verordnung (EG) Nr. 1222/2009 und durfte demnach nur mit einer Genehmigung nach § 2 Abs. 1 Satz 1 DG-ErhVO umgebrochen werden. Dass ein Vorbewirtschafter die Fläche innerhalb dieses Zeitraums von fünf Jahren abweichend von den Antragsangaben als Ackerland genutzt hat, ist hingegen weder konkret dargelegt worden noch bestehen dafür anderweitig hinreichende Anhaltspunkte.

58 bb) Über die demnach erforderliche Genehmigung verfügte der Kläger nicht. Er hatte im Zeitpunkt des Umbruchs Anfang Mai 2011 nicht einmal einen Genehmigungsantrag gestellt. Die nachfolgende Antragstellung wirkt nicht zurück.

59 b) Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme hat der Kläger selbst vorsätzlich gegen die Pflicht verstoßen, vor dem Umbruch von Dauergrünland eine Genehmigung einzuholen, so dass es auf die etwaige Zurechnung (vgl. dazu EuGH, Urt. v. 27.2.2014 - C-396/12 -, juris, Rn. 49) gesonderten Wissens seines Beraters nicht ankommt.

60 Nach Art. 24 Abs. 1 Satz 2 Verordnung (EG) Nr. 73/2009 bestimmen sich die Rechtsfolgen von CC-Verstößen nach Schwere, Ausmaß, Dauer und Häufigkeit der Verstöße; dabei werden die Kriterien nach den Absätzen 2 bis 4 berücksichtigt. In den Absätzen 2 und 3 dieser Norm wird zwischen fahrlässig (Abs. 2) und vorsätzlich (Abs. 3) begangenen Verstößen unterschieden. Bei vorsätzlichen Verstößen gegen anderweitige Verpflichtungen, zu denen nach den vorherigen Ausführungen die Pflicht zählt, Dauergrünland nicht ungenehmigt umzubrechen, ist eine Kürzung von grundsätzlich nicht weniger als 20% vorgeschrieben. Dieser Grundsatz wird in Art. 72 Abs. 1 UAbs. 1 der Durchführungsverordnung (EG) Nr. 1122/2009 wiederholt.

61 „Vorsatz" setzt voraus, „dass der durch die Beihilfe Begünstigte gegen die Vorschriften über die anderweitigen Verpflichtungen verstößt und diesen Verstoß entweder bewusst herbeiführt oder - ohne dass er ein solches Ziel verfolgt - die Möglichkeit eines derartigen Verstoßes billigend in Kauf nimmt (vgl. EuGH, Urt. v. 27.2.2014, a. a. O., Leitsatz 1 zu Art. 67 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 796/2004 als Vorgängerbestimmung des Art. 72 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 1122/2009, s. deren Entsprechungstabelle, sowie BVerwG, Urt. v. 1.10.2014 - 3 C 31/13 -, juris, Rn. 20).

62 Der Kläger hat hier einen Verstoß gegen die Pflicht, vor dem Umbruch von Dauergrünland eine Genehmigung einzuholen, nicht fahrlässig begangen, sondern die Möglichkeit eines Verstoßes billigend in Kauf genommen. Denn ihm war sowohl die Genehmigungspflicht als solche (aa) als auch die Eigenschaft des Feldblockes 15 als Dauergrünland bekannt (bb); gleichwohl hat er den Feldblock ohne hinreichende Bemühungen um die demnach erforderliche Genehmigung umgebrochen (cc). Für die Feststellung eines vorsätzlichen Verhaltens kommt es hingegen weder auf die Motivation des Klägers für die Abgabe des Änderungsantrages vom 30. Mai 2011 (dd) noch auf die sonstige Verwaltungspraxis der Beklagten (ee) an.

63 aa) Der Kläger hat auf Nachfrage in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat angegeben, dass ihm klar gewesen sei, „dass es" - sich ständig ändernde - „Regelungen im Zusammenhang mit dem Umbruch von Dauergrünland" gebe und dass die Genehmigungsfähigkeit eines Dauergrünlandumbruchs im Einzelfall zu klären sei. Dies schließt die Kenntnis der grundsätzlichen

Genehmigungsbedürfigkeit des Umbruchs ein. Hierfür sprechen weiter die folgenden Überlegungen: Wie der Prozessbevollmächtigte des Klägers in der mündlichen Verhandlung ausgeführt hat, war die in Niedersachsen zum Oktober 2009 in Kraft getretene Genehmigungspflicht bereits zuvor Thema unter den Landwirten und hat sie teilweise noch kurz davor zu einem Umbruch veranlasst. Weiterhin wird in den jährlichen Broschüren der Beklagten auf diese CC-Verpflichtung zum Erhalt von Dauergrünland hingewiesen. Zudem schränkt die Genehmigungspflicht die Nutzungs- und auch Verwertungsmöglichkeit eines Grundstücks mit dem sog. Dauergrünlandstatus ein; es handelt sich hierbei um einen wertbildenden Faktor, der bei dem Erwerb neuer Flächen - wie hier durch den Kläger - regelmäßig beachtet wird. Außerdem hat Zeuge B. als Berater des Klägers zu den Modalitäten eines Dauergrünlandumbruchs bereits im Jahr 2010 bei der Beklagten und vor dem Mai 2011 nochmals bei Landkreis Osterholz nachgefragt. Schließlich hat der Kläger seinen am 10. Mai 2011 unterzeichneten Sammelantrag für das Jahr 2011 zuvor gemeinsam mit seinem Berater, dem Zeugen B., ausgefüllt und dabei in der Anlage 1a (Gesamtflächen- und Nutzungsnachweis) sowie in der Anlage 8 (Fehler bei Status Dauergrünland) ausdrücklich den Dauergrünlandstatus verschiedener Flächen berücksichtigt. Zumal bei fachkundiger Unterstützung macht dies nur Sinn, wenn die maßgebenden Normen einschließlich der in Rede stehenden Genehmigungspflicht zumindest grundsätzlich bekannt sind. Der Berücksichtigung der Angaben im Sammelantrag steht nicht entgegen, dass im Zeitpunkt seiner Abgabe am 11. Mai 2011 der Umbruch bereits erfolgt war. Einem Rückschluss auf den Wissenstand des Klägers im Umbruchszeitpunkt Anfang Mai 2011 stünde dieser zeitliche Ablauf vielmehr nur entgegen, wenn der Kläger erst im dem dazwischen liegenden Zeitraum Kenntnis von der grundsätzlichen Genehmigungspflicht erlangt hätte. Dies hat er jedoch nicht vorgetragen und ergibt sich auch nicht aus den Angaben der Zeugen B. oder C..

6 bb) Der Kläger hat zumindest billigend in Kauf genommen, dass es sich bei dem
4 Feldblock 15 Anfang Mai 2011 rechtlich um Dauergrünland handelte. Dafür sprechen zunächst seine eigenen Einlassungen in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat, wonach er davon ausgegangen ist, eine etwa erforderliche Genehmigung zu bekommen und bereit gewesen wäre, aus der Fläche eine Mähweide zu machen, wenn sich später herausstellen würde, dass eine Genehmigung nicht erteilt werden könne. Dies zeigt, dass dem Kläger bewusst war, es könne sich bei dem übernommenen Schlag 669 ungeachtet des tatsächlichen Eindrucks um Dauergrünland handeln, er es aber darauf ankommen lassen wollte. Für zumindest bedingten Vorsatz spricht weiterhin, dass er diesen Feldblock offenbar im Zuge der angeführten Betriebsumstellung von einem Milchvieh- auf einen Biogasbetrieb mit dem Schwerpunkt auf Maisanbau gepachtet hatte und es - wie dargelegt - zu den preisbildenden Faktoren zählt, ob eine landwirtschaftliche Fläche auch rechtlich als Ackerfläche geeignet ist. Der Feldblock war zudem in den Unterlagen für den Sammelantrag 2011 eindeutig mit „DGL", d. h. als Dauergrünland gekennzeichnet, was der Kläger erkannt hat. Dass der Feldblock gleichwohl wie ein „verunkrauter Acker" aussah und dass der Kläger den Grünlandstatus in der Anlage 8 zum Sammelantrag als fehlerhaft bezeichnete, steht dieser Einschätzung nicht durchgreifend entgegen. Denn der Kläger hat hinsichtlich der Ackerfähigkeit selbst Aufklärungsbedarf gesehen, ohne jedoch die dann notwendige Aufklärung durch Rückfragen beim Vorbewirtschafter oder bei der

Beklagten nach der tatsächlichen Nutzung des Feldblockes in den Vorjahren vorzunehmen oder zu veranlassen. Außerdem hat er im Widerspruch zu seiner Angabe in der Anlage 8, der Feldblock 15 habe einen „Ackerstatus", in der Anlage 1a den Feldblock DENILI 0511300092 (= 92) als Schlag Nr. 4 mit der Größe von 1,47 ha unter dem Code „441", d. h. als „DGL-Ersatzfläche Umb" angemeldet, wobei es sich nach der Größe von 1,47 ha nur um eine Ersatzfläche für den umgebrochenen Feldblock 15 handeln konnte. Wenn dieser Feldblock 15 den „Ackerstatus" gehabt hätte, hätte es - auch vorsorglich - der Anmeldung einer Ersatzfläche nicht bedurft. Im Übrigen ging diese Angabe ohnehin „ins Leere", da der Kläger nicht selbstständig ohne Genehmigung der Beklagten einer „Ersatzfläche" den Status als „Dauergrünland" verleihen kann.

65 Der Kläger hat vor dem Umbruch auch von seinem Berater nicht die Auskunft erhalten, der Feldblock 15 habe keinen Dauergrünlandstatus, sondern sei ohne Genehmigung ackerfähig. Soweit der Zeuge B. in der mündlichen Verhandlung angegeben hat, selbst beim gemeinsamen Ausfüllen des Sammelantrages habe man noch keine Veranlassung gesehen, Zweifel an dem „Ackerstatus" des Feldblockes 15 zu haben, widerspricht dies den eigenen Angaben des Klägers, ist diese Aussage mit dem zuvor bezeichneten Inhalt des Antrages unvereinbar und hält der Senat diese Aussage daher für unglaubhaft und falsch. Insbesondere sind die Inhalte der Anlagen 1a und 8 nicht erst nach dem 10. Mai 2011 vom Kläger bzw. dem Zeugen B. geändert worden. Vielmehr war die Anlage 8, die sich allein auf den Feldblock 15 bezieht, nach dem vom Kläger am 10. Mai 2011 unterschriebenen Datenbegleitschein bereits ursprünglich Bestandteil der Antrags-Datei. Damit war dem Kläger und dem Zeugen B. auch bekannt, dass es sich bei dem Feldblock 15 nach den in der Anlage 1a vorbelegten Angaben um Dauergrünland handelte.

66 cc) Der Kläger hat den Umbruch Angang Mai 2011 schließlich in dem Wissen vorgenommen, nicht im Besitz der möglicherweise erforderlichen Umbruchgenehmigung gewesen zu sein, und dies gleichwohl billigend in Kauf genommen.

67 Der Kläger hat schriftlich vorgetragen, dass er die als Umbruch anzusehende Bestellung des Feldblockes 15 mit Mais Anfang Mai 2011 im Vertrauen auf eine ihm vom Zeugen B. übermittelte Auskunft vorgenommen habe. Die in Bezug genommene Auskunft des Zeugen B. als Berater lautete aber nicht, dass dem Kläger eine Genehmigung erteilt worden sei, sondern dahin, dass naturschutzrechtlich mutmaßlich keine Einwände gegen eine Genehmigungserteilung sprächen, es sich insbesondere nicht um einen Moorstandort handele. Wie der Kläger in der mündlichen Verhandlung angegeben hat, habe er dies zutreffend so verstanden, dass „wir eine Genehmigung kriegen" können bzw. „bekommen werden". Selbst wenn diese Annahme auf einer falschen bzw. unvollständigen Auskunft seines Beraters beruhte, konnte der Kläger auf der Grundlage dieser Auskunft allenfalls annehmen, ein Umbruch sei materiell genehmigungsfähig, nicht aber, dass er bereits genehmigt sei. Dies schied schon deshalb aus, weil im Jahr 2011 nach eigenem Vortrag im Klageverfahren im Hinblick auf die ohnehin nicht mehr ausreichende Zeit bewusst auf einen Genehmigungsantrag verzichtet worden war.

68 Soweit der Zeuge B. bestritten hat, dass er sich hinsichtlich des Feldblockes 15 vor der Abgabe des Sammelantrages am 10. Mai 2011 überhaupt beim Landkreis

Osterholz nach den Modalitäten für einen Umbruch erkundigt habe, ist auch dies unglaubhaft. Diese Angabe widerspricht nicht nur den o. a. Angaben des Klägers, wonach er den Zeugen B. vor dem Umbruch gezielt nach der „Ackerfähigkeit" dieser konkreten Fläche gefragt und jener sich danach beim Landkreis Osterholz mit dem bezeichneten Ergebnis erkundigt habe. Zusätzlich hat die Zeugin C. bestätigt, dass es ein entsprechendes Telefongespräch gegeben und sie dem Zeugen B. dabei mitgeteilt hat, dass die erforderliche Genehmigung in der verbleibenden Zeit nicht mehr erteilt werden kann und eine verbindliche Stellungnahme erst nach Vorlage des Antrages erfolgt; sie hat deshalb geraten, ein bereits umgepflügte Fläche wiedereinzusäen und den Umbruchantrag rechtzeitig für das Folgejahr zu stellen. Die Aussage der Zeugin C., die der Senat für glaubhaft hält, widerlegt auch die Behauptung des Zeugen B., er habe den Schlag 669 des Klägers schon nach bloßer Besichtigung für ackerfähig gehalten und keine Veranlassung für Erkundigungen nach einer Genehmigungsbedürftigkeit und -fähigkeit gesehen. Die Aussage des Zeugen B., es sei bei seinem ersten Telefonat mit der zuständigen Mitarbeiterin bei der unteren Naturschutzbehörde, der Zeugin C., um andere Flächen gegangen, hält der Senat aufgrund der entgegenstehenden Aussage der Zeugin C. ebenfalls für widerlegt und falsch. Die Zeugin C. hat glaubhaft ausgeführt, dass Anlass für den ersten Anruf des Zeugen B. eine bestimmte, bereits zuvor umgebrochene Dauergrünlandfläche gewesen sei, auch wenn ihr damals noch nicht genau gesagt wurde, um welches Flurstück es sich konkret handelte. Dem steht nicht entgegen, dass sich der Zeuge B. bei diesem Gespräch auch allgemein nach einem Dauergrünlandumbruch, der Genehmigungsfähigkeit und dem Verfahrensablauf erkundigt haben kann.

69 Vorsatzausschließend könnte daher allenfalls noch gewesen sein, dass sich der Kläger im maßgebenden Zeitpunkt des Umbruchs Anfang Mai 2011 durch die Maisbestellung nicht mehr bewusst gewesen sei, dass darin ein genehmigungspflichtiger Umbruch liege. Das hat er aber selbst so nicht vorgetragen, sondern nur abstrakt auf die Belastung durch die Frühjahrsbestellung verwiesen. Ein fehlendes Problembewusstsein des Klägers ist zudem angesichts seines Vorbringens fernliegend, wonach er den Zeugen B. kurz zuvor nach der Genehmigungsfähigkeit gefragt hatte, eine rechtzeitige Genehmigung gerade nicht in Aussicht gestellt wurde und der Kläger schließlich in diesem Zeitraum auch den wenige Tage später am 10. Mai 2011 unterzeichneten Sammelantrag mit entsprechenden Angaben ausfüllen, sich also gerade auch mit der „Ackerfähigkeit" dieses Feldblockes auseinandersetzen musste.

70 dd) Für die Verwirklichung des Tatbestandes des in Rede stehenden CC-Verstoßes, d. h. den vorsätzlichen ungenehmigten Umbruch von Dauergrünland, ist es hingegen unerheblich, aus welchen Gründen der Kläger am 30. Mai 2011 einen Änderungsantrag mit der Angabe „Mähweide" gestellt und warum er die umgebrochene Fläche nicht schon vor der Vor-Ort-Kontrolle am 1. Juni 2011 wieder mit Gras eingesät hat. Denn der maßgebende CC-Verstoß liegt allein in dem Anfang Mai 2011 durch die Maisbestellung erfolgten Umbruch und nicht in nachfolgenden Handlungen.

71 Wie bereits in der gerichtlichen Verfügung vom 4. Februar 2016 ausgeführt worden ist, existiert auch keine Rechtsgrundlage, nach der die Betriebsprämie - abgesehen von Übererklärungen und CC-Verstößen - wegen anderer (vorsätzlicher) förderrelevanter Falschangaben zu kürzen wäre; auf eine solche Norm hat sich

auch die Beklagte nicht berufen. Soweit sie sinngemäß gleichwohl den Vorwurf der Täuschung durch den Änderungsantrag vom 30. Mai 2011 erhoben hat, ist dieser Vorwurf daher insoweit unerheblich.

72 Der Inhalt dieses Änderungsantrages lässt im Übrigen ohnehin keinen zwingenden Rückschlüsse auf den Wissensstand des Klägers Anfang Mai 2011 zu. Soweit darin als Status des Feldblockes 15 wieder „Dauergrünland" angegeben worden ist, unterstreicht dies allerdings die Annahme, der Kläger habe diese Fläche auch bereits Anfang Mai 2011 nicht für „ackerfähig" gehalten. Andernfalls hätte er zwischen Anfang Mai 2011 und dem Ende dieses Monats erstmals Informationen über den geänderten Status erhalten; dies hat er jedoch - anders als Herr B. - nicht vorgetragen und ist auch im Übrigen nicht zu erkennen.

73 ee) Da für die Feststellung, ob ein CC-Verstoß vorsätzlich oder „nur" fahrlässig begangen worden ist, unter die o.a. (unionsrechtlich) rechtlich bindende Bestimmung zu subsumieren ist, der Beklagten dabei also kein Ermessen zusteht, kommt es dafür auf die vom Kläger thematisierte Anwendungspraxis der Beklagten nicht entscheidend an. Im Übrigen hat sie nachvollziehbar dargelegt, dass die vom Kläger vermisste landesweite Gleichbehandlung aller für eine Vorsatzsanktion in Betracht kommenden Fälle durch eine Meldepflicht an ihre Zentrale in Oldenburg sichergestellt worden ist, sich also keine abweichende Praxis örtlicher Bewilligungsstellen bilden konnte. Dass abgesehen von einzelnen, auch dem Senat bekannten Fällen in der Regel nur ein fahrlässiger Verstoß angenommen worden ist, steht dem nicht entgegen.

74 c) Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts ist die Kürzung um 20% nicht zu beanstanden.

75 Nach Art. 72 Abs. 1 UAbs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1122/2009 kann die Zahlstelle auf der Grundlage der Bewertung durch die zuständige Kontrollbehörde im bewertenden Teil des Kontrollberichts beschließen, den Regelkürzungssatz von 20% auf nicht weniger als 15% des Gesamtbetrages zu vermindern oder aber ihn ggf. auf bis zu 100% zu erhöhen.

76 Wie bereits im Zulassungsbeschluss ausgeführt worden ist, spricht Überwiegendes dafür, dass es sich bei dieser Vorschrift um eine Ermessensnorm handelt. Ein Ermessen ist der Behörde (Zahlstelle) nach dem Wortlaut sowie der Systematik allerdings erst dann eröffnet, wenn sich aus dem Kontrollbericht (oder sonst) Anhaltspunkte für eine abweichende Bewertung von dem in Unterabsatz 1 ausdrücklich so bezeichneten Regelfall ergeben (vgl. Senatsurt. v. 20.8.2013 - 10 LC 113/11 -, Bl. 15; Senatsbeschl. v. 23.9.2014 - 10 LA 36/14 -, a. a. O., Bl. 7 f., sowie ergänzend Senatsbeschl. v. 27.11.2014 - 10 LA 81/14 -, Bl. 5, v. 8.5.2015 - 10 LA 3/14 -, Bl. 6, und v. 30.6.2015 - 10 LA 110/14 -, Bl. 5 f.). Hierfür spricht bei systematischer Auslegung auch ein Vergleich mit den sonstigen agrarförderrechtlichen Sanktionsregelungen. Für Übererklärungen bei der Betriebsprämie und anderen flächenbezogenen Beihilferegelungen sind in den Art. 58 ff. Verordnung (EG) Nr. 1122/2009 feste Kürzungssätze vorgegeben. Art. 18 Abs. 2 der Durchführungsverordnung (EU) Nr. 65/2011 für Entwicklungsmaßnahmen für den ländlichen Raum, d. h. für die Förderung der sog. 2. Säule, sieht hingegen vor, dass „der Betrag, um den die Beihilfe gekürzt wird, insbesondere auf der Grundlage von Schwere, Ausmaß und Dauer des festgestellten Verstoßes zu bemessen ist. Die in Art. 72 Verordnung (EG) Nr. 1122/2009 vorgesehene Kürzung nach Regelsätzen steht damit systematisch

zwischen der Kürzung nach zwingenden Sätzen und einer jeweils einzelfallbezogenen.

77 Bei der demnach notwendigen Beurteilung, ob eine Abweichung vom gedachten
7 Regelfall nach „oben" oder „unten" geboten ist, ist nicht nur - wie sinngemäß vom Verwaltungsgericht angenommen - auf die relative und absolute Größe der vom CC-Verstoß betroffenen Fläche abzustellen. Vielmehr sind auch der Grad des jeweiligen Verschuldens sowie die Folgen des Verstoßes für das geschützte Rechtsgut sowie für den Betriebsinhaber einzubeziehen. Bei einem ungenehmigten Grünlandumbruch ist also auch die materielle Genehmigungsfähigkeit und weiter zu prüfen, ob sich der Betriebsinhaber zumindest um den (fristgerechten) Erhalt der Genehmigung bemüht hat (vgl. den o.a. Senatsbeschl. v. 27.10.2015 - 10 LA 31/15 -, Bl. 8 f.), sowie weiterhin, welche Folgen der ungenehmigte Umbruch für die Umwelt und den Betriebsinhaber gehabt hat.

77 Hieran gemessen ist keine Abweichung vom Regelfall gegeben, die eine
8 Herabsetzung des Regelsatzes von 20% rechtfertigte; der vom Kläger begangene Verstoß weicht nicht signifikant nach „unten" von einem durchschnittlichen vorsätzlichen CC-Verstoß ab. Dies gilt zunächst für die betroffene Fläche, die mit 1,47 ha zwar im Verhältnis zur Gesamtantragsfläche von über 350 ha, also relativ, aber nicht auch absolut klein ist. Dass in Folge der prozentualen Kürzung der Betriebsprämie auch die absolute Höhe der Kürzung steigt und hier immerhin über 20.000 EUR beträgt, entspricht der Regel. Gegen eine Qualifikation des Verstoßes als weniger schwerwiegend spricht jedenfalls, dass der Kläger bei der Beklagten weder vor dem Umbruch noch nachträglich zeitnah einen Antrag auf Genehmigung gestellt hatte, nachdem seinem Berater von der Naturschutzbehörde signalisiert worden war, dass die Genehmigung im Jahr 2011 nicht mehr fristgerecht hätte erteilt werden können. Der Umbruch war außerdem nicht nur formell, sondern - wie sich aus dem späteren, ablehnenden Bescheid der Beklagten vom 16. März 2012 ergibt - auch materiell illegal. Denn die umgebrochene Fläche diente innerhalb des EU-Vogelschutzgebietes „Hammeniederung" der Feldlerche als Lebensraum. Der Kläger hat den Umbruch nicht umgehend wieder rückgängig gemacht und auf dem Feldblock 15 wieder Gras gesät. Andererseits lässt sich nicht feststellen, dass er aus dem damit rechtswidrigen Maisanbau auf dem Dauergrünland auch wirtschaftliche Vorteile gezogen, also den Mais geerntet hat. Schließlich ist als Kompensation nur eine nach § 2 Abs. 2 DG-ErhVO vorgeschriebene Anlage neuen Grünlands als Dauergrünland nach Vorgabe der Beklagten, nicht aber eine nur vom Betriebsinhaber selbst ausgewählte Grünlandfläche anerkennungsfähig.

77 d) Die Sanktion wegen eines im Jahr 2011 vorsätzlich begangenen CC-Verstoßes ist
9 auch nicht in Anwendung des sog. Günstigkeitskeitsprinzips nach Art. 2 Abs. 2 Satz 2 Verordnung (EG/EURATOM) Nr. 2988/95 durch spätere mildere Normen entfallen oder zumindest zu begrenzen.

88 aa) Denn das nunmehr für eine Förderung ab dem Jahr 2015 u. a. in Art. 40 der
0 Delegierten Verordnung (EU) Nr. 640/2014 enthaltene Sanktionsregime (vgl. dazu List, jurisPR-AgrarR 1/2016 Anm. 1) ist unverändert geblieben, d. h. bis heute führt ein vorsätzlicher CC - Verstoß im Regelfall nach Satz 1 zu einer Kürzung der Direktzahlungen von 20%. Nach Art. 93 Abs. 3 Verordnung (EU) Nr. 1360/2013 ist die Erhaltung von Dauergrünland im Bundesgebiet auch weiterhin Bestandteil der CC-Verpflichtungen des Empfängers von Direktzahlungen. Ab dem Jahr 2017 wird

der Schutz des Dauergrünlandes im Rahmen des sog. „Greening" unionsrechtlich nach Art. 43, 45 Verordnung (EU) Nr. 1307/2013 und ergänzt durch Art. 41 ff. Delegierte Verordnung (EU) Nr. 639/2014 gewährleistet, d. h. es erfolgt eine Systemumstellung.

81 Entgegen der Annahme des Klägers ist damit auch die niedersächsische Verordnung zur Erhaltung von Dauergrünland vom 6. Oktober 2009 nicht bereits außer Kraft getreten, sondern gilt übergangsweise noch fort (vgl. §§ 3, 7 Abs. 1 AgrarZahlVerpflG sowie dazu List, jurisPR-AgrarR 8/2014, Anm. 1, B).

82 bb) Wie der Senat bereits in seinem o.a. Beschluss vom 27. Oktober 2015 (- 10 LA 31/15 -) ausgeführt hat, steht einer Kürzung der Betriebsprämie in Anwendung des Günstigkeitsprinzips nach Art. 2 Abs. 2 Satz 2 Verordnung (EG/EURATOM) Nr. 2988/95 schließlich auch nicht entgegen, dass das Umbruchverbot in Niedersachsen wegen veränderter tatsächlicher Verhältnisse, d. h. einer Wiederzunahme des Dauergrünlandanteils, (jedenfalls) seit dem Dezember 2014 nicht mehr galt. Denn das Günstigkeitsprinzip bezieht sich auf die Sanktionsregelung und wirkt damit (nur) dann zugunsten des betroffenen Betriebsinhabers, wenn diese Regelung als „Ausdruck einer gewandelten gesetzgeberischen Wertung der Sanktionierung" (BVerwG, Urt. v. 1.10.2014 - 3 C 31/13 -, juris, Rn. 33) abgemildert worden ist. Dass wegen geänderter tatsächlicher Verhältnisse, d. h. wegen der Wiederzunahme des Dauergrünlandanteils, in Niedersachsen gegenwärtig kein Anlass für ein solches Verbot mehr besteht und damit kein vergleichbarer sanktionsbewehrter Verstoß mehr möglich ist, stellt demnach keinen Anwendungsfall des Günstigkeitsprinzips dar. Denn insoweit hat sich zugunsten des Betroffenen nicht die Wertung geändert, wie ein solches Verhalten zu sanktionieren ist, sondern aufgrund verbesserter tatsächlicher Verhältnisse stellt sich ein Verbot in Niedersachen vorübergehend nicht als notwendig dar.

Zitiervorschlag:
OVG Lüneburg Urt. v. 31.3.2016 – 10 LB 32/14, BeckRS 2016, 45818

BeckRS 2016, 69199

BAG (Neunte Senat), Urteil vom 19.01.2016 - 9 AZR 608/14

Titel:
Berechnung des Urlaubsanspruchs eines Feuerwehrmanns - Wechselschichtzulage

Normenketten:
TVöD-V § 7 Abs. 1, § 8 Abs. 5, § 26 Abs. 1, § 27
BGB § 249 Abs. 1

Orientierungssätze der Richterinnen und Richter des BAG

1. Als Arbeitstage sind bei der Berechnung des Urlaubsanspruchs in Ermangelung einer entsprechenden Regelung im TVöD-V aF nicht nur die Kalendertage zu berücksichtigen, an denen die Schicht begonnen hat, sondern alle Kalendertage, an denen eine Arbeitspflicht bestand.
2. Nach der Anlage D.2 Nr. 2 Abs. 1 Satz 3 TVöD-V aF findet § 27 TVöD-V aF für Beschäftigte, die hauptamtlich im kommunalen feuerwehrtechnischen Dienst beschäftigt sind, Anwendung. Für den Anspruch auf Zusatzurlaub ist es unerheblich, dass den Beschäftigten wegen der Regelung in der Anlage D.2 Nr. 2 Abs. 1 TVöD-V aF kein

Anspruch auf Wechselschichtzulage nach § 8 Abs. 5 TVöD-V aF zusteht. Entscheidend ist, dass ohne die Sonderregelung ein Anspruch auf eine Wechselschichtzulage nach § 8 Abs. 5 TVöD-V aF bestanden hätte.

Rechtsgebiet:

Arbeitsrecht

Schlagworte:

Tarifvertrag, Urlaub, Arbeitspflicht, Feuerwehrmann

vorgehend:

LAG Sachsen, Urteil vom 01.08.2014 - 7 Sa 109/14 (nicht rechtskräftig)
ArbG Zwickau, Urteil vom 19.12.2013 - 1 Ca 884/13 (nicht rechtskräftig)

Fundstellen:

AP TVöD § 26 Nr. 7
APNews 2016, 164
NJOZ 2016, 1470
NZA 2016, 1488 (Os.)
öAT 2016, 147 (m. Anm. Dr. Claudia Hahn)

Entscheidungsbesprechungen:

öAT 2016, 147

ECLI:

ECLI:DE:BAG:2016:190116.U.9AZR608.14.0

Rechtskraft:

rechtskräftig

KI-generierte Zusammenfassung:

Das Bundesarbeitsgericht entschied, dass der Kläger, ein im kommunalen feuerwehrtechnischen Dienst beschäftigter Feuerwehrmann, Anspruch auf Nachgewährung von drei Tagen Tarifurlaub aus dem Jahr 2012 hat, da das Landesarbeitsgericht bei der Prüfung des Erfüllungseinwands der Beklagten Tage nicht berücksichtigte, an denen der Kläger ohne Urlaub von 00:00 Uhr bis 06:00 Uhr hätte arbeiten müssen.
Das Gericht stellte fest, dass dem Kläger nach § 26 Abs. 1 TVöD-V aF für die Jahre 2011 und 2012 jeweils ein Urlaubsanspruch von 28 bzw. 29 Arbeitstagen zustand und er zusätzlich Anspruch auf sechs Arbeitstage Zusatzurlaub pro Jahr für geleistete Wechselschichtarbeit hatte. Bei der Berechnung des Urlaubsanspruchs für Schichtarbeiter müssen alle Kalendertage, an denen eine Arbeitspflicht bestand, berücksichtigt werden. Die Revision der Beklagten war teilweise begründet, da das Landesarbeitsgericht rechtsfehlerhaft Tage nicht einbezog, an denen der Kläger in den frühen Morgenstunden hätte arbeiten müssen. Dadurch wurde der Urlaubsanspruch des Klägers für das Jahr 2012 nicht vollständig erfüllt, und es verblieb ein Restanspruch von drei Tagen.

Text1

ERLÄUTERUNG
Die Richterinnen und Richter des Bundesarbeitsgerichts
Bundesarbeitsgericht Neunter SenatUrteil vom 19. Januar 2016
- 9 AZR 608/14

Einzelstichworte:
Berechnung des Urlaubsanspruchs im Geltungsbereich des TVöD-V aF bei zwei Kalendertage überlappender Schichtarbeit - Auslegung des Worts „unbeschadet" in der Anlage D.2 Nr. 2 Abs. 1 Satz 3 TVöD-V aF
Angewandte Bestimmungen:
Orientierungssätze:
Verhältnis zu bisheriger Rechtsprechung:
Zu OS 1.: Bestätigung von BAG 15. März 2011 - 9 AZR 799/09 - BAGE 137, 221; vgl. auch BAG 21. Juli 2015 - 9 AZR 145/14
Weiterführende Hinweise:
./.
Schwerpunkt: • Urlaubsrecht
Branchenspezifische Problematik:
Ja: ElNein: □
Falls ja: Öffentlicher Dienst
Besonderer Interessentenkreis:
Beschäftigte im kommunalen feuerwehrtechnischen DienstBundesarbeitsgericht
Neunter Senat
Urteil vom 19. Januar 2016 - 9 AZR 608/14
ECLI:DE:BAG:2016:190116.U.9AZR608.14.0
I. Arbeitsgericht Zwickau
Urteil vom 19. Dezember 2013 - 1 Ca 884/13
II. Sächsisches Landesarbeitsgericht
Urteil vom 1. August 2014 - 7 Sa 109/14
Für die Amtliche Sammlung: Nein
Entscheidungsstichworte:
Berechnung des Urlaubsanspruchs im Geltungsbereich des TVöD-V aF bei zwei Kalendertage überlappender Schichtarbeit - Auslegung des Worts „unbeschadet" in der Anlage D.2 Nr. 2 Abs. 1 Satz 3 TVöD-V aF
Bestimmungen:
Durchgeschriebene Fassung des Tarifvertrags für den öffentlichen Dienst für den Bereich Verwaltung im Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (TVöD-V aF) § 7 Abs. 1, § 8 Abs. 5, §§ 26, 27, Anlage D.2 Nr. 2 Abs. 1BUNDESARBEITSGERICHT
9 AZR 608/14
7 Sa 109/14 Sächsisches Landesarbeitsgericht
Im Namen des Volkes!
Verkündet am 19. Januar 2016
URTEIL
Brüne, Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle
In Sachen
Beklagte, Berufungsklägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,
Kläger, Berufungsbeklagter, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,
hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 19. Januar 2016 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Brühler, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Suckow und
Klose sowie den ehrenamtlichen Richter Kranzusch und die ehrenamtliche Richterin

Pielenz für Recht erkannt:

1.Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Sächsischen Landesarbeitsgerichts vom 1. August 2014 - 7 Sa 109/14 - teilweise aufgehoben.
2.Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Zwickau vom 19. Dezember 2013 - 1 Ca 884/13 - wird insgesamt zurückgewiesen.
3.Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu 3/14 zu tragen, der Kläger zu 11/14. Die Beklagte hat die Kosten der Berufung zu 1/5 zu tragen, der Kläger zu 4/5.
Von Rechts wegen!

Tatbestand

1 Die Parteien streiten über die Höhe tariflicher Urlaubsansprüche.

2 Der über 40 Jahre alte Kläger ist bei der Beklagten im kommunalen feuerwehrtechnischen Dienst beschäftigt. Kraft arbeitsvertraglicher Bezugnahme bestimmt sich das Arbeitsverhältnis der Parteien nach dem BAT-O und den diesen ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträgen in der für den Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (VKA) jeweils geltenden Fassung. In der durchgeschriebenen Fassung des Tarifvertrags für den öffentlichen Dienst für den Bereich Verwaltung im Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände vom 7. Februar 2006 (TVöD-V aF) war im streitgegenständlichen Zeitraum auszugsweise Folgendes geregelt:
„§ 26 Erholungsurlaub
(1) Beschäftigte haben in jedem Kalenderjahr Anspruch auf Erholungsurlaub unter Fortzahlung des Entgelts (§ 21). Bei Verteilung der wöchentlichen Arbeitszeit auf fünf Tage in der Kalenderwoche beträgt der Urlaubsanspruch in jedem Kalenderjahr nach dem vollendeten
40. Lebensjahr30 Arbeitstage.
... Bei einer anderen Verteilung der wöchentlichen Arbeitszeit als auf fünf Tage in der Woche erhöht oder vermindert sich der Urlaubsanspruch entsprechend. Verbleibt bei der Berechnung des Urlaubs ein Bruchteil, der mindestens einen halben Urlaubstag ausmacht, wird er auf einen vollen Urlaubstag aufgerundet; Bruchteile von weniger als einem halben Urlaubstag bleiben unberücksichtigt. ...
§ 27 Zusatzurlaub
(1) Beschäftigte, die ständig Wechselschichtarbeit nach § 7 Abs. 1 oder ständig Schichtarbeit nach § 7 Abs. 2 leisten und denen die Zulage nach § 8 Abs. 5 Satz 1 oder Abs. 6 Satz 1 zusteht, erhalten
a) bei Wechselschichtarbeit für je zwei zusammenhängende Monate
einen Arbeitstag Zusatzurlaub.

3 Die Anlage D zum TVöD-V aF lautet auszugsweise:
D.2
Beschäftigte im kommunalen feuerwehrtechnischen
Dienst
Zu Abschnitt I Allgemeine Vorschriften
Nr. 1 zu § 1 Abs. 1 - Geltungsbereich Diese Sonderregelungen gelten für Beschäftigte, die hauptamtlich im kommunalen feuerwehrtechnischen Dienst beschäftigt sind.
Zu Abschnitt II Arbeitszeit und zu Abschnitt III Eingruppierung, Entgelt und sonstige
Leistungen

Nr. 2

(1) Die §§ 6 bis 9 und 19 finden keine Anwendung. Es gelten die Bestimmungen für die entsprechenden Beamten. § 27 findet unbeschadet der Sätze 1 und 2 Anwendung.

ii

4 Gemäß der Dienstvereinbarung über den Dienstplan des Einsatzdienstes der Berufsfeuerwehr P vom 18. Dezember 2009, Anlage 1 zu § 2 Abs. 2 (Rahmendienstplan), wurden im operativen Einsatzdienst zwei Dienstschichten zu je zwölf Stunden an sieben Tagen in der Woche geleistet, eine Tagschicht von 06:00 Uhr bis 18:00 Uhr und eine Nachtschicht von 18:00 Uhr bis 06:00 Uhr. Im Jahr 2011 zog die Beklagte den Kläger, den sie regelmäßig in beiden Schichten nach einem Dienstplan einsetzte, längstens nach Ablauf eines Monats erneut zur Nachtschicht heran.

5 Im Jahr 2011 bestand an 244 Tagen Arbeitspflicht. Der Kläger erhielt 2011 einen Tag Sonderurlaub aufgrund seines 25-jährigen Betriebsjubiläums. Die Beklagte gewährte ihm im Jahr 2011 zur Erfüllung der in diesem Jahr entstandenen Urlaubsansprüche an 36 Tagen Urlaub. An sechs dieser Tage bestand für den Kläger nur in den Morgenstunden vor dem Nachtschichtende eine Arbeitspflicht.

6 In der Dienstvereinbarung zur Neuordnung der Dienstdurchführung im operativen Dienst der Berufsfeuerwehr vom 21. Dezember 2011, die am 1. Januar 2012 in Kraft trat, wurden ua. Wochenarbeitszeit und Schichtfolgen wie folgt neu geregelt:

„§ 2

Wochenarbeitszeit und Schichtfolgen

(1)Die regelmäßige Arbeitszeit beträgt im Durchschnitt pro Woche 48 Stunden. Pro 7-Tage-Zeitraum ist eine kontinuierliche Mindestruhezeit von 24 Stunden zuzüglich der täglichen Ruhezeit von 11 Stunden zu gewährleisten.

(2)Die zeitliche Verteilung von Bereitschafts- und Dienstzeiten sowie der Pausen ist im Rahmendienstplan festgelegt (Anlage).

(1)(3)Der operative Einsatzdienst wird von 3 Wachabteilungen geleistet. Von Montag bis Donnerstag gilt ein 12-Stunden-Dienstsystem (Tagschicht oder Nachtschicht - jeweils 12 Stunden - T/N) und von Freitag bis Sonntag sowie feiertags ein Kombinationsdienst aus Tag- und Nachtschicht (2 mal 12 Stunden - T + N).

Die Tagschicht des operativen Einsatzdienstes beginnt um 06:00 Uhr und endet um 18:00 Uhr. Die Nachtschicht des operativen Einsatzdienstes beginnt um 18:00 Uhr und endet um 06:00 Uhr.

(4)Die Schicht der Besetzung Rettungswagen beginnt um 05:45 Uhr und endet um 18:00 Uhr.

(5)Die Besetzung des Notarzteinsatzfahrzeugs (NEF) erfolgt von Montag bis Donnerstag im 12-Stunden-Schichtsystem. Die Tagschicht beginnt um 05:45 Uhr und endet um 18:00 Uhr. Die Nachtschicht beginnt um 17:45 Uhr und endet um 06:00 Uhr. Freitag -Sonntag und feiertags erfolgt die Besetzung im Kombinationsdienst (T + N). Sollte von Montag -Donnerstag eine Besetzung im 12-Stunden-Schichtsystem nicht möglich sein, kann die Besetzung ausnahmsweise im 24-Stunden-Dienst erfolgen; Dienstbeginn ist hier 05:45 Uhr.

(6)Bei der Einteilung der Schichten sind folgende Grundsätze zu beachten:

1.Die Verteilung von Tag- und Nachtschichten soll für alle Mitarbeiter über das Jahr im gleichen Verhältnis erfolgen.

2.Wochenend- bzw. Feiertagsschichten sind im Jahresdurchschnitt gleichmäßig auf die Mitarbeiter zu verteilen.

3.Kann eine Schicht wegen urlaubsbedingter, krankheitsbedingter und/oder sonstiger Abwesenheit nicht aus einer Wachabteilung besetzt werden, ist zur Besetzung der Schicht auf Mitarbeiter aus den anderen Wachabteilungen zurückzugreifen. Jeder Mitarbeiter ist verpflichtet, im Bedarfsfall auch in den anderen beiden Wachabteilungen Dienst zu tun."

7 Im Jahr 2012 wurde der Kläger entsprechend der „Dienstleistungs übersieht" sowie dem „Dienstplan der Wachabteilungen" eingesetzt. An 248 Tagen bestand Arbeitspflicht. Dabei fiel beim Kläger in jedem Kalendermonat mindestens eine Nachtschicht an. Die Beklagte gewährte ihm 2012 an 32 Tagen Urlaub. An zwölf von diesen Tagen bestand für den Kläger nur in den Morgenstunden vor dem Nachtschichtende eine Arbeitspflicht.

8 Mit Schreiben vom 16. Dezember 2011 machte der Kläger weitere sechs Tage Urlaub für 2011 geltend und wiederholte seine Forderung mit Schreiben vom 25. Januar 2012. Unter dem 17. Dezember 2012 verlangte der Kläger zwei weitere Tage Erholungsurlaub sowie sechs Tage Zusatzurlaub.

9 Der Kläger hat die Auffassung vertreten, aufgrund des Schichtsystems habe er im Jahr 2011 Anspruch auf aufgerundet 28 Tage Erholungsurlaub gehabt, von denen 24 Tage gewährt worden seien. Da er im gesamten Jahr 2011 ständig Wechselschichtarbeit geleistet und die Beklagte lediglich vier Tage Zusatzurlaub gewährt habe, verbleibe ein Restanspruch von zwei Tagen Zusatzurlaub. Auch nach Änderung des Dienstplansystems im Jahr 2012 sei weiterhin Wechselschichtarbeit geleistet worden.

10 Der Kläger hat zuletzt beantragt,

1.die Beklagte zu verurteilen, ihm für das Kalenderjahr 2011noch sechs Tage Urlaub zu gewähren;

2.hilfsweise zum Antrag zu 1. die Beklagte zu verurteilen, ihm für das Kalenderjahr 2011 noch sechs Dienstschichten Urlaub zu gewähren;

3.die Beklagte zu verurteilen, ihm für das Kalenderjahr 2012noch sechs Tage Urlaub zu gewähren;

4.hilfsweise zum Antrag zu 3. die Beklagte zu verurtei- len, ihm für das Kalenderjahr 2012 noch sechs Dienstschichten Urlaub zu gewähren.

11 Zu ihrem Klageabweisungsantrag hat die Beklagte die Auffassung vertreten, der Kläger habe keinen Anspruch auf Zusatzurlaub.

12 Das Arbeitsgericht hat die Beklagte verurteilt, dem Kläger für das Kalenderjahr 2012 noch drei Urlaubstage zu gewähren, und hat die Klage im Übrigen abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Landesarbeitsgericht das Urteil des Arbeitsgerichts teilweise abgeändert und die Beklagte verurteilt, dem Kläger für das Kalenderjahr 2011 fünf Tage Urlaub und für das Kalenderjahr 2012 sechs weitere Tage Urlaub zu gewähren. Im Übrigen hat es die Berufung des Klägers ebenso zurückgewiesen wie die Berufung der Beklagten. Mit ihrer Revision verfolgt die Beklagte ihr Ziel der vollständigen Klageabweisung weiter.

Entscheidungsgründe

13 Die zulässige Revision der Beklagten ist teilweise begründet. Der Kläger hat gemäß § 275 Abs. 1 und Abs. 4, § 280 Abs. 1 und Abs. 3, § 283 Satz 1, § 286 Abs. 1 Satz 1, § 287 Satz 2, § 249 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf Nachgewährung von Tarifurlaub im Umfang von drei Tagen aus dem Jahr 2012. Das

Landesarbeitsgericht hat zu Recht angenommen, dass dem Kläger nach § 26 Abs. 1 TVöD-V aF für das Jahr 2011 ein Urlaubsanspruch iHv. 28 Arbeitstagen und für das Jahr 2012 iHv. 29 Arbeitstagen zustand. Ebenso zutreffend ist das Landesarbeitsgericht davon ausgegangen, dass der Kläger in den Jahren 2011 und 2012 einen Anspruch auf jeweils sechs Arbeitstage Zusatzurlaub gemäß § 27 Abs. 1 Buchst. a iVm. Anlage D.2 Nr. 2 TVöD-V aF hatte. Rechtsfehlerhaft hat das Landesarbeitsgericht jedoch bei der Prüfung des Erfüllungs-einwands der Beklagten Tage nicht berücksichtigt, an denen der Kläger ohne Urlaub von 00:00 Uhr bis 06:00 Uhr hätte arbeiten müssen.

14 I. Grundsätzlich standen dem Kläger nach § 26 Abs. 1 TVöD-V aF für die Jahre 2011 und 2012 jeweils 30 Arbeitstage tariflicher Erholungsurlaub zu. Für Arbeitnehmer in Schichtarbeit sind die Urlaubstage in Tage mit Arbeitspflicht umzurechnen (vgl. BAG 15. März 2011 - 9 AZR 799/09 - Rn. 18 ff., BAGE 137, 221). Die hier anzuwendende Tarifvorschrift trifft keine besondere Umrechnungsbestimmung für Schichtarbeit. § 26 Abs. 1 Satz 4 TVöD-V aF bestimmt nur allgemein, dass bei einer anderen Verteilung der wöchentlichen Arbeitszeit als auf fünf Tage in der Woche sich der Urlaubsanspruch entsprechend erhöht oder vermindert. Insofern ist nach allgemeinen Grundsätzen umzurechnen. Ist die regelmäßige Arbeitszeit nicht auf eine Kalenderwoche verteilt, muss für die Umrechnung eines nach Arbeitstagen bemessenen Urlaubs auf den Zeitabschnitt abgestellt werden, in dem die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit im Durchschnitt erreicht wird. Die danach maßgebliche Umrechnungsformel lautet:

Urlaubstage im Jahr x Arbeitstage im Jahr bei abweichender Verteilung Arbeitstage im Jahr bei einer Fünftagewoche (261 Arbeitstage)

15 In diese Formel sind als Dividend die im Tarifvertrag festgelegte Anzahl von 30 Urlaubstagen einzusetzen. Diese sind mit der vom Kläger im Schichtsystem im Kalenderjahr zu leistenden Anzahl von 244 Arbeitstagen (2011) bzw. 248 Arbeitstagen (2012) zu multiplizieren. Als Arbeitstage sind dabei in Ermangelung einer entsprechenden Regelung im TVöD-V aF nicht nur die Kalendertage zu berücksichtigen, an denen die Schicht begonnen hat, sondern alle Kalendertage, an denen eine Arbeitspflicht bestand (vgl. BAG 15. März 2011 - 9 AZR 799/09 - Rn. 21 und 28, BAGE 137, 221; vgl. zu einem ähnlichen Tarifvertrag BAG 21. Juli 2015 - 9 AZR 145/14 - Rn. 11). Dies wird von der Beklagten mit der Revision auch nicht in Zweifel gezogen.

16 Als Divisor sind im Hinblick auf § 21 TVöD-V aF die in der Fünftagewoche möglichen 261 Arbeitstage einzusetzen (vgl. BAG 15. März 2011 - 9 AZR 799/09 - Rn. 25 und 29, BAGE 137, 221). Daraus errechnet sich für den Kläger aufgrund der 244 Arbeitstage im Jahr 2011 und der 248 Arbeitstage im Jahr 2012 ein Anspruch auf gerundet 28 Arbeitstage für 2011 und gerundet 29 Arbeitstage für 2012 (vgl. § 26 Abs. 1 Satz 5 TVöD-V aF).

17 II. Ohne Rechtsfehler hat das Landesarbeitsgericht dem Kläger für die Jahre 2011 und 2012 jeweils sechs Tage Zusatzurlaub nach § 27 Abs. 1 Buchst. a iVm. Anlage D.2 Nr. 2 TVöD-V aF für geleistete Wechselschichtarbeit zuerkannt. Nach der Anlage D.2 Nr. 2 Abs. 1 Satz 1 TVöD-V aF finden die §§ 6 bis 9 und 19 TVöD-V aF für Beschäftigte wie den Kläger, die hauptamtlich im kommunalen feuerwehrtechnischen Dienst beschäftigt sind, keine Anwendung. Es gelten gemäß der Anlage D.2 Nr. 2 Abs. 1 Satz 2 TVöD-V aF die Bestimmungen für die entsprechenden Beamten. Allerdings findet nach der Anlage D.2 Nr. 2 Abs. 1 Satz 3

TVöD-V aF § 27 TVöD-V aF „unbeschadet" der Sätze 1 und 2 Anwendung. Nach § 27 Abs. 1 TVöD-V aF erhalten „Beschäftigte, die ständig Wechselschichtarbeit nach § 7 Abs. 1 oder ständig Schichtarbeit nach § 7 Abs. 2 leisten und denen die Zulage nach § 8 Abs. 5 Satz 1 oder Abs. 6 Satz 1 zusteht", bei Wechselschichtarbeit für je zwei zusammenhängende Monate einen Arbeitstag Zusatzurlaub.

18 1. Für den Anspruch des Klägers ist es entgegen der Ansicht der Revision unerheblich, dass ihm wegen der Regelung in der Anlage D.2 Nr. 2 Abs. 1 TVöD-V aF kein Anspruch auf Wechselschichtzulage nach § 8 Abs. 5 TVöD-V aF zusteht.

19 a) Entscheidend ist, dass dem Kläger ohne die Sonderregelung eine Wechselschichtzulage nach § 8 Abs. 5 TVöD-V aF zugestanden hätte (vgl. Breier/ Dassau/Kiefer/Lang/Langenbrinck TVöD Stand Januar 2016 Teil B 4.1 TVöD-V Anlage D Rn. 14; vgl. auch Clemens/Scheuring/Steingen/Wiese TVöD Stand Januar 2016 BT-V § 46 (VKA) Rn. 16 zu Nr. 2). Die Anlage D.2 Nr. 2 Abs. 1 Satz 3 erklärt § 27 TVöD-V aF ausdrücklich für anwendbar. Dabei kann es letztlich offenbleiben, ob die Tarifvertragsparteien die Formulierung „unbeschadet der Sätze" in einem zutreffenden Wortsinn benutzt haben (zum möglichen Wortverständnis BAG 27. April 2004 - 9 AZR 18/03 - zu A II 2 b (2) der Gründe, BAGE 110, 208; Wolff JZ 2012, 31 unter Hinweis auf das Handbuch der Rechtsförmlichkeit 3. Aufl. Rn. 87). Aus dem Gesamtzusammenhang ergibt sich, dass die Tarifvertragsparteien die Anwendbarkeit des § 27 TVöD-V aF anordnen wollten, ohne dass die Geltung dieser Vorschrift durch die Regelungen „der Sätze 1 und 2" beeinträchtigt wird. Es ist anerkannt, dass bei der Auslegung von Tarifverträgen eine Bindung an den möglichen Wortsinn eines Begriffs dann nicht besteht, wenn sich aus dem Gesamtzusammenhang das Vorliegen eines Redaktionsversehens ergibt (vgl. BAG 31. Oktober 1990 - 4 AZR 114/90 - BAGE 66, 177; JKOS/Krause 2. Aufl. § 4 Rn. 177; Thüsing/Braun/ Wißmann Tarifrecht Kap. 4 Rn. 157; vgl. zu Gesetzen ebenso Wolff JZ 2012, 31, 33). Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend darauf hingewiesen, dass die Regelung in der Anlage D.2 Nr. 2 Abs. 1 Satz 3 TVöD-V aF weitgehend leerliefe, wenn man die tatsächliche Zahlung einer Wechselschichtzulage bei hauptamtlich im kommunalen feuerwehrtechnischen Dienst Beschäftigten als Tatbestandsmerkmal ansähe.

20 b) Soweit die Revision geltend macht, es verbleibe als Anwendungsbereich noch die Gewährung von zusätzlichen Urlaubstagen durch Betriebs- oder Dienstvereinbarung iSd. § 27 Abs. 3 TVöD-V aF, so muss davon ausgegangen werden, dass die Tarifvertragsparteien nicht den gesamten § 27 TVöD-V aF für anwendbar erklärt hätten, wenn Sie im Ergebnis allein die Geltung des Absatzes 3 der Tarifnorm hätten anordnen wollen. Vielmehr bestand zwischen den Tarifvertragsparteien stets Einvernehmen, dass für Wechselschicht- und Schichtarbeit Zusatzurlaub wie zu Zeiten des BAT/BAT-O gewährt werden sollte. Durch Satz 3 der Anlage D.2 Nr. 2 Abs. 1 TVöD-V aF, der durch Änderungsvereinbarung vom 31. März 2008 rückwirkend zum 1. Oktober 2005 eingefügt wurde, ist dies nur klargestellt worden (Breier/Dassau/Kiefer/Lang/Langenbrinck aaO; vgl. auch RdSchr. der VKA vom 18. Dezember 2006 - R 414/06 - berichtigt durch RdSchr. vom 5. Januar 2007 (zu 2.4), abgedruckt bei Sponer/ Steinherr TVöD Stand Januar 2016 TVöD-V Anlage D.2 Nr. 2 Vorbem.).

21 2. Bereits das Arbeitsgericht hat zutreffend unter Rückgriff auf die Definition in § 7 Abs. 1 TVöD-V aF angenommen, dass der Kläger in den beiden streitgegenständlichen Jahren ständig Wechselschichtarbeit geleistet hat.

Wechselschichtarbeit ist nach § 7 Abs. 1 TVöD-V aF die Arbeit nach einem Schichtplan, der einen regelmäßigen Wechsel der täglichen Arbeitszeit in Wechselschichten vorsieht, bei denen Beschäftigte durchschnittlich längstens nach Ablauf eines Monats erneut zur Nachtschicht herangezogen werden. Wechselschichten sind wechselnde Arbeitsschichten, in denen ununterbrochen bei Tag und Nacht, werktags, sonntags und feiertags gearbeitet wird. Zu Unrecht meint die Revision, es sei im Rahmen des § 27 TVöD-V aF nicht auf das Vorliegen von Wechselschichten iSd. § 7 Abs. 1 TVöD-V aF, sondern auf das Vorliegen von Wechseldiensten nach § 9 Abs. 1 Satz 2 SächsAZVO abzustellen. Zwar findet § 7 Abs. 1 TVöD-V aF an sich auf den hauptamtlich im kommunalen feuerwehrtechnischen Dienst beschäftigten Kläger nach der Anlage D.2 Nr. 2 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 TVöD-V aF keine Anwendung. Vielmehr gelten die entsprechenden beamtenrechtlichen Regelungen. Das gilt aber nach der Anlage D.2 Nr. 2 Abs. 1 Satz 3 TVöD-V aF gerade nicht für die Frage des Zusatzurlaubs nach § 27 TVöD-V aF. Diese Vorschrift des TVöD-V aF soll auf die im kommunalen feuerwehrtechnischen Dienst Beschäftigten Anwendung finden. § 27 TVöD-V aF stellt aber nicht auf die entsprechenden beamtenrechtlichen Regelungen zu Wechseldiensten, sondern auf das Vorliegen von Wechselschichten ab. Hierzu enthält der TVöD-V aF eine eigene Definition, die im Rahmen des § 27 TVöD-V aF heranzuziehen ist.

22 III. Die Beklagte rügt mit ihrer Revision zu Recht, dass weder der TVöD-V aF noch das BUrlG eine rechtliche Grundlage dafür enthalten, dass die Tage, an denen der Kläger ohne Urlaub von 00:00 Uhr bis 06:00 Uhr hätte arbeiten müssen, zwar bei der Berechnung der Urlaubstage, nicht aber bei der Erfüllung des Urlaubsanspruchs zu berücksichtigen sind.

23 1.Es besteht ein Gleichlauf zwischen dem Bezugspunkt bei der Berechnung des Urlaubsumfangs und dem Bezugspunkt bei der Erfüllung des Urlaubsanspruchs. Setzt man in die Formel für die Berechnung als Arbeitstage nicht nur die Kalendertage ein, an denen die Schicht begonnen hat, sondern alle Kalendertage, an denen eine Arbeitspflicht bestand, so wird auch mit jedem Tag der bezahlten Freistellung der Urlaubsanspruch erfüllt.

24 2.Die Beklagte erteilte dem Kläger zur Erfüllung des Urlaubsanspruchs aus dem Jahr 2011 an 36 Tagen mit Arbeitspflicht Urlaub. Der Urlaubsanspruch von insgesamt 34 Tagen ist damit auch unter Berücksichtigung des Sonderurlaubs aufgrund des 25-jährigen Betriebsjubiläums durch Erfüllung erloschen.

25 Die Beklagte gewährte dem Kläger zur Erfüllung des Urlaubsanspruchs aus dem Jahr 2012 (insgesamt 35 Tage) an 32 Tagen mit Arbeitspflicht Urlaub. Damit verblieb noch ein Urlaubsanspruch im Umfang von drei Arbeitstagen aus dem Jahr 2012. Als Anspruchsgrundlage für die verlangte Nachgewährung von Tarifurlaub aus dem Jahr 2012 kommen § 275 Abs. 1 und Abs. 4, § 280 Abs. 1 und Abs. 3, § 283 Satz 1, § 286 Abs. 1 Satz 1, § 287 Satz 2, § 249 Abs. 1 BGB in Betracht (vgl. BAG 15. März 2011 - 9 AZR 799/09 - Rn. 16, BAGE 137, 221).

Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien fand der TVöD-V aF als der den BAT-O ersetzender Tarifvertrag Anwendung. Ein möglicher Erfüllungsanspruch ist mit dem 31. Dezember 2012 grundsätzlich erloschen. Zu diesem Zeitpunkt hatte der Kläger die Gewährung des weiteren Urlaubs von der Beklagten bereits erfolglos verlangt, sodass diese sich in Verzug befand.

2 IV. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 Satz 1 ZPO.

Zitiervorschlag:
BAG Urt. v. 19.1.2016 – 9 AZR 608/14, BeckRS 2016, 69199

BeckRS 2015, 96110

FG Hamburg, Beschluss vom 22.10.2015 – 1 V 108/15

Titel:
Finanzgerichtsordnung: Zur Zulässigkeit des Finanzrechtsweges bei Verwaltungsvollstreckung
Normenketten:
FGO § 33 Abs. 1 Nr. 2
GVG § 17a Abs. 3 Satz 2
HmbVwVG § 35 Abs. 1
Amtlicher Leitsatz:
Gegen Vollstreckungsmaßnahmen nach §§ 30 ff. HmbVwVG ist der Verwaltungsrechtsweg und nicht der Finanzrechtsweg gegeben.
Schlagworte:
Rechtsweg, Vollstreckungsmaßnahme, Rundfunkbeitrag
Fundstellen:
EFG 2016, 127 (m. Anm. Dr. Reiner Fu)
LSK 2016, 031125
ECLI:
ECLI:DE:FGHH:2015:1022.1V108.15.0A

Gründe:

I.
Der Antragsteller wendet sich gegen die Beitreibung von rückständigen Rundfunkbeiträgen, die die Antragsgegnerin auf Ersuchen des NDR durchführt.
Der NDR ersuchte die Antragsgegnerin mit der Vollstreckung von Rundfunkbeiträgen des Antragstellers in Höhe von 410,58 EUR für den Zeitraum Januar 2013 bis September 2014, die nach Angaben des NDR mit Bescheid vom 04.07.2014 festgesetzt und rückständig waren.
Die Antragsgegnerin erließ wegen dieser Forderung zuzüglich Vollstreckungskosten am 01.06.2015 eine Pfändungs- und Überweisungsverfügung gegenüber der Bank des Antragstellers, die der Bank am 03.06.2015 zugestellt wurde.
Der Antragsteller hat am 10.06.2014 vorläufigen Rechtsschutz bei Gericht beantragt.
Er ist der Auffassung, der Finanzrechtsweg sei gegeben, da die Vollstreckung durch die Antragsgegnerin nach den Vorschriften der Abgabenordnung (AO) erfolge, auf die § 35 Abs. 1 des Hamburgischen Verwaltungsvollstreckungsgesetzes (HmbVwVG, Hamburgisches Gesetz- und Verordnungsblatt - HmbGVBl. - 2012, 510, zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 21.05.2013, HmbGVBl. 2013, 210) verweise.
Der Antragsteller beantragt sinngemäß,
die Vollziehung der Pfändungs- und Überweisungsverfügung vom 01.06.2015 aufzuheben, hilfsweise im Wege einstweiliger Anordnung die Antragsgegnerin zu verpflichten, die Vollstreckung einzustellen.
Die Antragsgegnerin beantragt,
den Antrag abzulehnen.

Die Antragsgegnerin ist der Auffassung, nicht der Finanzrechtsweg, sondern der Verwaltungsrechtsweg sei gegeben. Gegen Pfändungs- und Überweisungsverfügungen im Vollstreckungshilfeverfahren sei nicht ein Einspruch, sondern ein verwaltungsrechtlicher Widerspruch statthaft, an den sich ein verwaltungsgerichtliches Verfahren anschließe.
Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Schriftsätze der Beteiligten nebst Anlagen verwiesen.
II.
1. Gemäß § 155 Satz 1 der Finanzgerichtsordnung (FGO) in Verbindung mit (i. V. m.) § 17a Abs. 3 Satz 2 des Gerichtsverfassungsgesetzes (GVG) hat das Gericht vorab über die Zulässigkeit des beschrittenen Rechtsweges zu entscheiden, wenn - wie im Streitfall - eine Partei die Zulässigkeit des Rechtsweges rügt.
Die Regelung des § 17a GVG ist auch im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes anzuwenden. Dies ergibt sich aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift, wonach ein Streit der Beteiligten über den richtigen Rechtsweg vereinfacht, verkürzt und zu einem möglichst frühen Zeitpunkt entschieden werden soll (Bundestags-Drucksache - BT-Drucks. - 11/7030, 36 f.; vergleiche - vgl. - auch Bundesfinanzhof - BFH -, Beschluss vom 06.02.2001 VII B 277/00, Sammlung der Entscheidungen des BFH - BFHE - 194, 26, Bundessteuerblatt Teil II - BStBl II - 2001, 306; Kissel/Mayer, GVG, 7. Aufl. 2013, § 17 Randziffer - Rz. - 7 mit weiteren Nachweisen - m. w. N. -).
2. Im Streitfall ist der beschrittene Finanzrechtsweg nicht zulässig.
Der Finanzrechtsweg ist gemäß § 33 Abs. 1 Nr. 2 FGO gegeben in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten über die Vollziehung von Verwaltungsakten, soweit die Verwaltungsakte durch Landesfinanzbehörden nach den Vorschriften der AO zu vollziehen sind. Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Der Festsetzungsbescheid ist nicht im Sinne des § 33 Abs. 1 Nr. 2 FGO nach den Vorschriften der AO zu vollziehen.
a) Die Vollziehung richtet sich nach dem HmbVwVG, da dieses Gesetz gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 HmbVwVG im Streitfall Anwendung findet. Die Antragsgegnerin als Stelle der Freien und Hansestadt Hamburg betreibt die Vollstreckung eines im Verwaltungswege vollstreckbaren Titels.
aa) Die Antragsgegnerin als Landesfinanzbehörde (§ 6 Abs. 2 Nr. 1 AO) betreibt die Vollstreckung nach § 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 HmbVwVG.
Die Antragsgegnerin ist für die Vollstreckung gemäß § 4 Satz 1 HmbVwVG i. V. m. Abschnitt III Nr. 3 der Anordnung über Vollstreckungsbehörden (Amtlicher Anzeiger - Amtl. Anz. - 1999, 1457, zuletzt geändert durch Artikel 12 der Anordnung vom 26.10.2010, Amtl. Anz. 2010, 2129) zuständig und führt gemäß § 5 Abs. 1 HmbVwVG die Vollstreckung durch.
bb) Die Antragsgegnerin betreibt die Vollstreckung eines im Verwaltungswege vollstreckbaren Titels.
Gemäß § 10 Abs. 5 Satz 1 des Rundfunkbeitragsstaatsvertrages (RBStV, verkündet als Art. 1 der Anlage des Gesetzes zum Fünfzehnten Rundfunkänderungsstaatsvertrag vom 15.02.2011, HmbGVBl. 2011, 63, in Kraft getreten am 01.01.2013, HmbGVBl. 2012, 430) werden rückständige Rundfunkbeiträge durch die zuständige Landesrundfunkanstalt, hier durch den NDR als Anstalt des öffentlichen Rechts, festgesetzt. Die Festsetzungsbescheide als Verwaltungsakte werden im Verwaltungsvollstreckungsverfahren öffentlich-rechtlich vollstreckt (§ 10 Abs. 6 Satz 1 RBStV).
b) Etwas anderes ergibt sich nicht aus § 35 Abs. 1 HmbVwVG.
Gemäß § 35 Abs. 1 HmbVwVG erfolgt die Vollziehung des Festsetzungsbescheides unter entsprechender Anwendung von § 191 Abs. 1 Sätze 2 und 3, §§ 255, 256, 258, 260, 262

bis 267, 281 bis 284, § 285 Abs. 1 und §§ 286 bis 327 AO. Die entsprechende Anwendung der genannten Vorschriften führt jedoch nicht zu einer "Vollziehung nach den Vorschriften der AO" im Sinne des § 33 Abs. 1 Nr. 2 FGO.
aa) Zwar erklärt § 35 Abs. 1 HmbVwVG eine Vielzahl von Vorschriften der AO zur Vollstreckung wegen Geldforderungen für die Beitreibung von Geldforderungen nach dem HmbVwVG (Teil 3, §§ 30 bis 37 HmbVwVG) für entsprechend anwendbar. Aus dem Wortlaut der Norm ergibt sich allerdings nicht unbedingt eine Vollziehung "nach den Vorschriften der AO". Denn durch das Wort "entsprechend" wird deutlich, dass die Bezugsnorm, hier die jeweils benannte Vorschrift der AO, nicht wörtlich passt und damit nicht wörtlich bei der Ausgangsnorm, hier dem HmbVwVG, mitgelesen werden kann (Analogieverweisung; Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. Auflage - Aufl. - 2008, Bundesanzeiger Nr. 160a vom 22.10.2008, Rz. 232).
bb) Einer Vollziehung des Festsetzungsbescheides nach den Vorschriften der AO stehen systematische Erwägungen entgegen.
aaa) Unter Berücksichtigung des im HmbVwVG vorgesehenen verwaltungsrechtlichen Rechtsschutzverfahrens gegen Vollstreckungsmaßnahmen richtet sich der zulässige Rechtsweg nach allgemeinem Verwaltungsrecht.
Der Finanzrechtsweg nach § 33 Abs. 1 Nr. 2 FGO korrespondiert mit einem statthaften Einspruchsverfahren nach § 347 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO. Mit dem Gesetz vom 24.06.1994 (Bundesgesetzblatt Teil I - BGBl I - 1994, 1395) wurde § 33 Abs. 1 Nr. 2 FGO an den Wortlaut des § 347 Abs. 1 Nr. 2 AO angepasst, um ein Auseinanderfallen des außergerichtlichen Rechtsbehelfsverfahrens und des Rechtsweges zu vermeiden (BT-Drucks. 12/7427, 39; Braun, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, § 33 FGO Rz. 195). Ein Einspruchsverfahren nach den Vorschriften der AO ist jedoch gegen Vollstreckungsmaßnahmen im Rahmen der Beitreibung von Geldforderungen nach dem HmbVwVG nicht vorgesehen. § 35 Abs. 1 HmbVwVG verweist allein auf die entsprechende Anwendung der Vorschriften der AO, die für die Vollstreckung gelten, nicht aber auch auf die Vorschriften über das außergerichtliche Rechtsbehelfsverfahren. § 35 Abs. 2 HmbVwVG enthält zudem allein die Begriffe des allgemeinen verwaltungsrechtlichen Rechtsschutzverfahrens. Danach findet § 324 AO mit der Maßgabe Anwendung, dass Widerspruch und Klage gegen die Arrestanordnung keine aufschiebende Wirkung haben. Dies entspricht der Terminologie des § 80 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO). § 35 Abs. 2 HmbVwVG verweist hingegen gerade nicht auf den Einspruch, der in der AO als Rechtsbehelf gegen Verwaltungsakte vorgesehen ist (§ 347 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO) und der die Vollziehung des angefochtenen Verwaltungsaktes grundsätzlich nicht hemmt (§ 361 Abs. 1 Satz 1 AO). Nach den Vorschriften der AO kann die Finanzbehörde daher den angefochtenen Verwaltungsakt von der Vollziehung aussetzen (§ 361 Abs. 2 Satz 1 AO). Soweit § 29 Abs. 1 HmbVwVG für Rechtsbehelfe gegen Vollstreckungsakte zur Erzwingung von Handlungen, Duldungen und Unterlassungen nach allgemeinem Prozessrecht den Verwaltungsrechtsweg eröffnet, steht dies den vorgenannten systematischen Erwägungen nicht entgegen. Auch wenn nach der Gesetzesbegründung die Regelungen über zu ergreifende Rechtsbehelfe (§ 75 Abs. 1 HmbVwVG alte Fassung) nunmehr in § 29 HmbVwVG systematischer geregelt werden sollten und der Verweis auf die Rechtsbehelfe gegen diese Maßnahmen entbehrlich sein sollte (vgl. Mitteilungen des Senats an die Bürgerschaft, Drucksache 20/4579, 32), würde ein Auseinanderfallen des Rechtsweges mit jeweils eigenen Verfahrensordnungen dem Ziel des Gesetzgebers bei der Neuregelung des HmbVwVG zuwiderlaufen. Denn das HmbVwVG sollte übersichtlicher strukturiert, praktikabler gestaltet und die Vollstreckung, insbesondere die Beitreibung von

Geldforderungen, effektiviert werden (Drucksache 20/4579, 14). Eine Änderung der Rechtslage hinsichtlich des Rechtsschutzes war danach nicht beabsichtigt.
Des Weiteren ergibt sich aus der ausdrücklichen Rechtswegzuweisung in § 34 Abs. 4 Satz 3 HmbVwVG zu den ordentlichen Gerichten in dem dort genannten Fall, dass Rechtsschutz gegen Maßnahmen zur Beitreibung von Geldforderungen nach dem HmbVwVG im Übrigen durch die Verwaltungsgerichte gewährt wird (vgl. Drucksache 20/4579, S. 35). Anderenfalls ergäbe sich für diesen Rechtsschutz eine Änderung der Rechtslage, für die nichts ersichtlich ist.
bbb) Teil 3 des HmbVwG enthält im Verhältnis zur AO eigenständige Regelungen für die Verwaltungsvollstreckung, die an die Regelungen der AO nur angelehnt sind.
Auch wenn sich nach § 35 Abs. 1 AO das Verfahren der Beitreibung im Verwaltungswege grundsätzlich nach der AO richten sollte, sind nur einige Abweichungen im Vergleich zum HmbVwVG alte Fassung entfallen und einige modernere Regelungen in das Verwaltungsvollstreckungsverfahren übernommen worden (Drucksache 20/4579, 35). Die §§ 30 bis 37 HmbVwVG sind zwar an Vorschriften der AO angelehnt, wie beispielsweise die Regelungen für den Beginn der Vollstreckung, für die Mahnung, für die pflichtige Person oder für die Einstellung und Beschränkung der Vollstreckung. Die Vorschriften zur Beitreibung von Geldforderungen nach dem HmbVwVG enthalten jedoch auch eigenständige bzw. von der AO abweichende Regelungen (vgl. auch Drucksache 20/4579, 15). So ist nach § 31 Abs. 1 Satz 1 HmbVwVG vor Beginn der Vollstreckung die pflichtige Person zu mahnen und kann von der Mahnung nach § 31 Abs. 2 HmbVwVG unter bestimmten Voraussetzungen abgesehen werden. Hingegen ist § 259 Satz 1 AO bereits als Ermessensvorschrift ausgestaltet, wonach der Vollstreckungsschuldner in der Regel vor Beginn der Vollstreckung gemahnt werden soll.
cc) Aus der Historie des HmbVwVG ergibt sich ebenfalls, dass der Verwaltungsrechtsweg und nicht der Finanzrechtsweg gegeben ist.
Das HmbVwVG alte Fassung stellte eine eigenständige Regelung dar und sollte gerade nicht auf die Vorschriften der seinerzeitigen Reichsabgabenordnung verweisen (Mitteilung des Senats an die Bürgerschaft Nr. 83 vom 24.05.1960, 1960, 377 f.). Mit der Änderung des HmbVwVG wurde zwar mit § 35 Abs. 1 HmbVwVG eine entscheidende neue Regelung eingeführt, wonach für die Beitreibung von Geldforderungen im Wesentlichen die Vorschriften der AO entsprechend anwendbar wurden (Drucksache 20/4579, 14 und 35). Indes ist nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber in Abkehr von der früheren Rechtslage (§ 75 Abs. 1 Satz 1 HmbVwVG alte Fassung) auch die Vorschriften für Rechtsbehelfe gegen Vollstreckungsmaßnahmen ändern wollte. Aufgrund einer solchen Änderung wäre wegen des Gleichlaufs des außergerichtlichen Rechtsbehelfsverfahrens mit dem Rechtsweg eine Änderung der früheren, dem Gesetzgeber bewussten Rechtslage verbunden gewesen. Eine Verweisung auf den Rechtsschutz nach den Vorschriften der AO ist im HmbVwVG jedoch nicht enthalten. Vielmehr hat der Gesetzgeber in § 29 Abs. 1 HmbVwVG nur eine klarstellende Regelung für Rechtsbehelfe gegen Vollstreckungsakte zur Erzwingung von Handlungen, Duldungen und Unterlassungen aufgenommen.
dd) Nach Sinn und Zweck des HmbVwVG ist gleichfalls der Verwaltungsrechtsweg und nicht der Finanzrechtsweg für den Rechtsschutz gegen Maßnahmen zur Beitreibung von Geldforderungen gegeben.
Mit der Neuregelung des HmbVwVG sollte das Gesetz unter anderem aktualisiert und die Vollstreckung, insbesondere die Beitreibung von Geldforderungen, effektiviert werden. Die einschneidendste Neuerung ergab sich danach für die Beitreibung von Geldforderungen, für die nach § 35 HmbVwVG im Wesentlichen die Vorschriften der AO entsprechend

anwendbar wurden. Allerdings bezweckte der Gesetzgeber damit unter anderem eine erhebliche Verschlankung des HmbVwVG und eine stärkere Rechtsangleichung im Bereich der Beitreibung von Geldforderungen im Verwaltungswege. Ferner sollte durch die dynamische Verweisung auf die Vorschriften der AO für die Vollstreckung von Geldforderungen eine zeitnahe Anpassung sichergestellt und die Zwangsvollstreckung landes- und bundesrechtlich im Einklang fortentwickelt werden (Drucksache 20/4579, 14 f.). Diesem Sinn und Zweck des HmbVwVG würde es widersprechen, wenn durch die Neuregelung der früher vorgesehene Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten nunmehr aufgespalten würde, je nachdem, ob es sich um eine Maßnahme zur Beitreibung von Geldforderungen oder um eine Maßnahme zur Erzwingung von Handlungen, Duldungen oder Unterlassungen handelt.
c) § 5 Abs. 1 des Verwaltungs-Vollstreckungsgesetzes des Bundes (VwVG) führt zu keiner anderen Beurteilung. Diese Vorschrift ordnet - anders als § 35 HmbVwVG - ausdrücklich das Verwaltungszwangsverfahren nach den dort aufgezählten Vorschriften der AO gesetzlich an.
3. Der Rechtsstreit ist an das zuständige Verwaltungsgericht Hamburg zu verweisen, weil es sich nach den vorstehenden Ausführungen um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art handelt und die Streitigkeit keinem anderen Gericht zugewiesen ist.
4. Die Beschwerde ist gemäß § 155 Satz 1 FGO i. V. m. § 17a Abs. 4 Sätze 4 und 5 GVG wegen grundsätzlicher Bedeutung zuzulassen. Es ist gerichtsbekannt, dass zahlreiche vergleichbare Verfahren sowohl beim Finanzgericht als auch bei dem Verwaltungsgericht anhängig gemacht worden sind.
Über die zu klärende Auslegung des § 33 Abs. 1 Nr. 2 FGO kann der BFH auch entscheiden.
Zwar handelt es sich bei der Auslegung des HmbVwVG um irrevisibles Landesrecht, das gemäß § 118 Abs. 1 FGO nicht vom BFH überprüft werden kann (vgl. auch Bundesgerichtshof - BGH -, Beschluss vom 11.07.1996 V ZB 6/96, Entscheidungssammlung des BGH in Zivilsachen - BGHZ - 133, 240 zu § 549 Abs. 1 der Zivilprozessordnung - ZPO - in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung; danach konnte die Revision nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung auf der Verletzung des Bundesrechts oder einer Vorschrift beruhte, deren Geltungsbereich sich über den Bezirk eines Oberlandesgerichts hinaus erstreckte). Die Richtigkeit der vom Finanzgericht vorgenommenen Auslegung des Landesrechts kann der BFH danach nicht selbst überprüfen. Der BFH ist an den Bestand und den Inhalt der landesrechtlichen Norm wie an eine tatsächliche Feststellung entsprechend § 118 Abs. 2 FGO gebunden (Beermann in: Beermann/Gosch, AO/FGO, Stand: September 2009, § 118 FGO Rz. 36 m. w. N.).
Die Auslegung des HmbVwVG hat aber als Vorfrage für die Anwendung der bundesrechtlichen Norm des § 33 Abs. 1 Nr. 2 FGO Bedeutung, wobei der BFH prüfen kann, ob das Finanzgericht das irrevisible Landesrecht zutreffend unter übergeordnetes Bundesrecht subsumiert hat bzw. ob das Landesrecht mit übergeordnetem Bundesrecht übereinstimmt (BFH-Urteil vom 08.03.1995 II R 58/93, BFHE 177, 288, BStBl II 1995, 438).
5. Eine Kostenentscheidung ist nicht zu treffen (§ 155 Satz 1 FGO i. V. m. § 17b Abs. 2 GVG).
Zitiervorschlag:
FG Hamburg Beschl. v. 22.10.2015 – 1 V 108/15, BeckRS 2015, 96110

VG Greifswald (3. Kammer), Urteil vom 11.06.2015 - 3 A 178/13

Titel:
Kurabgabe
Normenketten:
FVAS § 1 Abs. 2, § 4 Abs. 4, § 5 Abs. 1 u. Abs. 2 S. 1
KV M-V § 5 Abs. 4 S. 4
VwGO § 67 Abs. 4 S. 3 bis 7, § 113 Abs. 1 S. 1, § 154 Abs. 1, § 167
ZPO § 708 Nr. 11, § 711
Amtlicher Leitsatz:
Die Kalkulation der Abgabensätze einer Fremdenverkehrsabgabe ist fehlerhaft, wenn der angestrebte Deckungsgrad höher ist, als der in der Satzung definierte umlagefähige Anteil an den Gesamtkosten. (amtlicher Leitsatz)
Rechtsgebiete:
Staats- und Verfassungsrecht, Kommunalrecht, Verwaltungsverfahren und -prozess
Schlagworte:
Abgabenerhebung, Abgabensatz, Anfechtungsklage, Auslegung, Befähigung zum Richteramt, Berufung, Fremdenverkehrsabgabe, Gewerbliche Vermietung, Prozeßbevollmächtigter, Stammsatzung, Wirtschaftsjahr, Gemeinde
nachfolgend:
OVG Greifswald, Beschluss vom 20.03.2018 - 1 L 292/15 (rechtskräftig)
ECLI:
ECLI:DE:VGGREIF:2015:0611.3A178.13.0A
Rechtskraft:
rechtskräftig

Text1

Titel:
Leitsatz:
In dem Verwaltungsstreitverfahren
A. A-Straße, A-Stadt
- Klägerin -
Proz.-Bev.: Rechtsanwälte B., B-Straße, B-Stadt
gegen
Bürgermeister der Gemeinde Ostseebad H., Kurparkstraße 4, 17419 Seebad Ahlbeck
- Beklagter -
Proz.-Bev.: Rechtsanwälte C., C-Straße, A-Stadt
wegen einer Fremdenverkehrsabgabe
hat die 3. Kammer des Verwaltungsgerichts Greifswald aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 11. Juni 2015 durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgericht Seppelt als Einzelrichter für Recht erkannt:

Tenor:

1. Die Bescheide des Beklagten vom 26. Oktober 2012 - Nrn. … - in der Gestalt seiner Widerspruchsbescheide vom 13. Februar 2013 werden aufgehoben.

2. Die Kosten des Verfahrens werden dem Beklagten auferlegt.
3. Das Urteil ist im Kostenpunkt vorläufig vollstreckbar. Dem Beklagten wird nachgelassen, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe der Vollstreckungsschuld abzuwenden, wenn nicht die Klägerin vorher Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten über die Heranziehung zu Fremdenverkehrsabgaben.
Klägerin betreibt auf dem Grundstück D.-Straße in H. das Kurhotel H. Von den im Gebäudekomplex insgesamt vorhandenen 375 Betten sind 124 Betten dem Hotelbetrieb garni zugeordnet. Die restlichen 251 Betten befinden sich in Ferienappartements und sind nicht Gegenstand des Hotelbetriebes.
Mit Bescheiden vom 26. Oktober 2012 zog der Beklagte die Klägerin zu Fremdenverkehrsabgaben für das Wirtschaftsjahr 2012 in Höhe von 951,08 EUR (124 Betten/gewerbliche Vermietung mit Frühstück) bzw. 1.540,14 EUR (251 Betten/ gewerbliche Vermietung) heran. Die hiergegen gerichteten Widersprüche der Klägerin wies der Beklagte mit Widerspruchsbescheiden vom 13. Februar 2013 zurück.
Am 13. März 2013 hat die Klägerin Anfechtungsklage erhoben. Sie ist der Auffassung, es fehle an einer ordnungsgemäßen Rechtsgrundlage für die Abgabenerhebung, denn die Fremdenverkehrsabgabensatzung sei mangels ordnungsgemäßer Kalkulation der Abgabensätze fehlerhaft. Der in der Kalkulation angestrebte Deckungsgrad sei mit dem in der Fremdenverkehrsabgabesatzung normierten Öffentlichkeitsanteil von 60 v. H. nicht zu vereinbaren.
Die Klägerin beantragt,
die Bescheide des Beklagten vom 26. Oktober 2012 - Nrn. … - in der Gestalt der Widerspruchsbescheide vom 13. Februar 2013 aufzuheben.
Der Beklagte verteidigt die angegriffenen Bescheide und beantragt,
die Klage abzuweisen.
Mit Beschluss vom 22. Januar 2015 hat das Gericht den Rechtsstreit zur Entscheidung auf den Berichterstatter als Einzelrichter übertragen.
Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Beteiligten wird auf die gewechselten Schriftsätze Bezug genommen. Dem Gericht haben bei der Entscheidung die beim Beklagten entstandenen Verwaltungsvorgänge vorgelegen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Klage ist begründet. Die streitgegenständlichen Bescheide sind rechtswidrig und verletzen die Klägerin daher in ihren Rechten, § 113 Abs. 1 Satz 1 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO). Sie können nicht auf eine im Wirtschaftsjahr 2012 geltende wirksame Rechtsgrundlage (vgl. § 2 Abs. 1 Satz 1 Kommunalabgabengesetz - KAG M-V) gestützt werden.
1. Die ohne Rückwirkungsanordnung erlassene Satzung der Gemeinde Ostseebad H. über die Erhebung einer Fremdenverkehrsabgabe (Fremdenverkehrsabgabesatzung - FVAS) vom 29. März 2012 (Datum der Beschlussfassung), deren Bekanntmachung im Kaiserbäder-Boten Nr. 09/2012 erfolgte, ist unwirksam. Sie enthält in § 5 Abs. 3 eine unwirksame Fälligkeitsregelung („Fälligkeit mit Anspruchsentstehung") und weist damit nicht den nach § 2 Abs. 1 Satz 2 KAG M-V erforderlichen Mindestinhalt auf. Dies führt zur Gesamtnichtigkeit der Satzung (VG Greifswald, Urt. v. 22.11.2013 - 3 A 885/12 -, juris Rn. 22/23; Urt. v. 28.03.2014 - 3 A 330/13 -, S. 4 des Entscheidungsumdrucks [n.v.])
Die noch vor der Bekanntmachung der Stammsatzung vom 29. März 2012 im Kaiserbäder-Boten Nr. 08/2012 öffentlich bekannt gemachte „Erste Satzung zur Änderung der Satzung

der Gemeinde Ostseebad H. über die Erhebung einer Fremdenverkehrsabgabe vom 29. März 2012" vom 24. August 2012 ordnet in nicht zu beanstandender Weise in Art. I die Rückwirkung der Stammsatzung und in Art. II die Rückwirkung der Änderungssatzung jeweils auf den 1. Januar 2012 an. Da die erste Änderungssatzung aber keine Änderung der Fälligkeitsregelung enthält, verblieb es zunächst bei der Unwirksamkeit der Fremdenverkehrsabgabensatzung vom 29. März 2012.
Die „Zweite Satzung zur Änderung der Satzung über die Erhebung einer Fremdenverkehrsabgabe in der Gemeinde Ostseebad H. vom 29. März 2012" vom 25. April 2013 enthält keine Änderung der Fälligkeitsregelung.
Eine geänderte Fälligkeitsregelung wird erst mit der „Dritten Satzung zur Änderung der Satzung der Gemeinde Ostseebad H. über die Erhebung einer Fremdenverkehrsabgabe vom 29. März 2012" vom 30. Januar 2014 (Kaiserbäder-Bote Nr. 02/2014) ohne Rückwirkung in die Stammsatzung eingefügt. Zwar genügt die geänderte Fälligkeitsregelung den Anforderungen. In Bezug auf die Bestimmung in § 5 Abs. 3 Satz 2 zweiter Halbsatz FVAS („soweit im Bescheid ausdrücklich kein späterer Fälligkeitstermin bestimmt ist") liegt allenfalls ein Fall der Teilnichtigkeit vor (vgl. OVG Greifswald, Beschl. v. 03.02.2004 - 1 M 222/03 -, juris Rn. 10). Es ist aber zu berücksichtigen, dass die Fremdenverkehrsabgabe gemäß § 5 Abs. 2 Satz 1 FVAS als Jahresabgabe erhoben wird und die Abgabenschuld nach § 5 Abs. 1 Satz 1 FVAS mit Beginn eines jeden Kalenderjahres entsteht, in dem die Abgabenpflicht besteht. Die damit normierte antizipierte Abgabenerhebung ist zulässig. Sie erfordert aber, dass die Rechtsgrundlage der Abgabenerhebung bereits am 1. Januar des betreffenden Wirtschaftsjahres gilt. Wie bereits erwähnt, weist die dritte Änderungssatzung die damit erforderliche Rückwirkungsanordnung nicht auf. Folglich ist eine mit der dritten Änderungssatzung eingetretene Fehlerheilung gemäß § 5 Abs. 4 Satz 4 Kommunalverfassung (KV M-V) i. V. m. § 11 Abs. 2 der Hauptsatzung der Gemeinde Ostseebad H. (HS) vom 5. Juni 2009 i. d. F. der ersten Änderungssatzung vom 15. März 2010 frühestens am Tag nach der am 19. Februar 2014 erfolgten Bekanntmachung der dritten Änderungssatzung erfolgt. Dies erlaubt keine Abgabenerhebung für das Wirtschaftsjahr 2012.
Auch die im Kaiserbäder-Boten Nr. 01/2015 bekannt gemachte „Vierte Satzung zur Änderung der Satzung der Gemeinde Ostseebad H. über die Erhebung einer Fremdenverkehrsabgabe vom 29. März 2012" vom 27. November 2014 führt nicht dazu, dass die Fremdenverkehrsabgabesatzung vom 29. März 2012 rückwirkend zum 1. Januar 2012 in Kraft getreten ist. Zwar weist Art. II der vierten Änderungsatzung - die Formulierung ist identisch mit Art. 1 Abs. 2 der dritten Änderungssatzung vom 30. Januar 2014 - eine ordnungsgemäße Fälligkeitsregelung auf. Auch enthält Art. III der vierten Änderungssatzung eine Rückwirkungsanordnung bezogen auf den 1. Januar 2012. Allerdings geht die Rückwirkungsanordnung ins Leere, denn sie bezieht sich nicht auf die vierte Änderungssatzung, sondern auf die (zu ändernde) Stammsatzung vom 29. März 2012.
Dies ergibt sich aus folgenden Erwägungen: Art. III der vierten Änderungssatzung enthält zutreffend die Wendung „Diese Satzung tritt rückwirkend am 1. Januar 2012 in Kraft". Darunter wird der Beginn der Außenwirkung verstanden. Das bedeutet, dass die einzelnen Änderungsbefehle wirksam werden, sich im Stammgesetz (hier: in der Stammsatzung) vollziehen und damit gegenstandslos werden. Der Text der Stammsatzung erhält von diesem Zeitpunkt an seine neue geänderte Fassung (vgl. zum Ganzen: Bundesministerium der Justiz [Hrsg.], Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. Auflage 2008, Rn. 710). Vorliegend ist aber zu beachten, dass der Wendung „Diese Satzung tritt rückwirkend am

1. Januar 2012 in Kraft" die Wendung „§ 10 der Satzung enthält folgende Fassung:" vorangestellt ist. Damit hat der Ortsgesetzgeber klargestellt, dass sich der Regelungsbefehl des Art. III nicht auf die vierte Änderungssatzung, sondern auf § 10 der Stammsatzung vom 29. März 2012 bezieht. Ist aber das Bezugsobjekt des Regelungsbefehls nicht die vierte Änderungssatzung, so kann sich auch die Rückwirkungsanordnung nicht auf sie beziehen. Damit gelten für das Inkrafttreten der vierten Änderungssatzung die allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen: Sie ist am Tage nach ihrer am 21. Januar 2015 erfolgten Bekanntmachung im amtlichen Bekanntmachungsblatt des Beklagten, dem Kaiserbäder-Boten Nr. 01/2015, in Kraft getreten und erlaubt daher keine Abgabenerhebung für das Wirtschaftsjahr 2012. Hiergegen kann nicht eingewandt werden, dass die Regelung des Art. III der vierten Änderungssatzung bei dieser Auslegung wenig Sinn ergibt, weil bereits die Fremdenverkehrsabgabensatzung vom 29. März 2012 i. d. F. der ersten Änderung vom 24. August 2012 rückwirkend zum 1. Januar 2012 in Kraft treten sollte. Dies mag zwar sein. Es ist aber zu beachten, dass Rückwirkungsanordnungen regelmäßig den rechtsstaatlichen Grundsatz des Vertrauensschutzes berühren. Daraus folgen hohe Anforderungen an die Normklarheit. Unklarheiten bei der Formulierung gehen damit regelmäßig zulasten des (Orts-)Gesetzgebers.
2. Die Fremdenverkehrsabgabesatzung ist zudem unwirksam und scheidet daher auch aus diesem Grund als Rechtsgrundlage für eine Abgabenerhebung aus. Die in § 4 Abs. 4 FVAS normierten Abgabesätze beruhen auf einer fehlerhaften Kalkulation und sind unwirksam. Die Satzung weist damit nicht den nach § 2 Abs. 1 Satz 2 KAG M-V erforderlichen Mindestinhalt auf, was zur Gesamtnichtigkeit der Satzung führt. Dies ergibt sich aus folgenden Erwägungen:
Nach § 1 Abs. 2 FVAS bleibt bei der Kalkulation der Fremdenverkehrsabgabe von den Aufwendungen der Gemeinde Ostseebad H. für die in Abs. 1 Satz 2 genannten Zwecke ein dem allgemeinen Nutzen für die Einwohner der Gemeinde Ostseebad H. entsprechender Anteil von 60 Prozent außer Ansatz. Daraus folgt, dass die Kalkulation der Fremdenverkehrsabgabe einen Deckungsgrad von maximal 40 v. H. anstreben darf. Diese Maßgabe wird von der Kalkulation 2012 vom 20. September 2012 nicht beachtet. Multipliziert man nämlich die Summe der Vorteilseinheiten (12.500) mit der „erhobenen Gebühr je Vorteilseinheit" von 15,34 EUR, so ergibt dies angestrebte Einnahmen i. H. v. 191.750,00 EUR. Da die Kalkulation von „gebührenfähigen Kosten" i. H. v. 343.500,00 EUR ausgeht, folgt aus den angestrebten Einnahmen ein Deckungsgrad von 55,82 v. H. Der nach § 1 Abs. 2 FVAS zulässige Deckungsgrad wird damit deutlich überschritten.
Auf die übrigen Einwände der Klägerin gegen die Kalkulation kommt es nach alledem entscheidungserheblich nicht mehr an. Daher kann dahin stehen, ob - wie von der Klägerin unter Hinweis auf die Vergütungsbestimmungen in der von der Gemeinde A-Stadt mit der K.-GmbH geschlossene Vereinbarung vom 27. März 2012 dargelegt - nicht ansatzfähige Kosten der Zimmervermittlung aufwandserhöhend berücksichtigt worden sind.
3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO, die Nebenentscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit aus § 167 VwGO i. V. m. §§ 708 Nr. 11, 711 Zivilprozessordnung (ZPO). Gründe für eine Zulassung der Berufung sind nicht ersichtlich.
Zitiervorschlag:
VG Greifswald Urt. v. 11.6.2015 – 3 A 178/13, BeckRS 2015, 49562

BeckRS 2015, 44678

VG Greifswald (3. Kammer), Beschluss vom 09.04.2015 - 3 B 1261/14

Titel:
Kurabgabe
Normenketten:
GKG § 52 Abs. 1 u. Abs. 2
KAG M-V § 2 Abs. 1 S. 1 u. S. 2
VwGO § 67 Abs. 4, § 80 Abs. 4 S. 3, § 154 Abs. 1
Amtlicher Leitsatz:
Die vom Ortsgesetzgeber beabsichtigte Rückwirkung einer Änderungssatzung trifft nicht ein, wenn sich die Rückwirkungsanordnung nicht auf die Änderungssatzung, sondern auf die zu ändernde Stammsatzung bezieht. (Rn. 14 - 20)
Rechtsgebiete:
Staats- und Verfassungsrecht, Kommunalrecht, Sonstiges besonderes Verwaltungsrecht, Verwaltungsverfahren und -prozess
Schlagworte:
Ortsgesetzgeber, Änderungssatzung, beabsichtigte Rückwirkung, Rückwirkungsanordnung, Stammsatzung, Heranziehung, aufschiebende Wirkung, Fremdenverkehrsabgabesatzung
ECLI:
ECLI:DE:VGGREIF:2015:0409.3B1261.14.0A
Rechtskraft:
unbekannt

Tenor:

1. Die aufschiebende Wirkung der Klage gegen die Bescheide des Antragsgegners vom 14. März 2014 sowie vom 13. November 2014 wird angeordnet.
2. Die Kosten des Verfahrens werden dem Antragsgegner auferlegt.
3. Der Streitwert beträgt bis zur Verbindung 31,17 EUR (3 B 1261/14) bzw. 15,33 EUR (3 B 4/05) und danach 46,50 EUR.

Gründe

1 I.
Die Beteiligten streiten über die Heranziehung zu Fremdenverkehrsabgaben.

2 Die Antragstellerin ist Miteigentümerin der Ferienwohnungen Nr. 1 (4 Betten) in dem Objekt „L.-Straße" und Nr. 2 (2 Betten) in dem Objekt „N.-Weg", jeweils in der Gemeinde O.. Die Ferienwohnungen werden auch über eine Vermittlung an Feriengäste vermietet.

3 Mit Bescheiden vom 14. März 2014 bzw. 13. November 2014 zog der Antragsgegner die Antragstellerin zu Fremdenverkehrsabgaben für die Wirtschaftsjahre 2010 bis 2014 in Höhe von jeweils 24,54 EUR (Ferienwohnung Nr. 12) bzw. 12,27 EUR (Ferienwohnung Nr. 6) heran. Mit Schreiben vom 31. März 2014 bzw. 20. November 2014 legte die Antragstellerin Widerspruch gegen die Bescheide ein und beantragte die Aussetzung der Vollziehung. Mit Widerspruchsbescheiden vom 13. November 2014 bzw. 10. Dezember 2014 wies der Antragsgegner die Rechtsbehelfe zurück. Eine Entscheidung über die

Aussetzung erfolgte nicht.

4 Am 2. Dezember 2014 hat die Antragstellerin in Ansehung des Bescheides vom 14. März 2014 zum Az. 3 A 1256/14 Anfechtungsklage erhoben und zum Az. 3 B 1261/14 um vorläufigen Rechtsschutz nachgesucht. Am 29. Dezember 2014 hat sie in Ansehung des Bescheides vom 13. November 2014 zum Az. 3 A 1359/14 Anfechtungsklage erhoben und zum Az. 3 B 4/15 um vorläufigen Rechtsschutz nachgesucht.

5 Mit Beschluss vom 21. Januar 2015 hat das Gericht die Eilverfahren zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung unter Führung des Verfahrens 3 B 1261/14 verbunden.

6 Die Antragstellerin ist der Auffassung, ihre Heranziehung sei rechtswidrig. Das satzungsrechtliche Verfahren des Antragsgegners sei unverständlich und nicht nachvollziehbar. Es sei offen, welche Satzung für welchen Zeitraum gelte, zumal von eine parallelen Geltung unterschiedlicher Satzungen auszugehen sei. Die Anwendung der Satzungen sei ebenfalls fehlerhaft.

7 Die Antragstellerin beantragt,
die aufschiebende Wirkung der Klage gegen die Bescheide des Antragsgegners vom 14. März 2014 sowie vom 13. November 2014 anzuordnen.

8 Der Antragsgegner verteidigt die angegriffenen Bescheide und beantragt,
den Antrag abzulehnen.

9 Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Beteiligten wird auf die gewechselten Schriftsätze Bezug genommen. Der Kammer haben bei der Entscheidung die beim Antragsgegner entstandenen Verwaltungsvorgänge vorgelegen.

10 II.

10 Der zulässige Antrag ist begründet.

11 Das Gericht ordnet die aufschiebende Wirkung der Klage in entsprechender
11 Anwendung von § 80 Abs. 4 Satz 3 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) u.a dann an, wenn ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angegriffenen Verwaltungsakts bestehen. Dies ist vorliegend der Fall, da die streitgegenständlichen Bescheide nicht auf in den jeweiligen Erhebungszeiträumen geltende wirksame Rechtsgrundlagen (§ 2 Abs. 1 Satz 1 Kommunalabgabengesetz - KAG M-V) gestützt werden können.

11 1. Die das Wirtschaftsjahr 2010 betreffenden Bescheide können nicht auf die
12 Satzung der Gemeinde O. über die Erhebung einer Fremdenverkehrsabgabe (Fremdenverkehrsabgabesatzung - FVAS 2010) vom 25. Februar 2010 (Datum der Beschlussfassung) i. d. F. der zweiten Änderung vom 30. Januar 2014 gestützt werden, denn die Satzung hat im Erhebungszeitraum keine Geltung. Die Ursprungsfassung der Satzung enthält in § 5 Abs. 3 eine unwirksame Fälligkeitsregelung („Fälligkeit mit Anspruchsentstehung") und weist damit nicht den nach § 2 Abs. 1 Satz 2 KAG M-V erforderlichen Mindestinhalt auf. Dies führt zur Gesamtnichtigkeit der Satzung (VG Greifswald, Urt. v. 22.11.2013 - 3 A 885/12 -, juris Rn. 22/23; Urt. v. 28.03.2014 - 3 A 330/13 -, S. 4 des Entscheidungsumdrucks [n.v.])

11 Auch die mit dem Erlass der „Zweiten Satzung zur Änderung der Satzung über die
13 Erhebung einer Fremdenverkehrsabgabe in der Gemeinde O. vom 25. Februar 2010" vom 30. Januar 2014 beabsichtigte Fehlerheilung durch Einfügung einer den Anforderungen genügenden Fälligkeitsregelung führt nicht dazu, dass die

Fremdenverkehrsabgabesatzung vom 25. Februar 2010 eine wirksame Rechtsgrundlage für die das Wirtschaftsjahr 2010 betreffenden Bescheide darstellt.

14 Zwar geht die Fehlerheilung nicht „ins Leere". Insbesondere erfolgte die Aufhebung der Fremdenverkehrsabgabesatzung vom 25. Februar 2010 nicht - nach dem Grundsatz lex posterior derogat legi priori - durch den Erlass der Satzung der Gemeinde O. über die Erhebung einer Fremdenverkehrsabgabe vom 30. September 2010 (Datum der Beschlussfassung), die nach der ersten Änderungssatzung vom 24. August 2012 rückwirkend zum 1. Januar 2010 in Kraft treten sollte. Denn die Fremdenverkehrsabgabesatzung vom 30. September 2010 i. d. F. der ersten Änderung vom 24. August 2012 ist ebenfalls unwirksam. Sie weist in § 5 Abs. 3 dieselbe fehlerhafte Fälligkeitsregelung auf, die bereits zur Unwirksamkeit der Fremdenverkehrsabgabesatzung vom 25. Februar 2010 geführt hatte.

15 Die Fremdenverkehrsabgabesatzung vom 25. Februar 2010 i. d. F. der zweiten Änderungssatzung vom 30. Januar 2014 scheidet als Rechtsgrundlage für die Abgabenerhebung für das Wirtschaftjahr 2010 ebenfalls aus. Zwar genügt die geänderte Fälligkeitsregelung den Anforderungen. In Ansehung der Bestimmung in § 5 Abs. 3 Satz 2 zweiter Halbsatz FVAS („soweit im Bescheid ausdrücklich kein späterer Fälligkeitstermin bestimmt ist.") liegt allenfalls ein Fall der Teilnichtigkeit vor (vgl. OVG Greifswald, Beschl. v. 03.02.2004 - 1 M 222/03 -, S. 5 des Entscheidungsumdrucks [n.v.]). Es ist aber zu berücksichtigen, dass die Fremdenverkehrsabgabe gemäß § 5 Abs. 2 Satz 1 FVAS 2010 als Jahresabgabe erhoben wird und die Abgabenschuld nach § 5 Abs. 1 Satz 1 FVAS mit Beginn eines jeden Kalenderjahres entsteht, in dem die Abgabenpflicht besteht. Die damit normierte antizipierte Abgabenerhebung ist zwar zulässig. Sie erfordert aber, dass die Rechtsgrundlage der Abgabenerhebung bereits am 1. Januar des betreffenden Wirtschaftsjahres gilt. Die zweite Änderungssatzung weist die damit erforderliche Rückwirkungsanordnung nicht auf. Folglich ist eine mit der zweiten Änderungssatzung eingetretene Fehlerheilung gemäß § 5 Abs. 4 Satz 4 Kommunalverfassung (KV M-V) i. V. m. § 11 Abs. 2 der Hauptsatzung der Gemeinde O. (HS) vom 5. Juni 2009 i. d. F. der ersten Änderungssatzung vom 15. März 2010 frühestens am Tag nach der offenbar im Februar 2014 erfolgten Bekanntmachung der zweiten Änderungssatzung erfolgt. Dies erlaubt keine Abgabenerhebung für das Wirtschaftsjahr 2010.

16 Auch die „Dritte Satzung zur Änderung der Satzung der Gemeinde O. über die Erhebung einer Fremdenverkehrsabgabe vom 25. Februar 2010" vom 27. November 2014 führt nicht dazu, dass die Fremdenverkehrsabgabesatzung vom 25. Februar 2010 rückwirkend zum 1. Januar 2010 in Kraft getreten ist. Zwar weist Art. II der dritten Änderungsatzung - die Formulierung ist identisch mit Art. 1 Abs. 2 der zweiten Änderungsatzung - eine ordnungsgemäße Fälligkeitsregelung auf. Auch enthält Art. III der dritten Änderungssatzung eine Rückwirkungsanordnung bezogen auf den 1. Januar 2010. Allerdings geht die Rückwirkungsanordnung ins Leere, denn sie bezieht sich nicht auf die dritte Änderungssatzung, sondern auf die (zu ändernde) Stammsatzung vom 25. Februar 2010.

17 Dies ergibt sich aus folgenden Erwägungen: Art. III der dritten Änderungssatzung enthält zutreffend die Wendung „Diese Satzung tritt rückwirkend am 1. Januar 2010 in Kraft". Darunter wird der Beginn der Außenwirkung verstanden. Das bedeutet, dass die einzelnen Änderungsbefehle wirksam werden, sich im Stammgesetz (hier: in der Stammsatzung) vollziehen und damit gegenstandslos

werden. Der Text der Stammsatzung erhält von diesem Zeitpunkt an seine neue geänderte Fassung (vgl. zum Ganzen: Bundesministerium der Justiz [Hrsg.], Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. Auflage 2008, Rn. 710). Vorliegend ist aber zu beachten, dass der Wendung „Diese Satzung tritt rückwirkend am 1. Januar 2010 in Kraft" die Wendung „§ 10 der Satzung enthält folgende Fassung:" vorangestellt ist. Damit hat der Ortsgesetzgeber klargestellt, dass sich der Regelungsbefehl des Art. III nicht auf die dritte Änderungssatzung, sondern auf § 10 der Stammsatzung vom 25. Februar 2010 bezieht. Ist aber das Bezugsobjekt des Regelungsbefehls nicht die dritte Änderungssatzung, so kann sich auch die Rückwirkungsanordnung nicht auf sie beziehen. Damit gelten für das Inkrafttreten der dritten Änderungssatzung die allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen: Sie ist am Tage nach ihrer am 21. Januar 2015 erfolgten Bekanntmachung im amtlichen Bekanntmachungsblatt des Antragsgegners, dem Kaiserbäder-Boten Nr. 01/2015 in Kraft getreten.

18 Hiergegen kann nicht eingewandt werden, dass die Regelung des Art. III der dritten Änderungssatzung bei dieser Auslegung wenig Sinn ergibt, weil die Fremdenverkehrsabgabensatzung vom 25. Februar 2010 bereits in ihrer Ursprungsfassung zum 1. Januar 2010 in Kraft treten sollte. Dies mag zwar sein. Es ist aber zu beachten, dass Rückwirkungsanordnungen regelmäßig den rechtsstaatlichen Grundsatz des Vertrauensschutzes berühren. Daraus folgen hohe Anforderungen an die Normklarheit. Unklarheiten bei der Formulierung gehen damit regelmäßig zulasten des (Orts-)Gesetzgebers.

19 2. Für die das Wirtschaftsjahr 2011 betreffenden Bescheide fehlt es ebenfalls an der nach § 2 Abs. 1 Satz 1 KAG M-V erforderlichen Rechtsgrundlage. Sie können nicht auf die Satzung der Gemeinde O. über die Erhebung einer Fremdenverkehrsabgabe vom 31. März 2011 gestützt werden, obwohl die Satzung nach Art. I der ersten Änderungssatzung vom 23. August 2012 rückwirkend zum 1. Januar 2011 in Kraft treten sollte. Denn auch die Fremdenverkehrsabgabesatzung vom 31. März 2011 ist wegen der bereits benannten fehlerhaften Fälligkeitsregelung nichtig. Der Fehler ist zwar durch die „Zweite Satzung zur Änderung der Satzung über die Erhebung einer Fremdenverkehrsabgabe in der Gemeinde O. vom 31. März 2011" vom 30. Januar 2014 geheilt worden. Allerdings weist die zweite Änderungssatzung nicht die für die Anwendung der geheilten Satzung auf das Wirtschaftsjahr 2011 erforderliche Rückwirkungsanordnung auf.

20 Auch die „Dritte Satzung zur Änderung der Satzung der Gemeinde O. über die Erhebung einer Fremdenverkehrsabgabe vom 31. März 2011" vom 27. November 2014 führt nicht dazu, dass die Fremdenverkehrsabgabesatzung vom 31. März 2011 rückwirkend zum 1. Januar 2011 in Kraft getreten ist. Zwar weist Art. II der dritten Änderungsatzung - die Formulierung ist identisch mit Art. 1 Abs. 2 der zweiten Änderungsatzung vom 30. Januar 2014 - eine ordnungsgemäße Fälligkeitsregelung auf. Auch enthält Art. III der dritten Änderungssatzung eine Rückwirkungsanordnung bezogen auf den 1. Januar 2011. Allerdings bezieht sich die Rückwirkungsanordnung nicht auf die dritte Änderungssatzung, sondern auf die zu ändernde Stammsatzung vom 31. März 2011. Abgesehen vom Jahresdatum ist die Formulierung des Art. III der „Dritten Satzung zur Änderung der Satzung der Gemeinde O. über die Erhebung einer Fremdenverkehrsabgabe vom 31. März 2011" vom 27. November 2014 identisch ist mit der Formulierung des Art. III der „Dritten Satzung zur Änderung der Satzung der Gemeinde O. über die Erhebung

einer Fremdenverkehrsabgabe vom 25. Februar 2010" vom 27. November 2014. Es kann daher auf das oben zu dieser Satzung Gesagte verwiesen werden.

21 3. Für die das Wirtschaftsjahr 2012 betreffenden Bescheide gelten die vorstehenden Ausführungen entsprechend. Die ohne Rückwirkungsanordnung erlassene Satzung der Gemeinde O. über die Erhebung einer Fremdenverkehrsabgabe vom 29. März 2012 (Datum der Beschlussfassung), deren Bekanntmachung im Kaiserbäder-Boten Nr. 09/2012 erfolgte, ist wegen der bereits benannten fehlerhaften Fälligkeitsregelung ebenfalls unwirksam. Die noch vor der Bekanntmachung der Stammsatzung vom 29. März 2012 im Kaiserbäder-Boten Nr. 08/2012 öffentlich bekannt gemachte „Erste Satzung zur Änderung der Satzung der Gemeinde O. über die Erhebung einer Fremdenverkehrsabgabe vom 29. März 2011" vom 24. August 2012 ordnet in nicht zu beanstandender Weise in Art. I die Rückwirkung der Stammsatzung und in Art. II die Rückwirkung der Änderungssatzung an. Da die erste Änderungssatzung aber keine Änderung der Fälligkeitsregelung enthält, verblieb es zunächst bei der Unwirksamkeit der Fremdenverkehrsabgabensatzung vom 29. März 2012. Eine ordnungsgemäße Fälligkeitsregelung wird erst mit der „Dritten Satzung zur Änderung der Satzung der Gemeinde O. über die Erhebung einer Fremdenverkehrsabgabe vom 29. März 2012" vom 30. Januar 2014 (Kaiserbäder-Bote Nr. 02/2014) ohne Rückwirkung in die Stammsatzung eingefügt.

22 Auch die „Vierte Satzung zur Änderung der Satzung der Gemeinde O. über die Erhebung einer Fremdenverkehrsabgabe vom 29. März 2012" vom 27. November 2014 führt nicht dazu, dass die Fremdenverkehrsabgabesatzung vom 29. März 2012 rückwirkend zum 1. Januar 2012 in Kraft getreten ist. Zwar weist Art. II der vierten Änderungsatzung - die Formulierung ist identisch mit Art. 1 Abs. 2 der dritten Änderungssatzung vom 30. Januar 2014 - eine ordnungsgemäße Fälligkeitsregelung auf. Auch enthält Art. III der vierten Änderungssatzung eine Rückwirkungsanordnung bezogen auf den 1. Januar 2012. Allerdings bezieht sich die Rückwirkungsanordnung nicht auf die vierte Änderungssatzung, sondern auf die zu ändernde Stammsatzung vom 29. März 2012. Abgesehen vom Jahresdatum ist die Formulierung des Art. III der „Vierten Satzung zur Änderung der Satzung der Gemeinde O. über die Erhebung einer Fremdenverkehrsabgabe vom 29. März 2012" vom 27. November 2014 identisch ist mit der Formulierung des Art. III der „Dritten Satzung zur Änderung der Satzung der Gemeinde O. über die Erhebung einer Fremdenverkehrsabgabe vom 25. Februar 2010" vom 27. November 2014. Es kann daher auf das oben zu dieser Satzung Gesagte verwiesen werden.

23 4. Auch für die das Wirtschaftsjahr 2013 betreffenden Bescheide gelten die vorstehenden Ausführungen entsprechend. Die ohne Rückwirkungsanordnung erlassene Satzung der Gemeinde O. über die Erhebung einer Fremdenverkehrsabgabe vom 25. April 2013 (Datum der Beschlussfassung), deren Bekanntmachung im Kaiserbäder-Boten Nr. 05/2013 erfolgte, ist wegen der bereits benannten fehlerhaften Fälligkeitsregelung ebenfalls unwirksam. Eine ordnungsgemäße Fälligkeitsregelung wird erst mit der „Ersten Satzung zur Änderung der Satzung der Gemeinde O. über die Erhebung einer Fremdenverkehrsabgabe vom 25. April 2013" vom 30. Januar 2014 (Kaiserbäder-Bote Nr. 02/2014) ohne Rückwirkung in die Stammsatzung eingefügt.

24 Auch die „Zweite Satzung zur Änderung der Satzung der Gemeinde O. über die Erhebung einer Fremdenverkehrsabgabe vom 25. April 2013" vom 27. November

2014 führt nicht dazu, dass die Fremdenverkehrsabgabesatzung vom 25. April 2013 rückwirkend zum 1. Januar 2013 in Kraft getreten ist. Zwar weist Art. II der vierten Änderungsatzung - die Formulierung ist identisch mit Art. 1 Abs. 2 der ersten Änderungsatzung vom 30. Januar 2014 - eine ordnungsgemäße Fälligkeitsregelung auf. Auch enthält Art. III der zweiten Änderungssatzung eine Rückwirkungsanordnung bezogen auf den 1. Januar 2013. Allerdings bezieht sich die Rückwirkungsanordnung nicht auf die zweite Änderungssatzung, sondern auf die zu ändernde Stammsatzung vom 25. April 2013. Abgesehen vom Jahresdatum ist die Formulierung des Art. III der „Zweiten Satzung zur Änderung der Satzung der Gemeinde O. über die Erhebung einer Fremdenverkehrsabgabe vom 25. April 2013" vom 27. November 2014 identisch ist mit der Formulierung des Art. III der „Dritten Satzung zur Änderung der Satzung der Gemeinde O. über die Erhebung einer Fremdenverkehrsabgabe vom 25. Februar 2010" vom 27. November 2014. Es kann daher auf das oben zu dieser Satzung Gesagte verwiesen werden.

25 5. Schließlich gelten die vorstehenden Ausführungen auch für die das Wirtschaftsjahr 2014 betreffenden Bescheide entsprechend. Die Satzung der Gemeinde O. über die Erhebung einer Fremdenverkehrsabgabe vom 19. Dezember 2013 (Datum der Beschlussfassung), deren Bekanntmachung im Kaiserbäder-Boten Nr. 01/2014 erfolgte, enthält keine - auch kein fehlerhafte - Fälligkeitsregelung und ist damit ebenfalls unwirksam. Eine ordnungsgemäße Fälligkeitsregelung wurde erst mit der „Ersten Satzung zur Änderung der Satzung der Gemeinde O. über die Erhebung einer Fremdenverkehrsabgabe vom 19. Dezember 2013" vom 30. Januar 2014 ohne Rückwirkung in die Stammsatzung eingefügt. Die Bekanntgabe der ersten Änderungssatzung erfolgte im Kaiserbäder-Bote Nr. 02/2014 vom 19. Februar 2014. Damit ist die Fehlerheilung gemäß § 5 Abs. 4 Satz 4 KV M-V erst am 20. Februar 2014, dem Tag nach der Bekanntmachung der ersten Änderungssatzung eingetreten. Dies erlaubt - wie bereits dargelegt - keine Abgabenerhebung für das Wirtschaftsjahr 2014.

26 Auch die „Zweite Satzung zur Änderung der Satzung der Gemeinde O. über die Erhebung einer Fremdenverkehrsabgabe vom 19. Dezember 2013" vom 27. November 2014 führt nicht dazu, dass die Fremdenverkehrsabgabesatzung vom 19. Dezember 2013 rückwirkend zum 1. Januar 2014 in Kraft getreten ist. Zwar weist Art. II der vierten Änderungsatzung - die Formulierung ist identisch mit Art. 1 Abs. 2 der ersten Änderungsatzung vom 30. Januar 2014 - eine ordnungsgemäße Fälligkeitsregelung auf. Auch enthält Art. III der zweiten Änderungssatzung eine Rückwirkungsanordnung bezogen auf den 1. Januar 2014. Allerdings bezieht sich die Rückwirkungsanordnung nicht auf die zweite Änderungssatzung, sondern auf die zu ändernde Stammsatzung vom 19. Dezember 2013. Abgesehen vom Jahresdatum ist die Formulierung des Art. III der „Zweiten Satzung zur Änderung der Satzung der Gemeinde O. über die Erhebung einer Fremdenverkehrsabgabe vom 25. April 2013" vom 27. November 2014 identisch ist mit der Formulierung des Art. III der „Dritten Satzung zur Änderung der Satzung der Gemeinde O. über die Erhebung einer Fremdenverkehrsabgabe vom 25. Februar 2010" vom 27. November 2014. Es kann daher auf das oben zu dieser Satzung Gesagte verwiesen werden.

27 Auf die übrigen Einwände der Antragstellerin kommt es nach alledem entscheidungserheblich nicht mehr an.

2 Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO, die Festsetzung des

8 Streitwerts auf §§ 52 Abs. 1, 52 Abs. 2 Gerichtskostengesetz (GKG), wobei der streitige Abgabenbetrag für das Eilverfahren zu vierteln war.

Zitiervorschlag:
VG Greifswald Beschl. v. 9.4.2015 – 3 B 1261/14, BeckRS 2015, 44678

BeckRS 2015, 46734

VG Cottbus (4. Kammer), Urteil vom 05.03.2015 - 4 K 374/13

Titel:
Immissionsschutzrecht:
Normenkette:
ROG § 14 II
Amtliche Leitsätze:
1. Ein "zureichender Grund" (§ 75 III VwGO) dafür, dass eine beantragte immissionsschutzrechtliche Genehmigung noch nicht erteilt wurde, ist eine befristete Untersagung nach § 14 II ROG nur dann, wenn sie sich bei inzidenter Prüfung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren als rechtmäßig erweist.
2. Die gegenüber einer anderen Behörde desselben Bundeslandes ausgesprochene befristete Untersagung gem. § 14 II ROG ist ein Verwaltungsinternum, kein Verwaltungsakt.
3. Die Unwirksamkeit der Verordnung der Regierung des Landes Brandenburg über den Landesentwicklungsplan Berlin-Brandenburg vom 31.3.2009 hat zur Folge, dass aus diesem Plan keine Regionalpläne gem. § 8 II 1 ROG entwickelt werden können.
4. Gem. den differenzierenden Überleitungsvorschrift er des § 28 ROG findet die am 30.6.2009 in Kraft getretene Bestimmung des § 12 II ROG, der zufolge ein Raumordnungsplan durch ein ergänzendes Verfahren zur Behebung von Fehlern auch rückwirkend in Kraft gesetzt werden kann, auf die Verordnung der Regierung des Landes Brandenburg über den Landesentwicklungsplan Berlin-Brandenburg vom 31.3.2009 keine Anwendung.
Rechtsgebiete:
Öffentliches Baurecht, Verwaltungsverfahren und -prozess, Umweltrecht
Schlagworte:
Raumordnung, Immission, Untersagung
nachfolgend:
OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 21.10.2021 - OVG 11 B 2.18 (Rechtskraft: unbekannt)
Fundstellen:
LKV 2015, 424
LSK 2015, 480297
ECLI:
ECLI:DE:VGCOTTB:2015:0305.4K374.13.0A
Rechtskraft:
nicht rechtskräftig

Text1

VERWALTUNGSGERICHT COTTBUS
IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL
VG 4 K 374/13
Verkündet am: 05.03.2015
In dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren der A. vertreten durch die A. Komplementär GmbH, A-Straße, A-Stadt,
Klägerin,
Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte B., B-Straße, A-Stadt, Az.: ,
gegen
das C. , C-Straße, C-Stadt, Az.: ,
Beklagten,
Beigeladener: Gemeinde Bersteland, , D-Straße, D-Stadt, Az.: ,
wegen: Immissionsschutzrecht
hat die 4. Kammer des Verwaltungsgerichts Cottbus
auf Grund der mündlichen Verhandlung
vom 5. März 2015
durch
den Präsidenten des Verwaltungsgerichts Knuth,
die Richterin am Verwaltungsgericht Werres-Bleidießel,
die Richterin am Verwaltungsgericht Krause,
den ehrenamtlichen Richter Wiegand und
den ehrenamtlichen Richter Blüthgen
für R e c h t erkannt:

Tenor:

Der Beklagte wird unter Aufhebung des Bescheids vom 29. Januar 2015 verpflichtet, der Klägerin die immissionsschutzrechtliche Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb von vier Windenergieanlagen des Typs VESTAS V 112 3,0 MW mit einer Nabenhöhe von 140 m, zu errichten in der Gemarkung Schönwalde, Flur 5, Flurstücke 123 und 132 sowie Gemarkung Freiwalde, Flur 1, Flurstücke 56 und 257, gemäß Antrag vom 8. Dezember 2011 zu erteilen.
Der Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen, die diese selbst trägt.
Das Urteil ist wegen der Kosten gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand:

1 Mit Antrag vom 5. Dezember 2011, beim Beklagten eingegangen am 11. Dezember 2011, beantragte die Klägerin die immissionsschutzrechtliche Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb von 4 Windkraftanlagen des Typ VESTAS V 112 3,0 MW mit einer Nabenhöhe von 140 m und einem Rotor-Durchmesser von 112 m auf im Außenbereich der Gemeinde Schönwalde und der beigeladenen Gemeinde gelegenen Flächen. Die Windenergieanlage 1 soll auf dem Flurstück 132, die Windenergieanlage 2 auf dem Flurstück 123 der Flur 5 der Gemarkung Schönwalde, die Windenergieanlage 3 auf dem Flurstück 56 und die Windenergieanlage 4 auf dem Flurstück 257 der Flur 1 der Gemarkung Freiwalde auf dem Gemeindegebiet der Beigeladenen errichtet werden. Die Anlagenstandorte

1 und 2 liegen am nördlichen, die Anlagenstandorte 3 und 4 am südlichen Rand der im sachlichen Teil-Flächennutzungsplan „Windkraftnutzung" dargestellten Sonderbaufläche mit der Zweckbestimmung „Konzentrationsfläche Windkraftnutzung" Nr. 9. Der sachliche Teilflächennutzungsplan „Windkraftnutzung" wurde vom Amtsausschuss in seinen Sitzungen am 25. Oktober und 6. Dezember 2011 beschlossen; die Genehmigung des sachlichen Teilflächennutzungsplans durch den Landrat des Landkreises Dahme-Spreewald wurde gemäß dem Verfahrungsvermerk über das Inkrafttreten vom 17. April 2012 am 14. April 2012 ortsüblich bekanntgemacht.

2 Im Rahmen des Genehmigungsverfahrens ergab die Prüfung des Beklagten zur Ermittlung der UVP-Pflicht des beantragten Vorhabens, dass die Errichtung von vier weiteren Windkraftanlagen unter Berücksichtigung der Wirkungen von 15 vorhandenen, ohne UVP genehmigten Windkraftanlagen keine erheblichen nachteiligen Umweltauswirkungen haben könne (Prüfvermerk vom 27. März 2012, Öffentliche Bekanntmachung vom 25. April 2012). Die Gemeinde Schönwalde erteilte mit Beschluss der Gemeindevertretung vom 11. Juni 2012 das gemeindliche Einvernehmen zur Genehmigung der Windkraftanlagen 1 und 2; die beigeladene Gemeinde erteilte mit Beschluss der Gemeindevertretung vom 10. Juli 2012 das gemeindliche Einvernehmen zur Genehmigung der Windkraftanlagen 3 und 4, wobei in der Begründung ein Begleitschreiben angeregt wurde. Mit Schreiben vom 11. Juli 2012 wies der Amtsdirektor darauf hin, dass sich der Standort dieser beiden Anlagen nur 1000 m vom einem Hotel entfernt befinde und aufgrund der Anlagenhöhe von ca. 200 m die nachteilige optische Wirkung durch die erforderliche Signalkennzeichnung weiter verstärkt werde; dem Schutzbedürfnis der Wohnbevölkerung und der Hotelanlage möge durch den Einbau eines Sichtweiten-Messgerätes für die Turmbefeuerung Rechnung getragen werden, eine Höhenanpassung der Anlagen in den bereits vorhandenen Windpark mit Anlagenhöhen von 150 - 175 m erscheine sinnvoll.

3 Nachdem die Regionalversammlung der Regionalen Planungsgemeinschaft LausitzSpreewald am 1. Dezember 2011 den Aufstellungsbeschluss für einen neuen sachlichen Teilregionalplan „Windkraftnutzung" gefasst und am 19. Juni 2012 den Entwurf des sachlichen Teilregionalplans gebilligt sowie die Durchführung des förmlichen Beteiligungsverfahrens zu diesem Entwurf im Zeitraum vom 1. September bis 31. Oktober 2012 beschlossen hatte, bat der Beklagte die Gemeinsame Landesplanungsabteilung Berlin-Brandenburg mit Schreiben vom 1. März 2013 unter Bezugnahme auf das gemeinsame Rundschreiben des MIL und des MUGV zur Sicherung von in Aufstellung befindlichen Zielen der Raumordnung zur Steuerung der Windenergienutzung vom 23. April 2010 um Mitteilung, ob in dem konkreten Einzelfall die beantragte Genehmigung erteilt werden könne oder nicht; in dem Schreiben wurde darauf hingewiesen, dass alle anderen Genehmigungsvoraussetzungen vorliegen. Die gleichfalls beteiligte Regionale Planungsgemeinschaft Lausitz-Spreewald beantragte mit Schreiben vom 13. März 2013 zur Sicherung der in Aufstellung befindlichen Ziele der Raumordnung die befristete Untersagung des Windenergieprojekts. Daraufhin leitete die Gemeinsame Landesplanungsabteilung mit u. a. an die Klägerin, den Beklagten und die Beigeladene gerichteten Anhörungsschreiben vom 10. April 2013 ein Untersagungsverfahren gemäß § 14 Abs. 2 ROG i.V.m. Art. 14 Landesplanungsvertrag (LPlV) ein.

4 Die Klägerin hat am 3. Mai 2013 (Untätigkeits-)Klage erhoben.

5 Mit Schreiben an den Beklagten vom 28. Juni 2013 sprach die Gemeinsame Landesplanungsabteilung des Ministeriums für Infrastruktur und Landwirtschaft des Landes Brandenburg und der Senatsverwaltung für Stadtentwicklung Berlin die befristete Untersagung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb der Windenergieanlagen Nr. 1, 2 und 4 für die Dauer von 2 Jahren aus; die Genehmigung der Windenergieanlage Nr. 3 wurde ausdrücklich nicht untersagt. Eine Kopie des Schreibens wurde den Bevollmächtigten der Klägerin übersandt. Zur Begründung gab die Landesplanungsabteilung u. a. an, dass bei Berücksichtigung der sich aus dem regionalplanerischen Maßstab ergebenden Planunschärfe die Windenergieanlagen Nr. 1, 2 und 4 erkennbar außerhalb des im Entwurf des sachlichen Teilregionalplanes Windenergienutzung festgelegten Eignungsgebietes WEG 07 befänden. Mit Eröffnung des Beteiligungsverfahrens für den Entwurf des sachlichen Teilregionalplans Windenergienutzung am 3. September 2012 lägen in Aufstellung befindliche Ziele der Raumordnung vor. Die regionale Planungsgemeinschaft strebe zur Steuerung der Windenergienutzung die räumliche Konzentration von raumbedeutsamen Windkraftanlagen auf möglichst wenige und weitgehend konfliktfreie Standorte an. Zwar sei der vorliegende Genehmigungsantrag während der Erarbeitungsphase des Entwurfs des Teilregionalplans bereits bekannt gewesen; entscheidend für die südliche und nördliche Abgrenzung des Windeignungsgebietes 07 und damit die Nichtberücksichtigung des Genehmigungsantrages sei jedoch die Anwendung des weichen, von der regionalen Planungsgemeinschaft selbst gesetzten und einheitlich angewandten Tabukriteriums von 1000 m zu vorhandenen Gebäuden mit Wohn-, Kur- und Kliniknutzung und zu entsprechenden überbaubaren Grundstücksflächen in Kraft getretener Bebauungspläne gewesen. Entgegen der Auffassung der Klägerin bedürfe es für die Untersagung noch keiner hinreichend sicheren Erwartung, dass die in Aufstellung befindlichen Ziele der Raumordnung zu verbindlichen Vorgaben erstarken werden, da die raumordnerische Untersagung einem anderen Schutzzweck als § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB diene. Dem rechtswirksamen sachlichen Teilflächennutzungsplan „Windkraftnutzung" werde bei der Ermessensentscheidung ein entsprechendes Gewicht beigemessen; die Gemeinsame Landesplanungsabteilung komme aber zu dem Ergebnis, dass einer Genehmigung der erkennbar außerhalb des WEG 07 des Entwurfs des Teilregionalplanes liegenden Windkraftanlagen Vorbildwirkung für ähnlich gelagerte Fälle zukomme und dadurch die Steuerungsintention des sachlichen Teilregionalplans beeinträchtigt und die Verwirklichung der in Aufstellung befindlichen Ziele der Raumordnung zumindest wesentlich erschwert würde. Der regionalen Willensbildung zur Vorsorge vor negativen Auswirkungen von Windkraftanlagen auf Gebäude mit Wohnnutzung werde höhere Bedeutung eingeräumt. Die befristete Untersagung sei auch verhältnismäßig; sie greife der abschließenden immissionsschutzrechtlichen Entscheidung nicht vor und schränke die Rechte der Klägerin nicht unangemessen ein. Da das aufwendige und zeitintensive Aufstellungsverfahren zum sachlichen Teilregionalplan nicht absehbar schneller zum Abschluss gebracht werden könne, sei unter Nutzung des gesetzlichen Rahmens eine Befristung der Untersagung auf zwei Jahre erforderlich. Auf eine Untersagung hinsichtlich der Windkraftanlage Nr. 3 werde im Rahmen der

Ermessensentscheidung verzichtet, da bedingt durch den groben regionalplanerischen Maßstab Planunschärfen hingenommen werden müssten und das Vorhaben sich im Randbereich des (künftigen) WEG 07 befinde.

6 Der Beklagte hat die befristete Untersagung mit Schriftsatz vom 1. Juli 2013 in das Verfahren eingeführt und gleichzeitig die Aussetzung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens hinsichtlich der WEA 1, 2 und 4 beantragt.

7 Die Gemeindevertretung der beigeladenen Gemeinde beschloss in ihrer Sitzung am 25. November 2013 die Aufstellung eines Bebauungsplans „Windkraftanlagen Rickshausen" und gab zur Begründung an: Die Gemeinde beabsichtige den vorhandenen Windpark Schönwalde um zwei Windkraftanlagen zu erweitern, die sich im Geltungsbereich des sachlichen Teilflächennutzungsplans „Windkraftnutzung im Amt Unterspreewald" befänden; der Bebauungsplan werde aus dem genehmigten Teil-Flächennutzungsplan entwickelt, zur Wahrung der Belange und Interessen der Gemeinde sei die Aufstellung eines Bebauungsplans erforderlich. Im Amtsblatt vom 10. Januar 2014 wurden unter Hinweis auf § 39 Abs. 3 KVerf mehrere in der Sitzung der Gemeindevertretung vom 25. November 2013 gefasste Beschlüsse „in ihrem wesentlichen Inhalt öffentlich bekanntgemacht", darunter der Beschluss Nr. 36-2013 mit dem „Tenor: Aufstellung eines Bebauungsplans „Windkraftanlagen Rickshausen"" und dem Abstimmungsergebnis.

8 In der Sitzung am 25. November 2013 beschloss die Gemeindevertretung der beigeladenen Gemeinde zudem eine Satzung über die Veränderungssperre für den Bebauungsplan „Windkraftanlagen Rickshausen". Gemäß dem Beschlusstext sollte sich die Veränderungssperre u.a. auf die Grundstücke 56 und 257 der Flur 1 der Gemarkung Freiwalde erstrecken, während in § 2 („räumlicher Geltungsbereich") der Satzung, die mit ihrer Anlage Bestandteil des Beschlusses ist, bestimmt ist, dass die Veränderungssperre sich u. a. auf das Flurstück 56 der Flur 1 der Gemarkung Freiwalde erstrecke, aber das Flurstück 257 dort nicht genannt ist; Satz 2 des § 2 bestimmt, dass der räumliche Geltungsbereich auf dem beigefügten Übersichtplan, der gemäß Satz 3 als Anlage 1 Bestandteil der Satzung sei, eingezeichnet sei. § 3 der Satzung regelt die Rechtswirkung der Veränderungssperre und § 4 bestimmt, dass diese am Tag nach ihrer öffentlichen Bekanntmachung im Amtsblatt für das Amt Unterspreewald in Kraft und nach Ablauf von zwei Jahren außer Kraft trete, wenn sie nicht gemäß § 17 Abs. 1 Satz 3 oder Abs. 2 BauGB verlängert werde. Die Satzung wurde in einer Sonderausgabe des Amtsblattes (Jahrgang 2 Nr. 5) vom 24. April 2014 bekannt gemacht.

9 Die Regionale Planungsgemeinschaft Lausitz-Spreewald erarbeitete im Anschluss an die Abwägung der Hinweise aus der öffentlichen Beteiligung zum Entwurf des sachlichen Teilregionalplanes „Windenergienutzung" vom 19. Juni 2012 einen zwe i-ten Planentwurf. Die Regionalversammlung der regionalen Planungsgemeinschaft Lausitz-Spreewald billigte diesen zweiten Entwurf des sachlichen Teilregionalplanes am 24. April 2014 und beschloss die Durchführung des förmlichen Beteiligungsverfahrens für den Zeitraum vom 21. Mai bis 23. Juli 2014.

10 Zur Begründung ihrer Klage lässt die Klägerin im Wesentlichen vortragen: Die Genehmigung für die beantragten Windkraftanlagen sei zu erteilen, da die Genehmigungsvoraussetzungen gegeben seien; hiervon gehe der Beklagte mit der Vorlage des Genehmigungsantrages bei der Gemeinsamen Landesplanungsabteilung auch selbst aus. Weder die landesplanerische Untersagung noch die von der Beilgeladenen beschlossene Veränderungssperre, die

nicht wirksam geworden sei, stünden der Erteilung der Genehmigung entgegen.

11 Hinsichtlich der Windkraftanlagen 1, 2 und 4 sei das verwaltungsgerichtliche
Verfahren nicht gemäß § 75 VwGO auszusetzen, da ein mit der Rechtsordnung in Einklang stehender zureichender Grund für die Verzögerung der behördlichen Entscheidung nicht vorliege. Zum einen fehle es bereits an der notwendigen Rechtsgrundlage für eine Aussetzung des behördlichen Verfahrens, da die Untersagungsverfügung der Gemeinsamen Landesplanungsabteilung keine Außenwirkung gegenüber der Klägerin entfalte. § 14 Abs. 2 ROG räume der zuständigen Raumordnungsbehörde zwar die Möglichkeit ein, die Untersagung einer raumordnungsrechtlichen Maßnahme oder Planung gegenüber der Genehmigungsbehörde zu verfügen, jedoch sei die Umsetzung gegenüber dem Genehmigungsantragsteller weder bundes- noch in Brandenburg landesrechtlich geregelt. Selbst wenn man mit der vom Beklagten vertretenen Gegenauffassung davon ausgehe, dass es einer besonderen Umsetzungsnorm nicht bedürfe und die Rechtmäßigkeit der Untersagungsverfügung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren inzident zu prüfen sei, bestehe kein hinreichender Grund für die Aussetzung, da die Untersagungsverfügung auch aus materiellen Gründen rechtswidrig sei, weil die Voraussetzungen des § 14 Abs. 2 ROG i. V. m. Art. 14 LPLV nicht erfüllt seien. Zum einen sei der Entwurf des sachlichen Teilregionalplans „Windenergienutzung" offensichtlich rechtswidrig, zum anderen sei nicht zu befürchten, dass das Vorhaben die Verwirklichung der vorgesehenen Ziele der Raumordnung unmöglich machen oder wesentlich erschweren würde.

12 Ein rechtmäßiger Teilregionalplan könne bereits deshalb nicht entstehen, weil
Regionalpläne gemäß § 8 Abs. 2 Satz 1 ROG aus einem wirksamen landesweiten Raumordnungsplan zu entwickeln seien, der Landesentwicklungsplan Berlin-Brandenburg gemäß dem Urteil des Oberverwaltungsgerichts Berlin-Brandenburg vom 16. Juni 2014 aber unwirksam sei; ein erneutes - rückwirkendes - Inkraftsetzen des Landesentwicklungsplanes in seiner Fassung vom 31. März 2009 unter formaler Korrektur des Verstoßes ohne jede inhaltliche Änderung sei schon wegen der seitdem geänderten Rechtslage nicht zu erwarten und ohne Aussicht auf eine wirksame Planung. -Der sachliche Teilregionalplan „Windenergienutzung" sei auch bereits nach überschlägiger Prüfung offensichtlich materiell rechtswidrig. Es fehle an einer der höchstrichterlichen Rechtsprechung genügenden, schlüssigen Gesamtkonzeption, insbesondere sei die Bestimmung und Abgrenzung von „harten" und „weichen" Tabuzonen nicht tragfähig. Bei den harten Tabukriterien der Landschaftsschutzgebiete und der militärischen Schutzbereiche fehle die jeweilige Konkretisierung und Einzelfallprüfung. Flughäfen, Verkehrs- und Sonderlandeplätze mit Sicherheitsflächen dürften nicht als „harte" Tabukriterien eingestuft werden, sie seien allenfalls als „weiche" Tabukriterien zulässig. Auch der pauschale Ausschluss der gesamten Freiraumverbundfläche nach dem Landesentwicklungsplan Berlin-Brandenburg sei rechtswidrig und widerspreche den Maßgaben der Rechtsprechung zu den „harten" Tabukriterien. Ein genereller Ausschluss der Flächen des Grünverbundes sei schon nach dem Ziel 5.2 des Landesentwicklungsplans nicht zulässig, da dieses eigens einen Ausnahmetatbestand vorsehe; es bedürfe vielmehr einer Einzelfallentscheidung und damit einer Prüfung, ob in bestimmten Freiraumverbundbereichen die Windenergienutzung entsprechend der Ausnahme von der Zielsetzung zulässig sei. Im Übrigen habe das Ziel 5.2 des Landesentwicklungsplans keine Zielqualität im Sinne des § 7 Abs. 2 Satz 1 ROG, da

das Erfordernis einer abschließenden Abwägung nicht erfüllt sei. Schließlich führe schon der Umstand, dass der Plangeber die Flächen des Freiraumverbundes nach dem unwirksamen Landesentwicklungsplan zu „harten" Tabuzonen erklärt habe, dazu, dass die Abgrenzung derartiger Tabuzonen zu den „weichen" Tabuzonen nicht zutreffend sei und der Planentwurf in seiner Gesamtheit von vornherein offensichtlich rechtswidrig erscheine. Zudem sei auch das „weiche" Tabukriterium eines Schutzabstandes von 1000 m zu vorhandenen Gebäuden mit Wohn-, Kur- und Kliniknutzung und zu entsprechenden überbaubaren Grundstücksflächen in Kraft getretener Bebauungspläne rechtswidrig. Diese einheitlichen Schutzabstände ebneten die sachlich und rechtlich bestehenden Unterschiede der Schutzbedürftigkeit und Schutzwürdigkeit der unterschiedlichen Bereiche ohne sachliche Rechtfertigung und Differenzierung ein. Darüber hinaus habe die Planungsgemeinschaft bereits gestellte Genehmigungsanträge - also auch den vorliegend zu beurteilenden der Klägerin -abwägungserheblich zu berücksichtigen; bestehe - wie hier - ein Recht zur Bebauung, komme der normativen Entziehung dieses Rechts im Wege einer Planänderung nämlich ein erhebliches Gewicht zu, das sich im Rahmen der Abwägung auswirken müsse.

13 Die Untersagungsverfügung sei auch deshalb rechtswidrig, weil kein erkennbarer Widerspruch zu den Zielen der Raumordnung vorliege. Dies ergebe sich aus der Lage der beantragten Anlagenstandorte innerhalb einer Konzentrationsfläche des sachlichen Teilflächennutzungsplans sowie der geringfügigen Überschreitung der Grenzen des Eignungsgebietes „Wind 07" nach dem Entwurf des Teilregionalplans (ca. 197, 190 bzw. 46 m). Bei einer geringfügigen Abweichung von der ausgewiesenen Fläche würden die Grundzüge der raumordnungsrechtlichen Planung nicht berührt.

14 Die Windenergieanlage 3 sei ohne weiteres genehmigungsfähig, da die Veränderungssperre der beigeladenen Gemeinde der bauplanungsrechtlichen Genehmigungsfähigkeit nicht entgegenstehe. Die Veränderungssperre sei schon nicht wirksam veröffentlicht worden; dies gelte auch für die Veröffentlichung in der Sonderausgabe des Amtsblattes des Amtes vom 24. April 2014. Es fehle insoweit eine Bekanntmachungsanordnung nach § 1 Abs. 1 Satz 4 BekanntmVO, die eine Verfahrensvorschrift darstelle, deren Verletzung die Unwirksamkeit der Satzung zur Folge habe. Auch die materiell-rechtlichen Voraussetzungen für den Erlass einer Veränderungssperre zum Zeitpunkt des Satzungsbeschlusses seien nicht erfüllt; gegen die erforderliche ausreichende Konkretisierung der beabsichtigten Planung spreche hier, dass im Aufstellungsbeschluss für den Bebauungsplan vom 25. November 2013 nicht ausdrücklich erläutert werde, welchen Konflikten vorgebeugt werden solle oder welche sonstigen Belange zu einem Ausgleich zu bringen seien. Die Veränderungssperre sei im Übrigen auch deshalb unbeachtlich, weil sich die Gemeinde dem einmal erteilten Einvernehmen nicht durch den Erlass einer Veränderungssperre entziehen dürfe. Die in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts offen gelassene Frage, ob Vorhaben, für die zwar noch keine Baugenehmigung erteilt sei, zu denen die Gemeinde jedoch ihr Einvernehmen erteilt habe, generell oder bei unveränderter Sach- und Rechtslage wegen der Bindung der Gemeinde an das erteilte Einvernehmen in erweiternder oder analoger Anwendung des § 14 Abs. 3 BauGB von den Wirkungen der Veränderungssperre freizustellen seien, sei entsprechend einer in der Literatur vertretenen Auffassung zu Gunsten der Klägerin zu bejahen.

15 Nachdem der Beklagte den Genehmigungsantrag hinsichtlich der Windenergieanlage Nr. 3 durch Bescheid vom 29. Januar 2015 abgelehnt hatte, hat die Klägerin in der mündlichen Verhandlung erklärt, dass sie beabsichtige, die erhobene Verpflich
tungsklage unter Einbeziehung eines Aufhebungsantrags bezüglich des Versagungsbescheids fortzuführen. Der Beklagte hat in der mündlichen Verhandlung erklärt, dass er sich auf die Verpflichtungsklage auch unter Einbeziehung des Versa-gungsbescheids einlasse.

16 Die Klägerin beantragt,

den Beklagten unter Aufhebung des Bescheids vom 29. Januar 2015 zu verpflichten, der Klägerin die immissionsschutzrechtliche Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb von vier Windenergieanlagen des Typs VESTAS V 112 3,0 MW mit einer Nabenhöhe von 140 m, zu errichten in der Gemarkung Schönwalde, Flur 5, Flurstücke 123 und 132 sowie Gemarkung Freiwalde, Flur 1, Flurstücke 56 und 257, gemäß Antrag vom 5. Dezember 2011 zu erteilen.

17 Der Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen, soweit sie das Begehren auf Genehmigungserteilung hinsichtlich der Windenergieanlage 3 betrifft,

das Verfahren hinsichtlich der Windkraftanlagen Nr. 1, 2 und 4 auszusetzen, hilfsweise,

auch hinsichtlich dieser Windenergieanlagen die Klage abzuweisen.

18 Zur Begründung trägt er im Wesentlichen vor: Die Voraussetzung für eine Aussetzung des Verfahrens sei hinsichtlich von drei Windenergieanlagen erfüllt. Die Unter-sagungsverfügung der Gemeinsamen Landesplanungsabteilung beinhalte einen sachlichen Grund für den Beklagten, über den Genehmigungsantrag insofern nicht zu entscheiden. Die Untersagung stelle ein landesplanerisches Sicherungsmittel dar, das zwar lediglich verwaltungsinterne Wirkung besitze, aber dazu führe, dass eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung vorläufig nicht erteilt werden dürfe. Der Bürger sei insofern nicht rechtsschutzlos gestellt, weil die Untersagungsverfügung der Genehmigungserteilung nur entgegenstehe, wenn sie rechtmäßig ergangen sei und ihre Voraussetzungen nicht entfallen seien, was vom Gericht inzident in dem auf Erteilung der Genehmigung gerichteten Verfahren zu prüfen sei. Entgegen der Ansicht der Klägerin bedürfe es einer besonderen landesrechtlichen „Umsetzungsregelung" nicht; für diese Ansicht spreche, dass mit der Einordnung des Bereichs Raumordnung unter die konkurrierende Gesetzgebung der Bundesgesetzgeber in § 14 ROG eine Rechtsgrundlage für die Untersagung schaffen konnte, die neben dem Bundesimmissionsschutzgesetz bestehe und damit als gleichrangige Regelung die eindeutige Wirkung entfalte. Bei dem Windkraftvorhaben handele es sich wohl unstreitig um eine raumbedeutsame Maßnahme. Die Untersagungsverfügung sei auch nicht rechtswidrig. In diesem Zusammenhang bedürfe es keiner abschließenden Prüfung, ob der in Aufstellung befindliche Teilregionalplan mit seinen einzelnen Festlegungen von einer gerechten Abwägung getragen werde, weil die abschließende planerische Abwägung noch ausstehe; es könne - wie bei der Veränderungssperre -nur darauf ankommen, dass die angefochtene Untersagung auf ein Ziel ausgerichtet sei, das mit den Mitteln der Regionalplanung erreicht werden könne. Insoweit sei in diesem Stadium ausreichend, dass zunächst eine hinreichende Konkretisierung der Ziele die Raumordnung erfolgt sei; es genüge, wenn bereits konkrete Vorstellungen des

Planungsträgers vorliegen, zu denen das Vorhaben in Widerspruch stehe. Eine derartige hinreichende Konkretisierung der Ziele der Raumordnung sei bereits mit dem Beschluss des Entwurfs des Teilregionalplans vom 19. Juni 2012 und der Öffentlichkeitsbeteiligung seit 3. September 2012 erfolgt. Entgegen der Auffassung der Klägerin seien evidente, im weiteren Planverfahren nicht heilbare Mängel des Entwurfs des Teilregionalplans nicht ersichtlich. So sei die Festlegung von Landschaftsschutzgebieten, militärischen Schutzbereichen, Flughafen-, Verkehrs- und Sonderlandeplätzen mit Sicherheitsflächen sowie des Freiraumverbundes als „harte" Tabuzonen nicht zu beanstanden. Eine Schlüssigkeitslücke des Entwurfs liege auch nicht mit Blick auf die Ausschlusswirkung des Freiraumverbundes vor, die hier durch ein Ziel der Landesplanung im Landesentwicklungsplan Berlin-Brandenburg erfolge. Das Ziel 5.2 des Landesentwicklungsplans könne damit im Rahmen des Teilregionalplanentwurfs nicht mehr Gegenstand der Abwägung sein. Inhaltlich lasse der Freiraumverbund die Errichtung von raumbedeutsamen Windenergieanlagen nicht zu; dessen Sinn und Aufgabe sei es, besonders hochwertige Freiräume zusammenhängend in einem Verbundsystem auf 28 % der Landesfläche zu sichern und ihre Funktionsfähigkeit zu entwickeln. Regelmäßig ausgeschlossen seien im Freiraumverbund raumbedeutsame Inanspruchnahmen und Neuzerschneidungen durch Infrastruktur-trassen, die die räumliche Entwicklung und Funktion des Freiraumverbundes beeinträchtigen und den Verbund gefährden; hierzu zählten u. a. Windenergieanlagen, für die auch die Voraussetzungen einer Ausnahme nicht erfüllt seien. Auch die „weiche" Tabuzone von 1000 m zu Gebäuden mit Wohn- und ähnlichen Nutzungen sei rechtlich nicht zu beanstanden. Insofern stünden dem Träger der Regionalplanung ein Beurteilungsspielraum und die Befugnis zur Typisierung bei der Festlegung des Abstandes zu. Dabei könne die Regionalplanung aus Vorsorgegründen einen über im-missionsschutzrechtliche Anforderungen hinausgehenden Schutzabstand festlegen; die Prognose des Planungsträgers, dass die 1000 m Abstand aus Vorsorgeerwägungen mit Blick auf bedrängende Anlagenwirkungen, Anlagenkumulation und sonstige nachteilige Wirkungen erforderlich seien, erscheine jedenfalls vertretbar. Auch sei von einer Beeinträchtigung künftiger Ziele der Raumordnung mit Blick auf die Lage der drei Vorhabenstandorte auszugehen, da diese sich erkennbar außerhalb des regionalplanerisch dargestellten Windeignungsgebietes in der Festlegungskarte zum sachlichen Teilregionalplan befänden.

19 Hinsichtlich der Windenergieanlage 3 bezieht der Beklagte sich auf die von der Beigeladenen beschlossene Veränderungssperre.

20 Die Beigeladene hat keinen Antrag gestellt.

21 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte sowie der beigezogenen Verwaltungsvorgänge Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

22 Die zulässige Verpflichtungsklage ist begründet.

22 A.

23 I. Das Verfahren über die unter Einhaltung der „Wartefrist" des § 75 Satz 2 VwGO erhobene Klage war in Bezug auf den die Windenergieanlagen 1, 2 und 4 betreffenden Verpflichtungsantrag nicht gemäß § 75 Satz 3 VwGO auszusetzen.

24 Gemäß § 75 Satz 3 VwGO setzt das Gericht das Verfahren bis zum Ablauf einer von ihm bestimmten Frist aus, wenn ein zureichender Grund dafür vorliegt, dass der

beantragte Verwaltungsakt noch nicht erlassen ist. § 75 VwGO wird in Bezug auf im-missionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren durch § 10 Abs. 6a BImSchG modifiziert. Danach ist über den Genehmigungsantrag innerhalb einer Frist von sieben Monaten nach Eingang des Antrages und der zur Prüfung erforderlichen Unterlagen zu entscheiden; die zuständige Behörde kann die Frist um jeweils drei Monate verlängern, wenn dies wegen der Schwierigkeit der Prüfung oder aus Gründen, die dem Antragsteller zuzurechnen sind, erforderlich ist. Ein zureichender Grund für eine bislang fehlende Entscheidung über den Antrag im Sinne des § 75 Satz 3 VwGO liegt vor, wenn die - ggf. rechtzeitig und rechtmäßig verlängerte - Frist des § 10 Abs. 6a BImSchG noch nicht abgelaufen ist (VG Halle, Beschluss vom 30. November 2011 - 4 A 416/10 - juris, Rn. 2). Entgegen einer in der Rechtsprechung vertretenen Auffassung, der zufolge für eine Aussetzung des Verfahrens dann kein Raum mehr sein soll, wenn die Behörde nicht innerhalb der Frist des § 10 Abs. 6a BImSchG entschieden und diese auch nicht verlängert hat (so Niedersächsisches OVG, Beschluss vom 2. Juni 2004 - 7 OB 97/04 - juris, Rn. 3;), liegt ein zur Aussetzung nach § 75 Satz 3 VwGO führender zureichender Grund außer im Fall der Erfüllung der Voraussetzungen des § 10 Abs. 6a BImSchG auch dann vor, wenn die Behörde aus anderen Gründen (vorübergehend) rechtlich gehindert ist, eine (positive) Entscheidung über den Genehmigungsantrag zu treffen.

25 Bei Anlegung dieser Maßstäbe war das Verfahren vorliegend nicht gemäß § 75 Satz 3 VwGO auszusetzen. Die befristete Untersagung der Erteilung einer immissi-onsschutzrechtlichen Genehmigung durch die Gemeinsame Landesplanungsabteilung vom 28. Juni 2013 ist kein zureichender Grund dafür, dass die beantragte im-missionsschutzrechtliche Genehmigung noch nicht erteilt worden ist. Eine befristete raumordnungsrechtliche Untersagung ist zwar als zureichender Grund im Sinne von § 75 Satz 3 VwGO anzusehen, wenn sie rechtmäßig ist (dazu 1.); die befristete Untersagung vom 28. Juni 2013 erfüllt diese Voraussetzung aber nicht, da sie rechtswidrig ist (dazu 2.).

26 1. Eine befristete Untersagung raumbedeutsamer Planungen und Maßnahmen kann ein zureichender Grund im Sinne von § 75 Satz 3 VwGO für die immissionsschutz rechtliche Genehmigungsbehörde sein, über einen Genehmigungsantrag noch nicht zu entscheiden. Nach § 14 Abs. 2 ROG kann die Raumordnungsbehörde raumbedeutsame Planungen und Maßnahmen sowie die Entscheidung über deren Zulässigkeit gegenüber den in § 4 ROG genannten öffentlichen Stellen befristet untersagen, wenn sich ein Raumordnungsplan in Aufstellung befindet und wenn zu befürchten ist, dass die Planung oder Maßnahme die Verwirklichung der vorgesehenen Ziele der Raumordnung unmöglich machen oder wesentlich erschweren würde. Die Dauer der Untersagung beträgt bis zu zwei Jahre; die Untersagung kann um ein weiteres Jahr verlängert werden. Nach Art. 14 des Landesplanungsvertrages (LPlV) in der Fassung des Gesetzes vom 21. September 2011 (GVBl. I Nr. 21), der gemäß Art. 70, 72 Abs. 1, 74 Abs. 1 Nr. 31 und 84 Abs. 1 Satz 1 GG als die nicht abschließende bundesrechtliche Regelung des § 14 Abs. 2 ROG im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebung durch Zuständigkeits- und Verfahrensregelungen ergänzendes Landesrecht Anwendung findet (s. dazu Schmitz in: Bielenberg/Runkel/Spannowsky, Raumordnung- und Landesplanungsrecht des Bundes und der Länder, Stand: November 2014, L § 6 Rn. 34m und L § 14 Rn. 148), kann die Gemeinsame Landesplanungsabteilung im

Einvernehmen mit den fachlich zuständigen Ministerien im Land Brandenburg und den fachlich zuständigen Senatsverwaltungen im Land Berlin raumbedeutsame Planungen und Maßnahmen sowie Entscheidung über deren Zulässigkeit nach § 14 ROG untersagen (Abs. 1); die Untersagung wird nach Anhörung des oder der Betroffenen von Amts wegen oder auf Antrag eines öffentlichen Planungsträgers, dessen Aufgaben durch die beabsichtigte Planung oder Maßnahme berührt werden, ausgesprochen (Abs. 2); die Untersagung ist vor Fristablauf ganz oder teilweise aufzuheben, soweit ihre Voraussetzungen weggefallen sind (Abs. 3).

27 Die von der Gemeinsamen Landesplanungsabteilung als Teil einer obersten Landesbehörde des Landes Brandenburg gegenüber einer anderen Behörde des Landes ausgesprochene Untersagung nach § 14 Abs. 2 ROG ist kein Verwaltungsakt im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 1 VwVfG Bbg i. V. m. § 35 VwVfG und entfaltet demgemäß auch keine unmittelbare Rechtswirkung gegenüber der Klägerin (insofern ebenso Goppel in Spannowsky/Runkel/Goppel, ROG, § 14 Rn. 31). Zwar ergibt sich aus § 14 Abs. 3 ROG, wonach Rechtsbehelfe gegen eine Untersagung keine aufschiebende Wirkung haben, dass Untersagungsverfügungen die Rechtsnatur eines Verwaltungsakts haben können (vgl. zu diesem Ansatz: Goppel in Spannowsky/Runkel/Goppel ROG, § 14 Rn. 27; Schmitz in Bielen-berg/ Runkel/Spannowsky, Raumordnung- und Landesplanungsrecht des Bundes und der Länder, Stand: November 2014, L § 14 Rnrn. 120 ff.). Die für das alte Landesplanungsgesetz des Landes Nordrhein-Westfalen vom Bundesgerichtshof (Urteil vom 30. Juni 1983 - III ZR 73/82 -, juris) vertretene Auffassung, dass landesplanerischen Untersagungen - wie bei allen Maßnahmen der Raumordnung und Landesplanung - immer die unmittelbare Wirkung nach außen fehle, ist durch die neue Gesetzeslage überholt. Raumordnungsrechtliche Untersagungen sind wegen der dann zweifelsfrei gegebenen Außenwirkung als Verwaltungsakte zu qualifizieren, wenn sie gegenüber kommunalen Gebietskörperschaften, insbesondere in Bezug auf Bauleitplanungen der Gemeinden, sowie gegenüber öffentlichen Stellen des Bundes ergehen (Schmitz, a. a. O., Rn. 122 f.). Erfolgt die Untersagung demselben Hoheitsträger gegenüber, so liegt nach einer in Rechtsprechung und Literatur vertretenen und von der Kammer geteilten Auffassung hingegen lediglich eine interne („fachliche") Weisung vor (OVG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 6. August 2012 - 2 L 6/10 - juris Rn. 47; OLG Naumburg, Urteil vom 13. März 2014 - 2 U 26/13 - juris Rn. 45; VG Halle, Urteil vom 19. August 2010 - 4 A 9/10 - juris Rn. 64; Schmitz, a. a. O., Rn. 122 m. w. N.). Ergeht die Untersagungsverfügung von einer Behörde des Landes Brandenburg (Gemeinsame Landesplanungsabteilung Berlin-Brandenburg) an eine andere Behörde des Landes (C.), so ist sie nicht auf eine unmittelbare Außenwirkung gerichtet. Das beklagte Landesamt als Adressat der Verfügung ist nicht als selbständige Rechtspersönlichkeit mit eigenen Rechten ausgestattet, in die eingegriffen werden kann. Unbeschadet der Frage, ob man die Untersagungsverfügung als „fachliche" Weisung ansehen kann, obgleich die Gemeinsame Landesplanungsabteilung nicht die dem Beklagten übergeordnete Behörde ist (allerdings im Einvernehmen mit der ihr übergeordneten, fachlich zuständigen obersten Landesbehörde handelt, Art. 14 Abs. 1 LPlV), ist die Untersagungsverfügung jedenfalls ein Verwaltungsinternum. Ihr kommen nach der gesetzlichen Ausgestaltung auch keine unmittelbaren Rechtswirkungen gegenüber Dritten - hier etwa der Klägerin - zu, insbesondere entfaltet sie keine gegenüber

Dritten geltende Feststellungswirkung, die u. U. die Annahme der Verwaltungsakts-Qualität einer gegenüber einer anderen Behörde des selben Landes ergehenden Entscheidung rechtfertigen könnte (vgl. Knuth in Wil-ke/Dageförde/Knuth/Meyer/ Broy-Bülow, BauO Bln, 6. Auflage, § 76 Rn. 13). Dieser Sichtweise steht auch nicht der Umstand entgegen, dass die Gemeinsame Landesplanungsabteilung gemäß Art. 2 Abs. 1 LPlV nicht nur eine Behörde des Landes Brandenburg ist. Die Gemeinsame Landesplanungsabteilung nimmt die Aufgaben der für Raumordnung zuständigen obersten Landesbehörden und deren Befugnisse als Trägerin der gemeinsamen Landesplanung wahr und ist befugt, im Verwaltungsverfahren für beide Länder unter eigenem Namen zu handeln. Vorliegend ist die gemeinsame Landesplanungsabteilung verwaltungsorganisatorisch als Teil der Verwaltung des Landes Brandenburg tätig geworden.

28 Die befristete Untersagung gemäß § 14 Abs. 2 ROG bewirkt, dass Entscheidungen über die Zulässigkeit raumbedeutsamer Maßnahmen für die Dauer der Befristung nicht mehr getroffen werden dürfen (vgl. Schmitz in Bielenberg/Runkel/ Spannowsky, a. a. O., § 14 Rn. 81; Spannowsky/Runkel/Goppel, ROG, § 14 Rn. 25; siehe auch VG Halle, Urteile vom 19. August 2010 - 4 A 9/10 - und vom 23. November 2010 - 4 A 38/10 -, beide juris). Die befristete raumordnungsrechtliche Untersagung stellt ein Sicherungsmittel dar, mit dessen Hilfe verhindert werden soll, dass die Verwirklichung zukünftiger Ziele (der Raumordnung) bereits im Vorfeld der Planung vereitelt oder wesentlich erschwert wird, und hat zur Folge, dass ein ansonsten zulässiges Vorhaben einer Privatperson nicht zugelassen werden kann (vgl. Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 27. Januar 2005 - 4 C 5.04 - juris Rn. 23). Als generell die Entscheidungen über die Zulässigkeit raumbedeutsamer Maßnahmen betreffende Norm erfasst § 14 Abs. 2 ROG auch immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren; diese Norm steht als Bundesrecht gleichrangig neben den Verfahrensregelungen des § 10 BImSchG und wird durch § 10 Abs. 6a BImSchG nicht verdrängt. Die zwingende „entscheidungshemmende" Wirkung des § 14 Abs. 2 ROG ergibt sich auch aus dem Sinn und Zweck der Norm. Die befristete Untersagung ist ein der Zurückstellung nach § 15 BauGB vergleichbares Sicherungsmittel; zur Erfüllung dieser Sicherungsfunktion hat die befristete Untersagung ähnlich einer Zurückstellung zur Folge, dass ein ansonsten zulässiges Vorhaben einer Privatperson (jedenfalls vorläufig) nicht zugelassen werden kann (vgl. BVerwG, Urteil vom 27. Januar 2005, a. a. O., Rnrn. 23, 25).

29 Entgegen der Ansicht des Sächsischen Oberverwaltungsgerichts (Urteil vom 20. Juni 2007 - 1 B 14/07 - juris Rnrn. 39 ff.) bedarf eine befristete raumordnungsrechtliche Untersagung keiner Umsetzung (im Verwaltungsverfahren) durch die Genehmigungsbehörde; die Untersagung steht für die Zeit ihrer Geltungsdauer der Erteilung der beantragten immissionsschutzrechtlichen Genehmigung vielmehr unmittelbar entgegen (vgl. VG Halle, Urteile vom 19. August 2010 - 4 A 9/10 - und vom 23. November 2010 - 4 A 38/10 -, beide in juris). Das Sächsische Oberverwaltungsgericht, das allerdings - anders als hier, wo es darum geht, ob ein zureichender Grund im Sinne des § 75 Satz 3 VwGO vorliegt - zu prüfen hatte, ob eine raumordnungsrechtliche Untersagung in materiell-rechtlicher Hinsicht der Genehmigungserteilung entgegensteht, hat seine Ansicht damit begründet, dass die Untersagung lediglich eine verwaltungsinterne Maßnahme und nicht geeignet sei, den Rechtsanspruch der Klägerin auf Erteilung

eines immissionsschutzrechtlichen Vorbescheids zu beschneiden. Im Rahmen des § 75 VwGO kommt es aber nicht darauf an, ob und wann die raumordnungsrechtliche Untersagung der Klägerin gegenüber Wirkung entfaltet, sondern darauf, ob die Behörde zu Recht annimmt, derzeit über den Genehmigungsantrag nicht entscheiden zu dürfen; das trifft dann zu, wenn die Untersagungsverfügung rechtmäßig ist. Vor diesem Hintergrund bedarf es keiner speziellen „Umsetzungsregelung" über die Auswirkungen einer befristeten landesplanerischen Untersagung auf anhängige Genehmigungsverfahren (s. OVG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 6. August 2012 - 2 L 6/10 - juris, Rnrn. 48 ff.). Unbestritten ist, dass die befristete Untersagung den Genehmigungsanspruch aus § 6 BImSchG nicht untergehen lässt, da § 14 Abs. 2 ROG keine dem Vorhaben entgegenstehende öffentlich-rechtliche Vorschrift im Sinne von § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG darstellt. Wie bei der Zurückstellung wird die Entscheidung über die Zulässigkeit des Vorhabens lediglich aufgeschoben. Mit Blick auf Regelungsinhalt sowie Sinn und Zweck des § 14 Abs. 2 ROG kann nicht davon ausgegangen werden, dass die befristete Untersagung nach dem Willen des Gesetzgebers - auch verfahrensrechtlich - keinen Einfluss auf die Genehmigungsfähigkeit des Vorhabens haben soll. Der Zweck der befristeten Untersagung als Sicherungsmittel würde völlig verfehlt, wenn die Genehmigungsbehörde verpflichtet wäre, das Vorhaben trotz Vorliegens einer rechtmäßigen Untersagungsverfügung zu genehmigen (OVG Sachsen-Anhalt, a. a. O., Rn. 50).

30 Der jeweilige Antragsteller wird mit Blick auf die Auswirkung einer befristeten Untersagung auf das verwaltungsgerichtliche Verfahren auch nicht rechtsschutzlos gestellt, da die Rechtmäßigkeit der Untersagung im Rahmen einer Untätigkeitsklage gemäß § 75 VwGO inzident geprüft wird und die Untersagung der Erteilung der Genehmigung nur dann entgegen steht, wenn sie rechtmäßig ergangen ist und ihre Voraussetzungen nicht weggefallen sind (VG Halle, Urteile vom 19. August 2010 - 4 A 9/10 - juris Rn. 64 und vom 23. November 2010 - 4 A 38/10 - juris Rn. 68). Ein Grund, den beantragten Verwaltungsakt noch nicht zu erlassen, kann nämlich nur dann „zureichend" im Sinne von § 75 Satz 3 VwGO sein, wenn er mit der Rechtsordnung im Einklang steht (BVerwG, Urteil vom 23: Juli 1991 - 3 C 56/90 juris Rn. 10). Ergibt die verwaltungsgerichtliche Prüfung, dass die Untersagung rechtmäßig ist, liegt ein zureichender Grund für die Nichtbescheidung des Genehmigungsantrags vor, so dass das verwaltungsgerichtliche Verfahren - entsprechend der Vorgehensweise bei einer Zurückstellung nach § 15 BauGB (vgl. BVerwG, Urteil vom 30. Juni 2011 - 4 C 10/10 - juris, Rn. 9) - gemäß § 75 Satz 3 VwGO bis zum Ablauf der in der Untersagungsanordnung festgelegten Frist auszusetzen ist; hält das Gericht demgegenüber die Untersagung für rechtswidrig, stellt diese keinen zureichenden Grund für die Nichtbescheidung dar mit der Folge, dass der Genehmigungsanspruch von ihr unberührt bleibt und die Behörde zur Erteilung der Genehmigung zu verpflichten ist, wenn dem Vorhaben keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen (OVG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 6. August 2012, a. a. O., Rn. 51).

31 2. Die befristete Untersagung vom 23. Juni 2013 ist nach der für die Entscheidung maßgeblichen Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung rechtswidrig. Gemäß § 14 Abs. 2 Satz 1 ROG kann die Raumordnungsbehörde raumbedeutsame Planungen und Maßnahmen sowie die Entscheidung über deren

Zulässigkeit gegenüber den in § 4 ROG genannten öffentlichen Stellen befristet untersagen, wenn sich ein Raumordnungsplan in Aufstellung befindet und wenn zu befürchten ist, dass die Planung oder Maßnahme die Verwirklichung der vorgesehenen Ziele der Raumordnung unmöglich machen oder wesentlich erschweren würde. Diese Voraussetzungen für eine befristet Untersagung sind vorliegend nicht vollständig erfüllt. Das Vorhaben fällt zwar in den Anwendungsbereich des § 14 Abs. 2 Satz 1 ROG (dazu unter a), jedoch liegen die gesetzlichen Tatbestandsvoraussetzungen einer befristeten Untersagung nicht vor (dazu unter b).

32 a) Bei dem Vorhaben der Klägerin zur Errichtung und zum Betrieb von vier Windenergieanlagen handelt es sich um eine § 14 Abs. 2 Satz 1 ROG unterfallende raumbedeutsame Maßnahme. Raumbedeutsame Planungen und Maßnahmen sind gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 6 ROG Planungen einschließlich der Raumordnungspläne, Vorhaben und sonstige Maßnahmen, durch die Raum in Anspruch genommen oder die räumliche Entwicklung oder Funktion eines Gebietes beeinflusst wird, einschließlich des Einsatzes der hierfür vorgesehenen öffentlichen Finanzmittel. Ob eine Windenergieanlage in diesem Sinne raumbedeutsam ist, beurteilt sich nach den tatsächlichen Umständen des Einzelfalls (BVerwG, Beschluss vom 2. August 2002 - 4 B 36/02 - juris Rn. 6 und Urteil vom 13. März 2003 - 4 C 4/02 - juris Rn. 11; Niedersächsisches OVG, Urteil vom 15. September 2011 - 12 LB 218/08 - juris Rn. 36; OVG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 16. März 2012 - 2 L 2/11 - juris Rn. 5; Runkel in: Bielenberg/Runkel/Spannowsky, a.a.O., L § 3 Rn. 239). Die Raumbedeutsamkeit einer Anlage kann sich insbesondere aus ihren Dimensionen (Höhe, Rotordurchmesser), aus ihrem Standort oder aus ihren Auswirkungen auf bestimmte Ziele der Raumordnung (Schutz von Natur und Landschaft, Erholung und Fremdenverkehr) ergeben; einen festen „Grenzwert" für die Annahme der Raumbedeutsamkeit gibt es nicht (s. aber das Gemeinsame Rundschreiben von MLUR und MSWV vom 16. Februar 2001, dem gemäß in der Regel WEA mit einer Gesamthöhe über 35 m, bei anth-ropogen stark veränderten oder vorbelasteten Standorten über 65 m als raumbedeutsam anzusehen sind). Vorliegend folgt die Raumbedeutsamkeit des Vorhabens bereits aus den Dimensionen und den Standorten der Anlagen, die mit ihrer Gesamthöhe von rund 196 m, der Nabenhöhe von 140 m und dem Rotor-Durchmesser von 112 m sowie der Lage an den „Rändern" eines vorhandenen Windenergieanlagen-Standorts in der relativ flachen Landschaft weithin sichtbar sein und damit einen erheblichen Einfluss auf das Landschaftsbild haben werden.

33 b) Der Tatbestand des § 14 Abs. 2 Satz 1 ROG ist jedoch nicht erfüllt. Die Untersagung setzt voraus, dass sich ein Raumordnungsplan in Aufstellung befindet und die Planung oder Maßnahme die Verwirklichung der vorgesehenen Ziele der Raumordnung unmöglich machen oder wesentlich erschweren würde. Bei der Frage, ob eine befristete landesplanerische Untersagung rechtmäßig erlassen worden ist, bedarf es keiner abschließenden Prüfung, ob der in Aufstellung befindliche Regionalplan in seinen einzelnen Festlegungen von einer gerechten Abwägung getragen sein wird; um das Vorliegen eines in Aufstellung befindlichen Ziels der Raumordnung verneinen zu können, muss die Planung von vornherein mit evidenten, im weiteren Planverfahren nicht heilbaren Mängeln behaftet sein (OVG des Landes Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 23. Dezember 2008 - 2 M 216/08 - juris, Rnrn. 16 f.; Niedersächsisches OVG, Beschluss vom 15. April 1996 - 1 M

1464/96 - juris Rn. 13). Auch eine befristete Untersagung setzt nach § 14 Abs. 2 Satz 1 ROG allerdings zunächst eine hinreichende Konkretisierung der (beabsichtigten) Ziele der Raumordnung voraus, da sich sonst eine Vereinbarkeit der beanstandeten Planung bzw. Maßnahme mit diesen Zielen nicht beurteilen ließe (OVG des Landes Sachsen-Anhalt, a.a.O., Rn. 15; Niedersächsisches OVG, a.a.O., Rn. 9; Schmitz in: Bielen-berg/Runkel/Spannowsky, Raumordnung- und Landesplanungsrecht des Bundes und der Länder, Stand: November 2014, L § 14 Rn. 71). Ist noch offen, ob eine Planung mit den Aussagen eines Raumordnungsplans vereinbar ist oder nicht, kann sie auch (noch) nicht untersagt werden (Niedersächsisches OVG, a.a.O., Rn. 15).

3 4 Die Voraussetzungen einer befristeten Untersagung sind nicht erfüllt, weil die Regionale Planungsgemeinschaft derzeit keinen Teil-Regionalplan „Windenergienutzung" rechtswirksam erlassen und es deshalb keine in Aufstellung befindliche Ziele der Raumordnung geben kann, deren Verwirklichung durch das streitgegenständliche Vorhaben unmöglich gemacht oder wesentlich erschwert würde. Das ergibt sich daraus, dass der Landesentwicklungsplan Berlin-Brandenburg vom 31. März 2009 (LEP BB), den sowohl der 1. als auch der 2. Entwurf des Sachlichen Teilregionalplans „Windenergienutzung" als Rechtsgrundlage aufführen, unwirksam ist und der Teilregionalplan demnach nicht gemäß § 8 Abs. 2 Satz 1 ROG aus dem Landesentwicklungsplan entwickelt werden kann (dazu unter aa); dem Entwicklungsgebot des § 8 Abs. 2 Satz 1 ROF kann auch nicht durch ein Entwickeln des Teil-Regionalplans aus einem anderen Raumordnungsplan für das Landesgebiet Rechnung getragen werden (dazu unter bb); schließlich lässt sich weder feststellen, dass der Verstoß gegen das Entwicklungsgebot aufgrund von Regelungen über die Planerhaltung unbeachtlich ist, noch im Wege einer Prognose annehmen, dass der Mangel alsbald „geheilt" werden wird (dazu unter cc).

3 5 aa) Die Rechtsverordnung der Regierung des Landes Brandenburg über den Landesentwicklungsplan Berlin-Brandenburg vom 31. März 2009 ist unwirksam. Dies ist für die Kammer, die sich insofern nicht auf „ungefragte Fehlersuche" begeben musste, aufgrund der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts Berlin-Brandenburg offensichtlich. Das Oberverwaltungsgericht hat die Rechtsverordnung der Regierung des Landes Brandenburg über den Landesentwicklungsplan Berlin-Brandenburg vom 31. März 2009 aus materiell-rechtlichen Gründen (wegen Verletzung des Zitiergebotes des Art. 80 Satz 3 der Verfassung des Landes Brandenburg) für unwirksam erklärt (Urteil vom 16. Juni 2014 - 10 A 8.10 - juris, gegen das Nichtzulassungsbeschwerde zum Bundesverwaltungsgericht erhoben wurde, der das OVG mit Beschluss vom 7. Oktober 2014 - 10 A 8.10 - nicht abgeholfen hat). Trotz der weitreichenden Folgen, die die Unwirksamkeit des Landesentwicklungsplans für die Raumordnungsplanung im Land Brandenburg, insbesondere im Hinblick auf die Raumstruktur sowie die Steuerung der Siedlungs- und Freiraumentwicklung hat, hat das Oberverwaltungsgericht es abgelehnt, von der Unwirksamkeitserklärung nach § 47 Abs. 5 Satz 2 VwGO abzusehen und entsprechend der Praxis des Bundesverfassungsgerichts bei der Behandlung verfassungswidriger Gesetze lediglich die Unvereinbarkeit der Normen mit höherrangigem Recht festzustellen, da hierfür keine gesetzliche Grundlage besteht (Urteil vom 16. Juni 2014, a. a. O., Rn. 140).

36 Die Unwirksamkeit der Rechtsverordnung der Regierung des Landes Brandenburg über den Landesentwicklungsplan Berlin-Brandenburg 2009 hat zur Folge, dass aus diesem Plan keine Regionalpläne gemäß § 8 Abs. 2 Satz 1 ROG entwickelt werden können. Gemäß § 8 Abs. 2 Satz 1 ROG sind die Regionalpläne aus dem Raumordnungsplan für das Landesgebiet zu entwickeln. Mit dieser Vorschrift knüpft der Gesetzgeber an das in § 8 Abs. 2 Satz 1 BauGB enthaltene bauplanungsrechtliche Entwicklungsgebot an, wonach die Bebauungspläne aus dem Flächennutzungsplan zu entwickeln sind; im Baurecht ist anerkannt, dass die Gemeinde diesem Gebot nicht nachkommen kann, wenn ein wirksamer Flächennutzungsplan nicht vorhanden ist (BVerwG, Beschluss vom 18. Dezember 1991 - 4 N 2/89 - juris Rn. 26; s. auch BVerwG, Urteil vom 29. April 2010 - 4 CN 3/08 - juris Rn. 18: „Bebauungspläne können grundsätzlich nur aus einem wirksamen Flächennutzungsplan entwickelt werden"). Das Entwicklungsgebot soll auch im Raumordnungsrecht die Abstimmung der niederstufigen Regionalpläne mit dem höherstufigen Raumordnungsplan für das gesamte Landesgebiet gewährleisten. Das Entwicklungsgebot enthält zum einen eine materiell-rechtliche Komponente, zum anderen eine zeitlich-formelle Vorgabe der Reihenfolge der Aufstellung des Raumordnungsplans für das Landesgebiet und der regionalen Raumordnungspläne (s. hierzu und zum Folgenden: Kümper, LKV 2014, 542, 544; Kümper/Milstein, NVwZ 2015, 8, 9 f.). Das raumordnungsrechtliche Entwicklungsgebot ist grundsätzlich in gleicher Weise zu interpretieren wie das baupla-nungsrechtliche Gebot des § 8 Abs. 2 Satz 1 BauGB. Dem entsprechend verlangt auch das raumordnungsrechtliche Entwicklungsgebot des § 8 Abs. 2 Satz 1 ROG, dass dem Regionalplan ein wirksamer landesweiter Raumordnungsplan zeitlich vorangeht. Ist der landesweite Raumordnungsplan unwirksam, so können aus ihm keine Regionalpläne im Sinne des § 8 Abs. 2 Satz 1 ROG entwickelt werden. Die Unwirksamkeit des landesweiten Raumordnungsplans zieht aufgrund des Entwicklungsgebotes somit auch die Unwirksamkeit der Regionalpläne nach sich, es besteht eine strenge „Wirksamkeitsakzessorietät" (Schlarmann/Krappel, Nord ÖR 2009, 143, 144; Ingold, NVwZ 2010, 1399, 1400 f.; Kümper/Milstein, a.a.O.).

37 bb) Dem Entwicklungsgebot des § 8 Abs.2 Satz 1 ROG wird - entgegen einer von Seiten der Gemeinsamen Landesplanungsabteilung in der mündlichen Verhandlung angedeuteten Auffassung - nicht bereits dadurch Rechnung getragen, dass nach wie vor das Landesentwicklungsprogramm 2007 als Raumordnungsplan für das Landesgebiet vorhanden ist und sowohl im 1. als auch im 2. Entwurf des Sachlichen Teilregionalplans „Windenergienutzung" als eine Rechtsgrundlage genannt wird, da das Landesentwicklungsprogramm nicht den Landesentwicklungsplan als landesweiten Raumordnungsplan ersetzen kann. Gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ROG ist in den Ländern ein Raumordnungsplan für das Landesgebiet (landesweiter Raumordnungsplan) aufzustellen; im Anschluss an die Regelung des § 8 Abs. 1 Satz 1 ROG a.F., der gemäß für das Gebiet eines jeden Landes ein zusammenfassender und übergeordneter Plan aufzustellen war, begründet § 8 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ROG eine zwingende Rechtspflicht der Länder zur Aufstellung eines landesweiten Raumordnungsplans, der durch Fortschreibung aktuell zu halten ist (Spannowsky/Runkel/Goppel, ROG, § 1 Rn. 58 f.). Der Raumordnungsplan muss nicht nur gemäß der Definition in § 1 Abs. 1 Satz 1 ROG ein zusammenfassender, überörtlicher und fachübergreifender Plan sein, sondern

auch den Aufgaben und Leitvorstellungen der Raumordnung in § 1 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 ROG und damit inhaltlichen Anforderungen entsprechen (s. Spannowsky/ Runkel/Goppel, ROG, § 8 Rn. 16). Mit Blick auf § 7 Abs. 1 Satz 2 ROG wird es als mit Bundesrecht vereinbar angesehen, dass in einzelnen Ländern sowohl ein Landesentwicklungsprogramm als auch ein Landesentwicklungsplan aufgestellt werden (Runkel in: Bielen-berg/Runkel/Spannowsky, a.a.O., L § 3 Rn. 279). Demgemäß sieht der Landesplanungsvertrag für Berlin und Brandenburg zwei Arten von landesweiten Raumordnungsplänen vor, das Landesentwicklungsprogramm und Landesentwicklungspläne. Während das gemeinsame Landesentwicklungsprogramm als Staatsvertrag zwischen den Ländern Berlin und Brandenburg vereinbart wird und insbesondere Grundsätze der Raumordnung, die für die Gesamtentwicklung beider Länder von Bedeutung sind, festlegt (Art. 7 Abs. 1 Landesplanungsvertrag), legen die gemeinsamen Landesentwicklungspläne gemäß Art. 8 Abs. 1 Satz 1 Landesplanungsvertrag auf der Grundlage des gemeinsamen Landesentwicklungsprogramms weitere Grundsätze und Ziele der Raumordnung fest. Die Regelungen des Landesplanungsvertrags sind mithin darauf angelegt, dass das eher grundsätzlich-abstrakte Landesentwicklungsprogramm durch die insbesondere auch die Festlegung von Zielen der Raumordnung enthaltenden Landesentwicklungspläne ergänzt wird und erst dadurch der „landesweite Raumordnungsplan" im Sinne von § 8 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ROG entsteht (ebenso Runkel in: Bielenberg/Runkel/Spannowsky, a.a.O., L § 3 Rn. 279: „Beide zusammen bilden dann den Raumordnungsplan für das Landesgebiet nach § 8 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1"). Die Aufstellung eines gemeinsamen Landesentwicklungsplans steht Berlin und Brandenburg auch landesrechtlich nicht frei, da sich beide Länder in Art. 1 Abs. 2 Satz 2 Landesplanungsvertrag verpflichtet haben, die gemeinsamen Grundsätze und Ziele der Raumordnung für den gemeinsamen Planungsraum in einem gemeinsamen Landesentwicklungsprogramm und in gemeinsamen Landesentwicklungsplänen festzulegen. In ihrer Praxis bei der Anwendung des Landesplanungsvertrags haben sich beide Länder im Landesentwicklungsprogramm 2007 auf die Festlegung von Grundsätzen der Raumordnung beschränkt, die durch die im Landesentwicklungsplan vorzunehmenden Zielfestlegungen auszufüllen, zu konkretisieren und ggf. mit der (nur) Zielen der Raumordnung gemäß §§ 3 Abs. 1 Nr. 2, 4 Abs. 1 ROG zukommenden Verbindlichkeit zu versehen waren. Dies wird beispielhaft an dem für den Teilregionalplan „Windenergienutzung" erheblichen Grundsatz der Freiraumentwicklung (§ 6 LEPro 2007) deutlich. In § 6 Abs. 4 LEPro 2007 ist als Grundsatz vorgesehen, dass Freiräume mit hochwertigen Schutz-, Nutz-und sozialen Funktionen in einem Freiraumverbund entwickelt werden; in der Begründung zu § 6 Abs. 4 LEPro 2007 wird dies dahingehend erläutert, dass das „großräumig übergreifende Freiraumverbundsystem" der Vernetzung besonders hochwertiger Freiräume diene, und aufgezeigt, dass durch eine möglichst weitgehende Einbindung von Europäischen Vogelschutz- und FFH-Gebieten die Kohärenz von Natura 2000 verbessert werde und die Einbindung von Ergänzungs- und Verbindungsflächen mit hohem Entwicklungspotential in das Verbundsystem dessen Gesamtwirkung steigere. Der Grundsatz setzt mithin die Festlegung eines „Freiraumverbundsystems" voraus; der mit diesem Grundsatz der Raumordnung angestrebte Schutz besonders hochwertiger Freiraumfunktionen in einem großräumig übergreifenden Freiraumverbund bedurfte notwendigerweise der

Umsetzung durch ein Ziel der Raumordnung mit Festlegung der räumlichen Ausdehnung des Freiraumverbundes in einem landesweiten Raumordnungsplan als verbindliche Vorgabe für andere raumbedeutsame Planungen einschließlich der Regionalpläne; ein entsprechendes Ziel der Raumordnung war in Ziff. 5.2 und der Festlegungskarte 1 des Landesentwicklungsprogramms Berlin-Brandenburg vom 31. März 2009 enthalten. Nicht bereits mit dem Landesentwicklungsprogramm, sondern erst mit dem Landesentwicklungsplan Berlin-Brandenburg einschließlich der dort enthaltenen Zielfestlegungen genügte die gemeinsame Landesplanung beider Länder - wohl auch nach dem eigenen Verständnis (s. Ziff. I Abs. 2 LEP BB) - dem Planungs- und Koordinierungsauftrag des Bundes- und Landesrechts.

38 Dem Entwicklungsgebot des § 8 Abs. 2 Satz 1 ROG lässt sich auch nicht mit Blick auf die Verordnung über den Landesentwicklungsplan für den Gesamtraum BerlinBrandenburg (LEP GR) - ergänzende raumordnerische Festlegungen für den äußeren Entwicklungsraum - vom 20. Juli 2004 Rechnung tragen, der durch den Landesentwicklungsplan vom 31. März 2009 abgelöst werden sollte. Ein Rückgriff auf frühere landesweite Raumordnungspläne ist im Rahmen des Entwicklungsgebots des § 8 Abs. 2 Satz 1 ROG zwar nicht von vornherein ausgeschlossen, da diese durch die Verordnung über den Landesentwicklungsplan 2009 nicht förmlich außer Kraft gesetzt wurden und deshalb grundsätzlich als Maßstab für das „Entwickeltsein" des Regionalplans in Betracht kommen (s. Kümper/Milstein, NVwZ 2015, 8, 10). Sachlich kann auf die alten Raumordnungspläne aber nicht zurückgegriffen werden, da diese durch den Landesentwicklungsplan 2009 abgelöst werden sollten (s. Ziffer I LEP B-B 2009) und heute nicht mehr den relevanten Stand der landesplanerischen Entwicklung wiedergeben; bereits im Landesentwicklungsprogramm Berlin-Brandenburg war festgestellt worden, dass Veränderungen der Raumstruktur, insbesondere die Auswirkungen des demographischen Wandels, zu veränderten Schwerpunktsetzungen geführt haben, die sich u.a. in der Ablösung des Leitbildes der „dezentralen Konzentration" durch den Grundsatz, systematisch Stärken zu stärken, ausdrückten. Vor diesem Hintergrund sollten verschiedene frühere Landesentwicklungspläne - so der Landesentwicklungsplan Brandenburg LEP I - Zentral-örtliche Gliederung -, der gemeinsame Landesentwicklungsplan für den engeren Verflechtungsraum BerlinBrandenburg (LEP eV) und der Landesentwicklungsplan für den Gesamtraum BerlinBrandenburg (LEP GR) - bereits im Jahr 2009 durch einen integrierten Gesamtplan, den Landesentwicklungsplan Berlin-Brandenburg, auf der Grundlage der neuen „Planungsphilosophie" abgelöst werden. Deshalb dürfte es sachlich nicht gerechtfertigt sein, heute Regionalpläne aus bereits 2009 als obsolet betrachteten übergeordneten Raumordnungsplänen zu entwickeln. Dies gilt auch für den jetzt über zehn Jahre alten Landesentwicklungsplan für den Gesamtraum Berlin-Brandenburg (LEP GR) - ergänzende raumordnerische Festlegungen für den äußeren Entwicklungsraum - vom 20. Juli 2004. Doch auch wenn infolge der Unwirksamkeit des neuen Plans die Fortgeltung dieses alten Landesentwicklungsplans anzunehmen wäre, kann nicht davon ausgegangen werden, dass der in Aufstellung befindliche TeilRegionalplan tatsächlich aus diesem alten Plan entwickelt ist bzw. werden wird. Denn ein nach 2009 entworfener Regionalplan wird regelmäßig an dem neuen landesweiten Raumordnungsplan ausgerichtet worden sein, zumal dessen Unwirksamkeit sich erst lange Zeit nach seinem angestrebten Inkrafttreten herausgestellt hat (s.

Kümper/Milstein, a.a.O.). In Bezug auf den Teilregionalplan „Windenergienutzung" kommt ein derartiger Rückgriff hier jedenfalls deshalb nicht in Betracht, weil Grundlage beider Entwürfe für den Teilregionalplan jeweils ausdrücklich der Landesentwicklungsplan Berlin-Brandenburg vom 31. März 2009 und nicht der Landesentwicklungsplan für den Gesamtraum Berlin-Brandenburg (LEP GR) war und ist. Eine Erfüllung des Entwicklungsgebots des § 8 Abs. 2 Satz 1 ROG käme in Bezug auf den Teilregionalplan demnach nur dann in Frage, wenn dieser Landesentwicklungsplan hinsichtlich der für den Teilregionalplan Windkraftnutzung maßgeblichen Grundsätze und Ziele der Raumordnung mit dem Landesentwicklungsplan Berlin-Brandenburg (LEP B-B) inhaltlich derart übereinstimmen würde, dass die beiden übergeordneten Raumordnungspläne in Bezug auf das Entwicklungsgebot im Ergebnis praktisch „austauschbar" wären; denn dann könnte der Umstand, dass sich die Regionale Planungsgemeinschaft bei der Entwicklung des Regionalplans am LEP B-B orientiert hat, im Ergebnis „unschädlich" sein, jedenfalls ließe sich - bei Annahme der Fortgeltung des Landesentwicklungsplans für den Gesamtraum Berlin-Brandenburg (LEP GR) - kein augenfälliger Verstoß gegen § 8 Abs. 2 Satz 1 ROG feststellen. Von einer derartigen Übereinstimmung der maßgeblichen Inhalte des Landesentwicklungsplans Berlin-Brandenburg und des Landesentwicklungsplans für den Gesamtraum BerlinBrandenburg (LEP GR) - ergänzende raumordnerische Festlegungen für den äußeren Entwicklungsraum - ist aber nicht auszugehen; so enthalten beide Landesentwicklungspläne zwar textlich weitgehend übereinstimmende Zielformulierungen zum „Freiraumverbund" (Ziff. 5. 2 (Z) des LEP B-B, Ziff. Z 3.2.1 LEP GR), jedoch weichen die in den jeweiligen Festlegungskarten enthaltenen zeichnerischen Darstellungen der zu dem „Freiraumverbund" gehörenden Flächen nicht unerheblich voneinander ab, so dass die sich erst aus Text und Festlegungskarte gemeinsam ergebenden verbindlichen Vorgaben, aus denen der Regionalplan zu entwickeln ist, nicht „austauschbar" sind.

39 Für den Verstoß gegen das Entwicklungsgebot des § 8 Abs. 2 Satz 1 ROG ist es unerheblich, ob die Regionale Planungsgemeinschaft - wie von Seiten der Gemeinsamen Landesplanungsabteilung in der mündlichen Verhandlung als Möglichkeit angesprochen - die dem 2. Entwurf des Teilregionalplans als ein „hartes" Tabukriterium zugrunde gelegte Fläche des Freiraumverbundes gemäß Ziff. 5.2 und Festlegungskarte 1 des Landesentwicklungsplans Berlin-Brandenburg „hilfsweise" als „weiches" Tabukriterium behandeln und in die Abwägung einbeziehen könnte (s. zu diesem Ansatz: Niedersächsisches OVG, Urteile vom 22. November 2012 - 12 LB 64/11 -juris Rn. 42 und vom 14. Mai 2014 - 12 KN 29/13 - juris Rn. 104; Gatz, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 2. Aufl., Rn. 82); denn in Ermangelung eines wirksamen Landesentwicklungsplans, in dem mit Blick auf den Grundsatz in § 6 Abs. 4 LEPro 2007 ein großräumig übergreifendes Freiraumverbundsystem als nur für den Gesamtraum, nicht isoliert für einzelne Planungsregionen festzusetzendes Ziel der Raumordnung enthalten und räumlich festgelegt sein muss, kann der Teilregionalplan hinsichtlich eines Freiraumverbundes nicht aus einem landesweiten Raumordnungsplan entwickelt werden. Das Aufgreifen einer Zielfestlegung eines unwirksamen Landesentwicklungsplans als der Abwägung unterliegendes, selbst aufgestelltes „weiches" Tabukriterium kann die gemäß § 8 Abs. 2 Satz 1 ROG erforderliche Entwicklung des Regionalplans aus den heute noch nicht bekannten Festlegungen

eines künftigen Landesentwicklungsplans zum großräumig übergreifenden Freiraumverbundsystem nicht vorwegnehmen. Vor diesem Hintergrund kann die Kammer dahinstehen lassen, ob der Ansatz, „harte" Tabuzonen hilfsweise einer Abwägungsentscheidung zu unterziehen, so dass der Ausschluss auch für den Fall, dass die Qualifizierung als harte Tabuzone beanstandet wird, Bestand haben kann (s. Gatz, a.a.O.), mit den Anforderungen, die das Bundesverwaltungsgericht an den Abwägungsvorgang bei Erlass von Regionalplänen mit der Wirkung gemäß § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB stellt (BVerwG, Urteil vom 11. April 2013 - 4 CN 2/12 - juris Rnrn. 5 ff.), im Einklang steht.

40 cc) Ein Verstoß gegen das Entwicklungsgebot des § 8 Abs. 2 Satz 1 ROG ist im hier zu beurteilenden Zusammenhang auf der Grundlage von Regelungen über die Planerhaltung weder unbeachtlich noch in einem ergänzenden Verfahren „heilbar".

41 (1) Planerhaltungsvorschriften des Raumordnungsrechts führen hier nicht zur Unbe-achtlichkeit der Verletzung des Entwicklungsgebots. Zwar bestimmt § 12 Abs. 2 ROG, dass es für die Rechtswirksamkeit der Regionalpläne unbeachtlich ist, wenn § 8 Abs. 2 Satz 1 ROG hinsichtlich des Entwickelns des Regionalplans aus dem Raumordnungsplan für das Landesgebiet verletzt worden ist, ohne dass hierbei die sich aus dem Raumordnungsplan für das Landesgebiet ergebende geordnete räumliche Entwicklung beeinträchtigt worden ist. § 12 Abs. 2 ROG entspricht damit § 214 Abs. 2 Nr. 2 BauGB, wonach es für die Rechtswirksamkeit eines Bebauungsplans unbeachtlich ist, wenn § 8 Abs. 2 Satz 1 BauGB hinsichtlich des Entwickelns des Bebauungsplans aus dem Flächennutzungsplan verletzt worden ist, ohne dass hierbei die sich aus dem Flächennutzungsplan ergebende geordnete städtebauliche Entwicklung beeinträchtigt worden ist; beide Planerhaltungsvorschrift erfassen indes allein Verstöße gegen die materielle Seite des Entwicklungsgebots, wie bereits aus den materiellen Voraussetzungen deutlich wird, die für eine Unbeachtlichkeit des Fehlers erfüllt sein müssen (Kümper, LKV 2014, 542, 544 f.). Damit vermag die Planerhaltung nach § 12 Abs. 2 ROG nicht einzugreifen, wenn ein Regionalplan ohne zeitlich vorangehenden (wirksamen) landesweiten Raumordnungsplan erlassen wurde; insbesondere fehlt im Raumordnungsrecht eine § 214 Abs. 2 Nr. 3 BauGB vergleichbare Vorschrift, die bestimmte Verstöße gegen die zeitlich-formelle Vorgabe des Entwicklungsgebotes für unbeachtlich erklärt (Kümper/Milstein, NVwZ 2015, 8, 13). § 12 Abs. 2 ROG löst nicht die Abhängigkeit des niederstufigen vom höherstufigen Plan derart auf, dass er vom Erfordernis eines dem Regionalplan vorangehen den landesweiten Raumordnungsplans entbindet; vielmehr macht die Vorschrift das Bestehen eines wirksamen landesweiten Raumordnungsplans gerade selbst zur Voraussetzung für ihre Anwendung (Kümper/Milstein, a.a.O.. S. 9; ebenso zu § 214 Abs. 2 Nr. 2 BauGB: BVerwG, Beschluss vom 18. Dezember 1991 - 4 N 2/89 - juris Rn. 26). In Ermangelung einer gesetzlicher Planerhaltungsnorm muss daher die Unwirksamkeit des landesweiten Raumordnungsplans stets zur Unwirksamkeit des Regionalplans führen; insofern ist das raumordnungsrechtliche Entwicklungsgebot strenger als das bauplanungsrechtliche, weil es angesichts der engeren Planerhaltungstatbestände landesweite und regionale Raumordnungsplanung besonders eng verknüpft (Kümper, a. a. O., S. 545; Ingold, NVwZ 2010, 1399, 1401).

42 (2) Es bestehen auch keine Anhaltspunkte dafür, dass der Verstoß gegen das Entwicklungsgebot des § 8 Abs. 2 Satz 1 ROG durch Anwendung von Regelungen

über die „Planerhaltung" auf den Landesentwicklungsplan Berlin-Brandenburg rückwirkend „geheilt" werden kann. Die insofern in der Literatur (Kümper, LKV 2014, 542, 547; Kümper/Milstein, NVwZ 2015, 8, 12) angesprochene und auch von Seiten der Gemeinsamen Landesplanungsabteilung in der mündlichen Verhandlung angedeutete Möglichkeit einer auf der Grundlage eines ergänzenden Verfahrens erfolgenden rückwirkenden Inkraftsetzung gemäß § 12 Abs. 6 ROG besteht für diesen Landesentwicklungsplan nicht. Nach § 12 Abs. 6 ROG kann ein Raumordnungsplan durch ein ergänzendes Verfahren zur Behebung von Fehlern auch rückwirkend in Kraft gesetzt werden. Es kann dahinstehen, ob der vom Oberverwaltungsgericht BerlinBrandenburg festgestellte Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Zitiergebot des Art. 80 Satz 3 der Verfassung des Landes Brandenburg zu den in einem ergänzenden Verfahren behebbaren Fehlern gehört (bejahend: Kümper und Küper/Milstein, jeweils a.a.O.). Denn § 12 Abs. 6 ROG, für den es in den Bestimmungen über die Planerhaltung des § 10 ROG a.F. noch keine entsprechende Regelung gegeben hatte, gilt schon nach seinem zeitlichen Anwendungsbereich nicht für den Landesentwicklungsplan Berlin-Brandenburg. Die Regelungen des § 12 ROG n. F. über die Planerhaltung sind hinsichtlich der Raumordnungspläne in den Bundesländern am 30. Juni 2009 in Kraft getreten (Art. 9 Nr. 1 Satz 2 des Gesetzes zur Neufassung des Raumordnungsgesetzes und zur Änderung anderer Vorschriften vom 22. Dezember 2008, BGBl. I, 2986). Zu diesem Zeitpunkt war das den Landesentwicklungsplan Berlin-Brandenburg betreffende Verfahren bereits abgeschlossen und die Verordnung der Landesregierung des Landes Brandenburg über den Landesentwicklungsplan Berlin-Brandenburg (LEP B-B) vom 31. März 2009, die gemäß der Bestimmung ihres § 3 am 15. Mai 2009 in Kraft treten sollte, verkündet worden (GVBl. II 186 vom 14. Mai 2009).

4 Nach den differenzierenden Überleitungsvorschriften des § 28 ROG findet § 12 Abs.
3 6 ROG auf Raumordnungspläne der Länder, deren Aufstellungsverfahren bereits vor dem 30. Juni 2009 abgeschlossen gewesen sind, keine Anwendung. Die Abgrenzung der verschiedenen Anwendungsbereiche der alten und neuen Fassung des Raumordnungsgesetzes erfolgt gemäß § 28 Abs. 1 ROG hinsichtlich der Verfahrensvorschriften und gemäß § 28 Abs. 2 ROG hinsichtlich der Planerhaltungsvorschriften durch eine Stichtagsregelung (Spannowsky/Runkel/ Goppel, ROG, § 28 Rn. 3). Die Regelung des § 28 Abs. 2 ROG trifft nach ihrem Wortlaut und Sinnzusammenhang keine generelle Anordnung der entsprechenden Anwendung der Planerhaltungsvorschriften des § 12 ROG auf nach altem Recht erlassene Raumordnungspläne, sondern unterscheidet hinsichtlich der einzelnen Regelungen des § 12 ROG. Gemäß § 28 Abs. 2 Satz 1 1. Halbsatz ROG sind lediglich die Absätze 1 bis 4 des § 12 ROG n.F. auf Raumordnungspläne der Länder, die vor dem 30. Juni 2009 auf der Grundlage der Raumordnungsgesetze der Länder in Kraft getreten sind, entsprechend anzuwenden; ergänzend zu diesen materiellen Regelungen finden nach § 28 Abs. 2 Satz 1 2. Halbsatz ROG Rechtsvorschriften der Länder über die Form und Frist der Geltendmachung von Fehlern und über die Rechtsfolgen einer nicht form- und fristgerechten Geltendmachung dieser Fehler Anwendung. § 28 Abs. 2 Satz 2 ROG schließlich regelt, dass nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Neufassung des Raumordnungsgesetzes auch die - über § 12 Abs. 1 bis 4 ROG hinausgehenden - bis dahin nach Landesrecht unbeachtlichen Fehler nicht zur Unwirksamkeit der Pläne führen. Andererseits ist § 12 Abs. 5 ROG mit seiner Ausschlussfrist nach der ausdrückliehen Regelung des § 28 Abs. 2 ROG auf

„alte" Raumordnungspläne noch nicht anwendbar (Sächsisches OVG, Urteil vom 1. Juli 2011 - 1 C 25/08 - juris Rn. 50 f.; OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 26. September 2013 - 16 A 1294/08 - juris 113). Mit Blick auf den zwischen verschiedenen Absätzen der § 12 ROG differenzierenden Wortlaut des § 28 Abs. 2 ROG und unter Berücksichtigung des Umstands, dass der Gesetzgeber dort die Bestimmungen des § 12 Abs. 1 bis 4 ROG ausdrücklich für „entsprechend" anwendbar auf vor dem 30. Juni 2009 auf der Grundlage der Raumordnungsgesetze der in Kraft gesetzte Raumordnungspläne erklärt und demnach nicht von einer ohnehin gegebenen Anwendbarkeit auszugehen ist, eine derartige Überleitungsvorschrift für § 12 Abs. 6 ROG aber nicht erlassen wurde, ist diese Norm auf „alte" Pläne nicht anwendbar (im Ergebnis ebenso: Reitzig, in: Bielen-berg/Runkel/Spannowsky, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht des Bundes und der Länder, L § 12 Rn. 55, allerdings mit der Begründung, dass „für das ergänzende Verfahren schon der Natur der Sache nach keine rückwirkende Anwendbarkeit in Betracht kommt").

44 Auch aus dem Sinn und Zweck sowie der Entstehungsgeschichte des § 28 Abs. 2 ROG lässt sich dessen Anwendung auf § 12 Abs. 6 ROG nicht herleiten. Der Gesetzgeber hat sich mit der der Stärkung der „Bestandskraft" von Raumordnungsplänen dienenden Überleitungsregelung zwar erklärtermaßen an die entsprechende Regelung in § 233 BauGB angelehnt, die sich in der Praxis bewährt hat (s. BT-Drucks. 16/10292, S. 30). § 28 Abs. 2 ROG weicht allerdings nach Wortlaut und Regelungsgehalt von der allgemeinen Überleitungsvorschrift des § 233 Abs. 2 BauGB für Bauleitpläne ab, in der umfassend bestimmt ist, dass die Vorschriften des Baugesetzbuches zur Planerhaltung - und damit auch die Regelungen des § 214 Abs. 4 BauGB über die rückwirkende Inkraftsetzung durch ein ergänzendes Verfahren zur Behebung von Fehlern (Bayerischer VGH, Urteil vom 5. Oktober 2004 - 14 N 02.926 - juris Rn. 62) - auch auf Flächennutzungspläne und Satzungen entsprechend anzuwenden sind, die auf der Grundlage bisheriger Fassungen des Gesetzes in Kraft getreten sind. Soweit in der Begründung des Gesetzentwurfs zur Neufassung des Raumordnungsgesetzes angemerkt wird, § 28 Abs. 2 ROG sei § 233 BauGB „nachgebildet", lässt sich hieraus keine angestrebte Inhaltsidentität mit § 233 Abs. 2 BauGB herleiten, zumal im nachfolgenden Satz sogleich konkretisierend ausgeführt wird, § 28 Abs. 2 ROG solle sicherstellen, dass auch Raumordnungspläne der Länder, die vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes auf der Grundlage von Landesrecht in Kraft getreten sind, „anhand von § 12 Abs. 1 bis 4 auf ihre Wirksamkeit überprüft werden können". Sodann wird die Regelung des § 28 Abs. 2 ROG in der Gesetzesbegründung näher umschrieben; von einer rückwirkenden Anwendung des § 12 Abs. 6 ROG auf „alte" Raumordnungspläne ist in dieser relativ ausführlichen Begründung keine Rede. Dem gesetzgeberischen Ziel der „Erhöhung der Bestandskraft von Raumordnungsplänen" (gegenüber der zuvor anwendbaren Rechtslage) dient die Regelung des § 28 Abs. 2 ROG auch in der hier befürworteten Auslegung.

45 In den bis zum 29. Juni 2009 geltenden landesrechtlichen Bestimmungen war die Möglichkeit einer rückwirkenden Inkraftsetzung von unter Verstoß gegen das Zitiergebot des Art. 80 Satz 3 der Verfassung des Landes Brandenburg erlassenen Raumordnungsplänen durch ein ergänzendes Verfahren zur Fehlerbehebung nicht vorgesehen. Art. 9 Abs. 3 des Landesplanungsvertrages in der Fassung der Bekanntmachung vom 14. März 2008 (GVBl. I, S. 42, im Folgenden:

Landesplanungsvertrag a.F.) bestimmte, dass Abwägungsmängel nur beachtlich sind, wenn sie offensichtlich und auf das Abwägungsergebnis von Einfluss gewesen sind (Satz 1); solche Abwägungsmängel sowie Verletzungen von Verfahrens- oder Formvorschriften, die nicht nach Art. 9 Abs. 1 oder 2 des Landesplanungsvertrages unbeachtlich sind, führen nicht zur Nichtigkeit des Raumordnungsplans, wenn sie durch ein ergänzendes Verfahren behoben werden können (Satz 2). Eine Ermächtigung zur rückwirkenden Inkraftsetzung von Raumordnungsplänen durch ein ergänzendes Verfahren enthalten diese Regelungen allerdings nicht. Zudem handelt es sich bei dem Verstoß gegen das Zitiergebot nicht um eine Verletzung von Verfahrens- oder Formvorschriften, die gemäß Art. 9 Abs. 3 Satz 2 des Landesplanungsvertrages a.F. durch ein ergänzendes Verfahren behoben werden konnten. Das OVG BerlinBrandenburg hat die Rechtsverordnung der Regierung des Landes Brandenburg über den Landesentwicklungsplan Berlin-Brandenburg als materiell rechtswidrig angesehen, weil sie gegen das Zitiergebot des Art. 80 Satz 3 der Verfassung des Landes Brandenburg verstößt (Urteil vom 16. Juni 2014, a.a.O., Rn. 111). Bei dem Zitiergebot handelt es sich um eine verfassungsrechtliche Anforderung, die nicht durch einfach-gesetzliche Bestimmungen für unbeachtlich erklärt werden kann; eine Verletzung dieses „unerlässlichen Elements des demokratischen Rechtsstaates" führt zur Nichtigkeit der Verordnung (OVG Berlin-Brandenburg, a.a.O., Rn. 132). Das OVG hat hierzu weiter ausgeführt (a.a.O. Rn. 133):

„Hat der Verordnungsgeber das Zitiergebot nicht beachtet, kann die Ergänzung der Eingangsformel um § 3 Abs. 2 Satz 1 BbgLPlG auch nicht nachgeholt werden. Ein Nachschieben von Ermächtigungsgrundlagen ist aus Gründen der von Art. 80 Satz 3 LV Bbg intendierten Rechtsklarheit unzulässig. Eine Verordnung, für die die Ermächtigungsgrundlagen nicht oder nicht vollständig angegeben wurden, muss vielmehr neu erlassen werden (vgl. BMJ, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. Aufl. 2008, Rn. 762), wobei dann hier für die Abwägung (§ 7 Abs. 2 ROG 2008, Art. 8 Abs. 4 i.V.m. Art. 7 Abs. 4 Satz 1 LPlV) die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Beschlussfassung über den (neuen) Raumordnungsplan maßgebend ist (§ 12 Abs. 3 Satz 1 ROG 2008)."

46 Schließlich ist nicht ersichtlich, dass ein nach heutiger Sach- und Rechtslage zu erlassender Landesentwicklungsplan im Wesentlichen inhaltsgleich mit dem nichtigen alten Plan sein müsste. So hat das Oberverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 16. Juni 2014 hinsichtlich der dort inmitten stehenden Problematik der Regelungen über die zentralen Orte ausgeführt (a.a.O. Rn. 96):

„Es ist nämlich möglich, dass im Fall der von den Antragstellerinnen angestrebten rechtskräftigen Unwirksamkeitserklärung des LEP B-B die Landesregierung Brandenburg zumindest mit Geltung für ihr Hoheitsgebiet eine neue Verordnung über den Landesentwicklungsplan erlassen wird, die möglicherweise hinsichtlich der Ausgestaltung der zentralörtlichen Gliederung ein verändertes, für die Antragstellerinnen günstigeres Konzept enthalten könnte. Im Fall einer neuen Beschlussfassung wäre für den Verordnungsgeber bei der Abwägung die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Beschlussfassung über den Raumordnungsplan maßgebend (vgl. § 12 Abs. 3 ROG 2008). Bei Fortgeltung des Grundsatzes, dass vorhandene Stärken vorrangig genutzt und ausgebaut werden sollen (§ 1 Abs. 2 Satz 2 LEPro 2007), hätte der Verordnungsgeber bei der Ausgestaltung des Zentralen-Orte-Konzeptes zu beachten, dass nach § 2 Abs. 2 Nr. 3 ROG 2008 die

Versorgung mit Dienstleistungen und Infrastrukturen der Daseinsvorsorge, insbesondere die Erreichbarkeit von Einrichtungen und Angeboten der Grundversorgung für alle Bevölkerungsgruppen zur Sicherung von Chancengerechtigkeit in den Teilräumen in angemessener Weise zu gewährleisten ist; dies gilt nach der Norm ausdrücklich „auch in dünn besiedelten Regionen". Für Einrichtungen und Angebote der Grundversorgung gilt also auch dort ein Mindeststandard. Die Grundversorgung muss nicht in jeder Gemeinde erbracht werden, sondern kann sich auf die unterste Ebene Zentraler Orte beschränken, wobei allerdings deren Erreichbarkeit auch in dünn besiedelten Regionen für alle Bevölkerungsgruppen durch ein hinreichend dichtes Netz gewährleistet sein muss (vgl. Bielenberg/Runkel/Spannowsky, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht des Bundes und der Länder, Band 2, Stand: II/2014 L § 2 Rn. 130 f.)."

47 Angesichts der veränderten Akzentsetzung im Bereich der Siedlungs- und Freiraumstruktur gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 2 ROG (s. dazu: Spannowsky/Runkel/Goppel, ROG, § 2 Rnrn. 73 f.) und unter Berücksichtigung des seit der Aufstellung des Landesentwicklungsplans Berlin-Brandenburg verstrichenen Zeitraums erscheint es bei der nach heutiger Sach- und Rechtslage erfolgenden Aufstellung eines neuen Landesentwicklungsplans auch nicht ausgeschlossen, dass ein veränderter Zuschnitt des Freiraumverbundes vorgesehen wird; dieser ist zwar in einem großen Anteil durch naturschutzrechtliche Festsetzungen vorgeprägt, jedoch bleibt der Landesplanung bei der Bestimmung des Umfangs des Freiraumverbundes insgesamt sowie bei dessen Ausgestaltung mit Blick auf die Nutzfunktion, die soziale Funktion und die Ausdehnung und Lage von Ergänzungs- und Verbindungsflächen ein erheblicher planerischer Gestaltungsspielraum. Auch ist nicht ausgeschlossen, dass in einem künftigen Landesentwicklungsplan - über die Formulierung in Ziff. 6.8 und 6.9 des Landesentwicklungsplans Berlin-Brandenburg vom 31. März 2009 hinausreichend - weitere Grundsätze und Ziele der Raumordnung mit Bezug auf die Planung von Flächen für Windenergieanlagen formuliert werden (vgl. auch Ziff. G 3.1.14 LEP GR).

48 Die Unwirksamkeit des Landesentwicklungsplans Berlin-Brandenburg vom 31. März 2009 hat nach alledem zur Folge, dass ein Teilregionalplan aus diesem nicht gemäß § 8 Abs. 2 Satz 1 ROG rechtswirksam hergeleitet werden und deshalb derzeit auch nicht rechtswirksam erlassen werden kann. Die künftige Entwicklung bezüglich eines Landesentwicklungsplans ist nicht überschaubar; deshalb besteht derzeit keine Grundlage für eine Prognose, dass der Teilregionalplan zum Zeitpunkt seines Inkrafttretens aus einem (erst noch aufzustellenden und zu beschließenden) Landesentwicklungsplan „entwickelt" sein wird.

49 II. Die Verpflichtungsklage hat hinsichtlich der Windenergieanlagen 1, 2 und 4 auch in der Sache Erfolg. Da der Beklagte aus Anlass der Einleitung des Verfahrens zur befristeten Untersagung mit Schreiben vom 1. März 2013 das Vorliegen aller (sonstigen) Genehmigungsvoraussetzungen bestätigt hat und keine Anhaltspunkte für zwischenzeitliche Veränderungen der Genehmigungssituation dargetan oder ersichtlich sind, war der Beklagte gemäß § 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO zur Erteilung der Genehmigung, die gemäß § 12 Abs. 1 Satz 1 BImSchG mit den zur Sicherstellung der Erfüllung der in § 6 BImSchG genannten Genehmigungsvoraussetzungen erforderlichen Nebenbestimmungen erteilt oder verbunden werden kann, zu verpflichten.

B.

50 Die Verpflichtungsklage ist auch hinsichtlich der Genehmigung für die Windenergieanlage 3 zulässig und begründet.

51 I. In die auf Verpflichtung zum Erlass eines Verwaltungsakts gerichtete, erst nach Ablauf der Sperrfrist des § 75 Satz 2 VwGO erhobene Klage konnte der nicht innerhalb einer vom Gericht gemäß § 75 Satz 3 VwGO gesetzten Nachfrist ergangene Ablehnungsbescheid ohne Durchführung eines Widerspruchsverfahrens einbezogen werden, zumal der Beklagte sich hiermit einverstanden erklärt hat. Die Einbeziehung ist nach der unbestritten gebliebenen Angabe der Prozessbevollmächtigten der Klägerin in der mündlichen Verhandlung über die Bekanntgabe des Bescheids noch innerhalb der Widerspruchsfrist (§ 70 Abs. 1 VwGO) erfolgt; im Übrigen war die Fristwahrung nicht erforderlich (s. VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 13. September 2012 - 9 S 2153/11 juris Rn. 7 f.).

52 II. Die Klage ist auch insofern begründet.

53 Die von der beigeladenen Gemeinde beschlossene Veränderungssperre steht der Erteilung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung für die Windenergieanlage 3 derzeit nicht entgegen. Die Veränderungssperre ist schon aus formellen Gründen bislang nicht wirksam geworden.

54 Gemäß § 14 Abs. 1 BauGB kann die Gemeinde zur Sicherung der Planung für den künftigen Planbereich eine Veränderungssperre beschließen, wenn ein Beschluss über die Aufstellung eines Bebauungsplans gefasst wurde. Die Gemeinde hat nach § 2 Abs. 1 Satz 2 BauGB den Aufstellungsbeschluss ortsüblich bekanntzumachen; dies muss spätestens gleichzeitig mit der Veröffentlichung der Veränderungssperre erfolgen (Mitschang, in Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 12. Auflage, § 14, Rn. 6). Mangelt es an der ortsüblichen Bekanntmachung, so wird der Aufstellungsbeschluss nicht wirksam mit der Folge, dass die hieran anknüpfenden Rechtsfolgen nicht eintreten und somit eine Veränderungssperre nicht wirksam erlassen werden kann (OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 9. Oktober 1980 - 10 C 3/80 - BRS 38 Nr. 108). Der Aufstellungsbeschluss muss den Planbereich so bezeichnen, dass er eindeutig bestimmbar ist (BGH, Urteil vom 17. Dezember 1981 III ZR 88/80 juris Rn. 29). Diese Voraussetzungen jedenfalls der ortsüblichen Bekanntmachung des Aufstellungsbeschlusses sind vorliegend nicht erfüllt, da dieser Beschluss lediglich mit dem „Tenor" („Aufstellung eines Bebauungsplans Windkraftanlagen Rickshausen") im Amtsblatt vom 10. Januar 2014 ohne jeden Hinweis auf den räumlichen Geltungsbereich und ohne zeichnerische Darstellung veröffentlicht worden ist.

55 Der Beschluss über die Veränderungssperre leidet auch selbst am Mangel unzureichender inhaltlicher Bestimmtheit, da der Geltungsbereich der Veränderungssperre widersprüchlich bezeichnet ist. Gemäß dem Beschlusstext sollte sich die Veränderungssperre u.a. auf die Grundstücke 56 (Standort WEA 3) und 257 (Standort WEA 4) der Flur 1 der Gemarkung Freiwalde erstrecken, während in § 2 („räumlicher Geltungsbereich") der Satzung, die mit ihrer Anlage Bestandteil des Beschlusses ist, bestimmt ist, dass die Veränderungssperre sich u. a. auf das Flurstück 56 der Flur 1 der Gemarkung Freiwalde erstrecke, während das Flurstück 257 dort nicht genannt ist. Der Satzungstext wurde entsprechend der Anlage zum Beschluss ausgefertigt und öffentlich bekannt gemacht, so dass nach dem bekannt gemachten Text das Flurstück 257 von der Veränderungssperre - entgegen dem in dem Beschlusstext zum Ausdruck kommenden Willen der Gemeindevertretung - nicht erfasst ist.

5 Vor diesem Hintergrund kann dahinstehen, ob die Veränderungssperre auch
6 inhaltlich rechtswidrig ist.
5 Da der Beklagte aus Anlass der Einleitung des Verfahrens zur befristeten
7 Untersagung mit Schreiben vom 1. März 2013 das Vorliegen aller (sonstigen) Genehmigungsvoraussetzungen bestätigt sowie zudem mit Schriftsatz vom 1. Juli 2013 mitgeteilt hat, dass nach Rücksprache mit seiner Genehmigungsverfahrensstelle hinsichtlich der von der Untersagungsverfügung vom 28. Juni 2013 nicht betroffenen Windenergieanlage 3 „nunmehr die immissionsschutzrechtliche Genehmigung abgefasst und erteilt" werde (wovon er später mit Blick auf die Veränderungssperre wieder a b-gerückt ist), und keine Anhaltspunkte für zwischenzeitliche Veränderungen der Genehmigungssituation dargetan oder ersichtlich sind, war der Beklagte gemäß § 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO zur Erteilung der Genehmigung, die gemäß § 12 Abs. 1 Satz 1 BImSchG mit den zur Sicherstellung der Erfüllung der in § 6 BImSchG genannten Genehmigungsvoraussetzungen erforderlichen Nebenbestimmungen erteilt oder verbunden werden kann, zu verpflichten.
5 Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO, § 162 Abs. 3 VwGO. Der
8 Billigkeit entsprach es, dass die Beigeladene ihre außergerichtlichen Kosten selbst trägt, da sie keinen Antrag gestellt und sich damit selbst keinem Kostenrisiko ausgesetzt hat (vgl. § 154 Abs. 3 VwGO).
5 Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 167 VwGO i. V.
9 m. § 709 der Zivilprozessordnung (ZPO).

Zitiervorschlag:
VG Cottbus Urt. v. 5.3.2015 – 4 K 374/13, BeckRS 2015, 46734

BeckRS 2015, 40328

VG Köln (7. Kammer), Urteil vom 02.12.2014 - 7 K 50/14

Titel:
Arbeitslosengeld, Beitragspflicht, Beitragszahlung, Einkommen, Kindererziehung, Rentenversicherung, Pflegeversicherung, Rechtsanwaltszulassung, SVR, Befreiungsregelung, Pflegekasse, Rentenversicherungspflicht
Normenkette:
SGB VI §§ 3 S. 1 Nr. 2, 6 I 1 Nr. 1 Buchst. b, 22 II
Rechtsgebiete:
Sonstiges besonderes Verwaltungsrecht, Sozialrecht, Verwaltungsverfahren und -prozess
Schlagworte:
Arbeitslosengeld, Beitragspflicht, Beitragszahlung, Einkommen, Kindererziehung, Rentenversicherung, Pflegeversicherung, Rechtsanwaltszulassung, SVR, Befreiungsregelung, Pflegekasse, Rentenversicherungspflicht
ECLI:
ECLI:DE:VGK:2014:1202.7K50.14.00
Rechtskraft:
nicht rechtskräftig

Die Klage wird abgewiesen.
Die Klägerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Tatbestand

Die Klägerin ist seit Sommer 2001 als Rechtsanwältin zugelassen und seit dem 05.07.2001 Mitglied des beklagten Versorgungswerks.

Mit Bescheid der Deutschen Rentenversicherung vom 08.10.2001 wurde die Klägerin rückwirkend ab dem 01.08.2001 von der Rentenversicherungspflicht befreit.

Die Klägerin arbeitete vom 01.08.2001 bis zum 01.04.2009 - unterbrochen durch die Geburt ihres ersten Kindes und anschließende Elternzeit - als angestellte Rechtsanwältin. Seit ihrer Rechtsanwaltszulassung arbeitete die Klägerin zudem nebenberuflich als selbstständige Rechtsanwältin unter 20 Stunden in der Woche.

Zudem pflegt die Klägerin seit ihrer Rechtsanwaltszulassung ihren Bruder und ihre Mutter als nicht erwerbsmäßig tätige Pflegeperson bei einem Mindestpflegeaufwand von 14 Stunden. Für diese Tätigkeit führt die Pflegekasse seit März 2008 Beiträge an das beklagte Versorgungswerk ab.

Zwischen dem 01.04.2009 und dem 12.10.2009 bezog die Klägerin Arbeitslosengeld.

Am 18.11.2009 wurde das zweite Kind der Klägerin geboren. Bis November 2012 befand sich die Klägerin in Erziehungszeit. Im Anschluss erhielt sie bis Ende April 2013 erneut Arbeitslosengeld, bevor sie am 01.05.2013 eine Beschäftigung als angestellte Rechtsanwältin aufnahm. Für diese Tätigkeit erwirkte sie eine Befreiung von der gesetzlichen Rentenversicherungspflicht, die ihr mit Bescheid der Deutschen Rentenversicherung vom 30.10.2013 gewährt wurde.

Unter dem 26.10.2009 beantragte die Klägerin Beitragsfreiheit während der Mutterschutzzeit und der anschließenden Elternzeit.

Mit Bescheid vom 30.10.2009 befreite das beklagte Versorgungswerk die Klägerin von der Beitragspflicht ab November 2009. Die Befreiung wurde unter dem Vorbehalt einer späteren Überprüfung erteilt und enthielt folgenden Passus: „Nach Ablauf dieser Kinderbetreuungszeit oder bei vorzeitiger Wiederaufnahme Ihrer beruflichen Tätigkeit lebt die Pflicht zur Beitragszahlung nach § 30 wieder auf."

Mit Schreiben vom 16.09.2010 beantragte die Klägerin die Verlängerung der Beitragsbefreiung auf insgesamt drei Jahre bis zum 17.11.2012. Mit Schreiben vom 20.09.2010 wies das beklagte Versorgungswerk darauf hin, dass es vorläufig bei der mit Bescheid vom 30.10.2009 ausgesprochenen Befreiung verbleibe. Die Klägerin wurde darauf hingewiesen, dass die Beitragsbefreiung nur möglich sei, sofern und soweit die Klägerin im Befreiungszeitraum keine Erwerbstätigkeit ausübe und keinen Anspruch auf besondere Beiträge nach § 31 der Satzung des Versorgungswerkes gegen Dritte habe. Sobald die Klägerin ihre Tätigkeit wieder aufnehme oder im Rahmen der Elternzeit eine Teilzeittätigkeit ausübe, Einkünfte aus selbstständiger Tätigkeit erziele oder Ansprüche gegen die Agentur für Arbeit habe, lebe die Pflicht zur Beitragszahlung nach § 30 wieder auf.

Nach Aufforderung übersandte die Klägerin am 16.08.2013 ihre Einkommenssteuerbescheide für die Jahre 2010 und 2011. Daraus ergeben sich Einkünfte auf selbstständiger Tätigkeit in Höhe von -11.636 Euro (2010) bzw. 719 Euro (2011).

Mit Bescheiden vom 04.12.2013 setzte das beklagte Versorgungswerk für das Jahr 2010 und das Jahr 2011 jeweils den monatlichen Mindestbeitrag in Höhe von 109,45 Euro fest. Hiergegen hat die Klägerin am 03.01.2014 Klage erhoben, zu deren Begründung sie im

Wesentlichen Folgendes geltend macht:
Der Heranziehung zu Mitgliedsbeiträgen während des Befreiungszeitraums stehe der bestandskräftige Befreiungsbescheid vom 30.10.2009 entgegen.
Die Befreiung könne auch nicht nach § 11a Abs. 2 der Satzung entfallen, da diese Vorschrift verfassungswidrig sei. Die Regelung verstoße gegen Art. 3 GG, da auch die Kinder von Juristen das Recht auf eine Betreuung durch die Eltern während der ersten drei Lebensjahre hätten. Diese Kinderbetreuung dürfe nicht mit negativen Konsequenzen verbunden sein, wie einem strikten Berufsverbot oder einer Verpflichtung zur Beitragszahlung. Die Konsequenz der Pflicht zur Beitragszahlung hätte sie nur vermeiden können, wenn sie während der ersten drei Lebensjahre ihres Kindes überhaupt nicht gearbeitet hätte. In diesem Fall hätte sie aber auch ihre Zulassung als Rechtsanwältin aufgeben müssen, weil mit der Zulassung als Rechtsanwältin auch Kosten verbunden seien, wie beispielhaft der Beitrag zur Rechtsanwaltskammer und Versicherungskosten. Erschwerend komme hinzu, dass sie auch ihren Titel als Fachanwältin für Familienrecht verloren hätte. Überdies wären die notwendigen Fortbildungskosten zum Erhalt des Fachanwaltstitels, die Kammerbeiträge, die Versicherungsbeiträge usw. auch nicht steuerlich absetzbar, wenn die Klägerin keine Erwerbstätigkeit ausgeübt hätte. Dies benachteilige die Familien von Mitgliedern des Versorgungswerks und verstoße gegen den Schutz der Familie.
Die Verfassungswidrigkeit der Satzungsvorschrift ergebe sich auch aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 05.04.2005 (1 BvR 774/02). Diese Entscheidung beziehe auch Mitglieder mit ein, die während der Kinderbetreuungszeit keiner vollen Erwerbstätigkeit nachgingen.
Überdies schulde die Klägerin auch aufgrund der Regelung des § 30 Abs. 6 der Satzung nicht den Mindestbeitrag. Da sie von der gesetzlichen Rentenversicherung befreit sei und nur als geringfügig Selbstständige tätig gewesen sei, hätte sie keinen Beitrag in die gesetzliche Rentenversicherung entrichten müssen. Folglich müsse sie auch keinen Beitrag an das beklagte Versorgungswerk zahlen.
Hinzukomme, dass durch die Zahlungen der Pflegekasse für den Zeitraum der Angehörigenpflege bereits ein den Mindestbeitrag übersteigender Beitrag abgeführt worden sei. Daneben könne das beklagte Versorgungswerk keinen weiteren Mindestbeitrag verlangen. Ein angestellter Anwalt müsse neben seinen Beiträgen aus dem Angestelltenverhältnis auch nicht noch zusätzlich einen Mindestbeitrag bezahlen. Die Klägerin aber solle neben ihren Beiträgen von der Pflegekasse noch zusätzlich einen einkommensunabhängigen Mindestbeitrag zahlen.
Jedenfalls seien die Beitragsforderungen aus den Bescheiden bereits durch die Zahlungen der Pflegekasse ausgeglichen, so dass eine Vollstreckung nicht mehr erfolgen könne.
Die Klägerin beantragt,
die Beitragsbescheide vom 04.12.2013 für die Jahre 2010 und 2011 aufzuheben,
hilfsweise,
festzustellen, dass eine Vollstreckung aus den Bescheiden vom 04.12.2013 für die Jahre 2010 und 2011 unzulässig ist.
Das beklagte Versorgungswerk beantragt,
die Klage abzuweisen.
Es tritt dem Vorbringen der Klägerin entgegen und trägt im Wesentlichen Folgendes vor:
Einer ausdrücklichen Aufhebung der Befreiung habe es nicht bedurft, da der Befreiungsbescheid mit einer Nebenbestimmung nach § 36 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG NRW in Form der auflösenden Bedingung versehen gewesen sei. Die Befreiung sei mit der

Aufnahme der beruflichen Tätigkeit der Klägerin entfallen.
Die zugrunde liegende Regelung des § 11a der Satzung sei nicht verfassungswidrig. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, aus deren Anlass die Vorschrift aufgenommen worden sei, habe eine Vorschrift des Versorgungswerkes der Rechtsanwälte in Baden-Württemberg zum Gegenstand gehabt. Das Gericht habe die dortige Regelung aber nicht für nichtig erklärt, sondern eine Frist für eine Neuregelung gesetzt. Die vorliegende Satzungsbestimmung stehe im Einklang mit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts. Diese betreffe nur Mitglieder, die aufgrund der Geburt eines Kindes auf die Berufstätigkeit verzichteten und deshalb vorübergehend einkommenslos seien. Dies treffe auf die Klägerin aber nicht zu, da sie sich für die Berufstätigkeit entschieden habe und deswegen hinsichtlich ihrer Beitragspflicht wie jedes andere Mitglied zu behandeln sei. Es falle in ihren Risikobereich, ob aus der ausgeübten Tätigkeit ein positives Einkommen erzielt werde oder nicht.
Auf die Regelung des § 30 Abs. 6 der Satzung könne sich die Klägerin nicht berufen, da diese nur für Beiträge von Mitgliedern gelte, die in einem Angestelltenverhältnis tätig seien. Dies sei bei der Klägerin in dem hier streitgegenständlichen Zeitraum nicht der Fall. Die Zahlungen der Pflegekasse seien nicht auf die Beitragspflicht aus selbstständiger Tätigkeit anzurechnen. Es handele sich um eine Leistung der Pflegeversicherung, die auf Antrag gewährt werde. Die Versicherungspflicht infolge der Pflegetätigkeit beruhe auf einem anderen Lebenssachverhalt als die Beitragspflicht aus der selbstständigen Tätigkeit. Eine Verrechnung sei daher nicht möglich.
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte sowie der beigezogenen Verwaltungsvorgänge der Beklagten Bezug genommen.
Entscheidungsgründe
Die Klage hat keinen Erfolg.
A.
Sie ist mit ihrem Hauptantrag zulässig, aber nicht begründet. Die Beitragsbescheide des Beklagten vom 04.12.2013 sind rechtmäßig und verletzen die Klägerin nicht in ihren Rechten, § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO.
Rechtsgrundlage der angefochtenen Beitragsbescheide ist § 30 der Satzung des Versorgungswerks der Rechtsanwälte im Lande Nordrhein-Westfalen (SVR), in der im Erlasszeitpunkt als zur Beurteilung der Sach- und Rechtslage maßgeblichen Zeitpunkt gültigen Fassung der 25. Satzungsänderung, JMBl. NRW Nr. 17 vom 1. September 2013, S. 218. Die Rechtsgrundlage verstößt nicht gegen höherrangiges Recht (1.), und die Klägerin ist nicht von der Beitragspflicht befreit (2.). Schließlich bestehen auch keine Bedenken gegen die Höhe der festgesetzten Beiträge (3.).
1.
Die Satzung des beklagten Versorgungswerks sieht in den §§ 30 ff. SVR ein Beitragsregime vor, das eine grundsätzliche Beitragspflicht aller Mitglieder bis zum Eintritt des Rentenfalls (vgl. § 33 Abs. 5 SVR) festlegt. Ausnahmen von dieser grundsätzlichen Beitragspflicht regeln die §§ 11, 11a SVR. Nach § 11a Abs. 1 SVR wird ein Mitglied auf Antrag nach der Geburt eines Kindes oder Mehrlingskindern von der Beitragspflicht befreit, und zwar zum einen die Mutter für den in vollen Kalendermonaten anzusetzenden Zeitraum, der der Dauer der gesetzlichen Mutterschutzfrist entspricht, sowie zum anderen der Elternteil, der die Betreuung des Kindes oder der Kinder übernimmt, anschließend für den verbleibenden Zeitraum von längstens drei Jahren, gerechnet ab dem Monatsanfang vor der Geburt. Eine Befreiung ist nach Absatz 2 Satz 1 der Vorschrift nur möglich, sofern

und soweit das Mitglied im Befreiungszeitraum keine Erwerbstätigkeit ausübt und keinen Anspruch auf besondere Beiträge nach § 31 gegen Dritte hat.
Die Beitragsregelung in der Satzung des beklagten Versorgungswerks verstößt nicht gegen höherrangiges Recht. Der Auffassung der Klägerin, § 11a Abs. 2 Satz 1 SVR statuiere ein (faktisches) Berufsverbot für das kinderbetreuende Elternteil, liegt ein Fehlverständnis über den Regelungsgehalt der genannten Vorschrift zugrunde. Zudem verkennt die Klägerin, dass die von ihr zur Stützung ihrer Auffassung herangezogene Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts gerade eine Satzungsvorschrift als Vorbild für eine verfassungskonforme Regelung hervorhebt, die der Regelung des beklagten Versorgungswerks entspricht. § 11a SVR gewährt Mitgliedern des Versorgungswerks Beitragsfreiheit, die aufgrund von Kindererziehung vorübergehend einkommenslos sind. Von der Möglichkeit der Beitragsbefreiung sind auch Mitglieder erfasst, die wegen der Kindererziehung nicht voll erwerbstätig sind. Die Formulierung in § 11a Abs. 2 Satz 1 „sofern und soweit" ist nach dem allgemeinen juristischen Sprachverständnis ersetzbar durch die Formulierung „in dem Maß, wie".
Vgl. Handbuch der Rechtsförmlichkeit, BMJ, Teil B, Rn. 89, abrufbar auf unter www.hdr.bmj.de.
Aus diesem Grund ist die Satzungsregelung des beklagten Versorgungswerks dahingehend zu verstehen, dass eine Beitragsbefreiung nur in dem Umfang möglich ist, wie der betreffende Elternteil wegen der Betreuung des Kindes nicht erwerbstätig ist. Die Beitragsbefreiung knüpft an den Verzicht auf Erwerbstätigkeit aufgrund der Kinderbetreuung an. Reduziert beispielsweise ein voll erwerbstätiger Elternteil seine Erwerbstätigkeit wegen der Kindererziehung um die Hälfte, wird ihm auf Antrag Beitragsbefreiung gewährt, soweit er tatsächlich nur im reduzierten Umfang erwerbstätig ist. Zu den vom Mitglied nachzuweisenden (vgl. § 11a Abs. 2 Satz 3 SVR) Befreiungsvoraussetzungen gehört im Falle der nicht vollständigen Einstellung der Erwerbstätigkeit der Umfang der Erwerbstätigkeit, der aufgrund der Kindererziehung nicht ausgeübt wird. Die so verstandene Satzungsvorschrift entspricht den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts in seiner Entscheidung zu einer defizitären Satzungsregelung des Versorgungswerks der Rechtsanwälte in Baden-Württemberg. Das Bundesverfassungsgericht nimmt dort u. a. ausdrücklich Bezug auf § 27 der Satzung des Versorgungswerks der Rechtsanwaltskammer des Saarlandes als Beispiel für eine Regelung, die der Einkommenslosigkeit des kinderbetreuenden Mitglieds in verfassungskonformer Weise mit einer Beitragsbefreiung begegnet.
Vgl. BVerfG, Urteil vom 05.04.2005 - 1 BvR 774/02 -, juris, Rn. 72.
§ 11a SVR entspricht im Wesentlichen dieser Regelung des saarländischen Versorgungswerks der Rechtsanwaltskammer, von der das Bundesverfassungsgericht auch solche Mitglieder erfasst sieht, die aus Gründen der Kindererziehung keiner vollen Erwerbstätigkeit nachgehen.
Selbst wenn man das - offensichtlich vom beklagen Versorgungswerk befürwortete - Verständnis des § 11a Abs. 2 Satz 1 SVR, nach dem während des Befreiungszeitraums auf jegliche Erwerbstätigkeit zu verzichten ist, zugrunde legt, begegnet die so verstandene Bestimmung keinen Bedenken. Denn eine eingeschränkte Erwerbstätigkeit - verbunden mit vermindertem Einkommen - führt im Falle der einkommensabhängigen Veranlagung nach § 30 Abs. 2 SVR auch zu geringeren Beiträgen. Diese Beitragsreduzierung endet - je nach erzielten Einkünften - erst beim Mindestbeitrag nach § 30 Abs. 3 SVR. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht festgestellt, dass auch eine nur in Höhe des Mindestbeitrages fortbestehende Verpflichtung für eine junge Familie im Regelfall eine erhebliche finanzielle

Belastung bedeutet. Für Alleinerziehende ist die Beitragspflicht noch schwerwiegender.
Vgl. BVerfG, Urteil vom 05.04.2005 - 1 BvR 774/02 -, juris, Rn. 57.
Allerdings hatte das Bundesverfassungsgericht ausweislich der Begründung zu dieser Feststellung die Situation vor Augen, dass das Erwerbseinkommen des betreuenden Mitglieds vollständig entfällt, mithin das Mitglied aus Gründen der Erziehung und Betreuung des Kindes auf jegliche Erwerbstätigkeit verzichtet.
Vgl. BVerfG, Urteil vom 05.04.2005 - 1 BvR 774/02 -, juris, Rn. 57.
Dieser Situation wird die im Sinne des beklagten Versorgungswerks verstandene Regelung des § 11a SVR aber gerade durch die Beitragsbefreiung gerecht. Entscheidet sich das Mitglied hingegen für eine eingeschränkte Erwerbstätigkeit, hat es bei seiner Überlegung auch zu berücksichtigen, dass Beiträge dann jedenfalls in Höhe des Mindestbeitrages aus den Einkünften bestritten werden müssen. Stellt sich die eingeschränkte Erwerbstätigkeit unter diesem Gesichtspunkt als unwirtschaftlich dar, ließe sich die Beitragspflicht in jedem Fall durch vollständige Aufgabe der Erwerbstätigkeit während der Kindererziehung verhindern. Dies ist im Grundsatz auch nicht unbillig, da von jedem Erwerbstätigen verlangt werden kann, die Frage der Rentabilität in seine Überlegungen vor der Aufnahme der Erwerbstätigkeit einzubeziehen. Sprechen andere schwerwiegende Gesichtspunkte dafür, eine im Ergebnis unrentable Erwerbstätigkeit trotzt Kindererziehung aufzunehmen oder fortzuführen, ließen sich etwaige, aus der Beitragspflicht folgende besondere Härten durch Anwendung der Härtefallregelung des § 33 Abs. 8 SVR vermeiden. Die jeweiligen Befreiungstatbestände für Zeiten der Kindererziehung in den Satzungen der berufsständischen Versorgungswerke sollen den - typischerweise Frauen treffenden - Nachteilen Rechnung tragen, die damit verbunden sind, dass in den ersten drei Jahren nach der Geburt des Kindes wegen der Übernahme der Erziehung und Betreuung auf Einkommen verzichtet wird.
Vgl. BVerfG, Urteil vom 05.04.2005 - 1 BvR 774/02 -, juris, Rn. 80.
Sie haben hingegen nicht das Ziel, eine unrentable Erwerbstätigkeit zu ermöglichen oder dem Mitglied das wirtschaftliche Risiko abzunehmen, dass aus den erzielten Einkünften die mit jeder Erwerbstätigkeit verbundenen Beiträge bestritten werden müssen.
Die Befreiungsregelung verstößt auch in dem vom beklagten Versorgungswerk verstandenen Sinne nicht gegen Art. 3 GG. Die von der Klägerin behaupteten negativen Konsequenzen, wie ein striktes Berufsverbot oder einer Verpflichtung zur Beitragszahlung, lassen sich hier nicht mit Erfolg anführen. So folgt aus der Regelung des § 11a Abs. 2 SVR unter keinem Gesichtspunkt ein striktes Berufsverbot. Es ist jedem Mitglied des Versorgungswerks unbenommen, auch während der Kinderbetreuungszeit einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Die mit der Erwerbstätigkeit verknüpfte Beitragspflicht stellt weder ein Berufsverbot noch eine Sanktion dar, sondern ist eine finanzielle Belastung, die mit jeder Erwerbstätigkeit eines Mitglieds des berufsständischen Versorgungswerks einhergeht und in die Entscheidung zur Aufnahme der Erwerbstätigkeit einzubeziehen ist. Die Klägerin kann nicht damit gehört werden, dass sie im Falle der Einstellung der Erwerbstätigkeit auch ihre Zulassung hätte zurückgeben müssen. Anders als in dem der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zugrunde liegenden Fall knüpft die Beitragspflicht während der Kindererziehungszeit hier gerade nicht an die bloße Mitgliedschaft im Versorgungswerk, sondern an die Erwerbstätigkeit an. Dass der Klägerin im Falle der Beibehaltung der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft Unkosten wie Kammerbeiträge und Versicherungskosten entstehen, begründet keine Verfassungswidrigkeit der in Rede stehenden Satzungsnorm. Die Freistellung von der Beitragspflicht während der Kindererziehung soll verhindern, dass sich das Mitglied nur

durch Rückgabe seiner Zulassung der Beitragspflicht entziehen kann. Soweit mit der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft andere Kosten verbunden sind, gehört es nicht zu den Aufgaben des beklagten Versorgungswerks, dem Mitglied durch eine Beitragsbefreiung zu ermöglichen, solche Belastungen zu tragen. Wenn sich das Mitglied aufgrund der mit der Zulassung verbundenen Kosten zur Berufstätigkeit gezwungen sieht, ist nicht das beklagte Versorgungswerk, sondern der jeweilige Kostengläubiger Ansprechpartner für eine eventuelle Kostenbefreiung während der Zeiten der Kindererziehung.
Aus welchem Grund Familien von Mitgliedern des Versorgungswerks benachteiligt würden, wenn im Falle der Erwerbstätigkeit auch Beiträge an das Versorgungswerk entrichtet werden müssten, ist nicht nachvollziehbar. Die Klägerin verkennt hier, dass eine Beitragsbefreiung nicht das Ziel hat, das Mitglied während der Kindererziehungszeit zu privilegieren, sondern die benachteiligende finanzielle Belastung durch die Beitragspflicht zu verhindern, die dadurch entsteht, dass es sich für Kindererziehung und gegen Erwerbstätigkeit entscheidet. Zweck der Regelung kann es nicht sein, dem Mitglied das finanzielle Risiko abzunehmen, dass Einkünfte aus Erwerbstätigkeit nicht ausreichen, um die damit unvermeidlich verbundenen Kosten zu decken. Dass die von der Klägerin gewünschte steuerliche Absetzbarkeit bestimmter Ausgaben nur im Falle der Erwerbstätigkeit möglich ist, verpflichtet das beklagte Versorgungswerk nicht dazu, der Klägerin eine Beitragsfreiheit während ihrer Erwerbstätigkeit zu ermöglichen. Vielmehr gehört auch der sich aus der steuerlichen Absetzbarkeit ergebende Nutzen zu den Überlegungen, die ein Erwerbstätiger vor Aufnahme der Erwerbstätigkeit zur Beurteilung der Rentabilität anstellen sollte.
2.
Die Klägerin kann sich nicht auf eine Befreiung von der Beitragspflicht berufen. Die der Klägerin mit Bescheid vom 30.10.2009 erteilte Befreiung ist durch die Ausübung der selbstständigen Tätigkeit der Klägerin entfallen. Einer ausdrücklichen Aufhebung der erteilten Befreiung bedurfte es nicht, da die Befreiung mit einer Nebenbestimmung versehen worden war. Die Formulierung, dass bei vorzeitiger Aufnahme einer beruflichen Tätigkeit die Beitragspflicht wieder auflebt, stellt eine Bedingung gemäß § 36 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG NRW dar. Die in dem Bescheid enthaltene Formulierung ist auch nicht als bloßer Hinweis auf die Rechtslage und damit § 11a Abs. 2 SVR in dem vom beklagten Versorgungswerk verstandenen Sinne zu verstehen. Ob das beklagte Versorgungswerk mit dieser Formulierung lediglich einen Hinweis auf die Rechtslage erteilen wollte oder die Befreiung mit Nebenbestimmungen verbunden hat, ist durch Auslegung entsprechend §§ 133, 157 BGB zu ermitteln, wobei zum einen die Interessenlage der Behörde und zum anderen die objektivierte Empfängersicht zu berücksichtigen sind. Danach steht für die Kammer fest, dass der hier fragliche Passus weder als bloßer Hinweis gewollt war noch die Formulierung in dieser Weise aufgefasst werden konnte. Denn anders als ein bloßer Hinweis regelt die streitgegenständliche Formulierung im Befreiungsbescheid bereits die im Falle der dort genannten Voraussetzungen eintretende Rechtsfolge. Soweit dort festgelegt ist, dass die Beitragspflicht unter bestimmten Voraussetzungen wieder auflebt, kann dies aus Sicht der Behörde und des Adressaten nur so zu verstehen sein, dass es einer ausdrücklichen Aufhebung der Befreiung nicht bedarf. Das gleiche gilt bezüglich des Endes der Kinderbetreuungszeit. Auch insoweit kann nicht angenommen werden, dass der Beklagte die Befreiung nach Ablauf der Kinderbetreuungszeit erst ausdrücklich aufheben müsste, damit die Klägerin wieder der Beitragspflicht unterliegt. Das gilt umso mehr, als sowohl das Ende der Kinderbetreuungszeit als auch die Aufnahme einer Beschäftigung Umstände sind, die in der Sphäre der Klägerin liegen und die nicht unmittelbar zur

Kenntnis des Beklagten gelangen. Es widerspräche auch der Interessenlage der Beteiligten, dass die Befreiung ausdrücklich durch einen - erneut anfechtbaren - Verwaltungsakt aufgehoben werden müsste. Vielmehr musste einem objektiven Empfänger der erteilten Befreiung aufgrund der verwendeten Formulierung klar sein, dass die Befreiung entfällt, sobald die Kinderbetreuungszeit endet oder eine berufliche Tätigkeit aufgenommen wird.
Die erteilte Befreiung stand unter der auflösenden Bedingung der Aufnahme einer beruflichen Tätigkeit. Mit der Aufnahme der Tätigkeit entfällt die Befreiungswirkung durch Eintritt der auflösenden Bedingung. Die auflösende Bedingung beschränkt sich auch nicht auf andere Tätigkeiten als die Tätigkeit als selbstständige Rechtsanwältin. In diesem Fall wäre die Befreiung nur dann entfallen, wenn die Klägerin neben ihrer selbstständigen Tätigkeit eine weitere Berufstätigkeit aufgenommen hätte. Davon ist hier indes nicht auszugehen. Die Klägerin teilte mit Schreiben vom 21.10.2009 mit, dass sie sich in Mutterschutz befinde und beabsichtige, nach der Geburt ihres Kindes zumindest ein Jahr Elternzeit zu nehmen. Mit Schreiben vom 26.10.2009 hat sie den Befreiungsantrag gestellt. Eine Beschränkung dahingehend, dass sie nur ihre Tätigkeit als angestellte Rechtsanwältin eingestellt hat, lässt sich den Schreiben nicht entnehmen. Vielmehr musste das beklagte Versorgungswerk nach den Informationen der Klägerin davon ausgehen, dass die Klägerin sämtliche berufliche Tätigkeiten aus Anlass der Geburt und der anschließenden Elternzeit einstellt.
Es kann dahinstehen, ob die Voraussetzungen des § 36 Abs. 1 VwVfG NRW für den Erlass einer Nebenbestimmung vorlagen. Denn der Befreiungsbescheid und mit ihm die als Bedingung formulierte Nebenbestimmung sind bestandskräftig geworden, nachdem die Klägerin innerhalb der Klagefrist von der Möglichkeit der Anfechtung der sie belastenden Nebenbestimmung keinen Gebrauch gemacht hat.
An der Wirksamkeit der Nebenbestimmung bestehen keine Zweifel. Sie ist nicht nichtig i. S. d. § 44 Abs.1 VwVfG NRW. Nach dieser Vorschrift ist ein Verwaltungsakt nichtig, soweit er an einem besonders schwerwiegenden Fehler leidet und dies bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommender Umstände offensichtlich ist. Dies ist dann der Fall, wenn die entsprechende Regelung gegen tragende Zweck- und Wertvorstellungen verstößt und ihr die Fehlerhaftigkeit geradezu „auf die Stirn geschrieben steht". Der Bestand der Regelung müsste auch in Ansehung des Art. 20 Abs. 3 GG schlechterdings unerträglich für die Rechtsordnung sein.
Vgl. BVerwG, Urteil vom 22.02.1985 - 8 C 107/83 -, juris, Rn. 22 m. w. N.; Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Auflage 2008, § 44 Rn. 102 ff.
Bei Anwendung der Regelung des § 44 VwVfG NRW darf das grundlegende Prinzip der Bestandskraft von Verwaltungsakten nicht ausgehöhlt werden.
Vgl. Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Auflage 2008, § 44 Rn. 102 ff.
Gemessen daran lässt sich die Nichtigkeit der auflösenden Bedingung in der Befreiungsentscheidung nicht feststellen. Selbst wenn die Einbeziehung einer lediglich eingeschränkten Erwerbstätigkeit in die auflösende Bedingung rechtsfehlerhaft wäre, ist nicht ersichtlich, weshalb ein solcher Fehler den Bestand der Regelung schlechterdings unerträglich erscheinen lassen soll. Hinzu kommt, dass selbst bei Rechtswidrigkeit der Nebenbestimmung keine unzumutbaren Wirkungen für die Klägerin vom Wegfall der Befreiung und dem Aufleben der Beitragspflicht ausgehen. Die Pflicht zur Beitragszahlung ist - wie bereits dargelegt - der Mitgliedschaft beim beklagten Versorgungswerk immanent. Eine Befreiung von der Beitragspflicht erfolgt nur in eng umgrenzten Ausnahmefällen. Dies resultiert aus dem Gedanken der Solidargemeinschaft aller

Versorgungswerksmitglieder, die alleine für die Finanzierung der Versorgungsausgaben herangezogen werden können. Eine staatliche Finanzierung der Aufgabenerfüllung findet nicht statt. Vor diesem Hintergrund ist eine Beitragspflicht, die sich im Falle der Kinderbetreuungszeit auch an eine nur eingeschränkte Berufstätigkeit knüpft, jedenfalls dann kein schwerwiegender Verstoß, wenn - wie hier - jeder Leistung der Klägerin eine Gegenleistung des beklagten Versorgungswerks gegenüber steht. Der eingenommene Beitrag steigert durch die Erhöhung des persönlichen Beitragsquotienten (vgl. § 19 Abs. 4 SVR) den Wert der Anwartschaft der Klägerin im Rentenfall. Davon, dass ein Festhalten am Wegfall der Befreiung auch im Falle der eingeschränkten Arbeitsaufnahme unerträglich sei, kann mit Blick auf die positive Wirkung des Beitrages für die im ureigensten Interesse der Klägerin liegende Versorgung für den Rentenfall keine Rede sein.
3.
Das beklagte Versorgungswerk hat die Klägerin im Ergebnis zu Recht zum Mindestbeitrag nach § 30 Abs. 3 SVR herangezogen.
Soweit die Klägerin eine Anwendung des § 30 Abs. 6 SVR in der Hoffnung begehrt, für ihre geringen Einkünfte überhaupt keine Beiträge zahlen zu müssen, da für solche Einkünfte in der gesetzlichen Rentenversicherung keine Beiträge zu leisten seien, ist dem nicht zu folgen. Nach § 30 Abs. 6 SVR hat ein Mitglied, das von der gesetzlichen Rentenversicherung gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB VI befreit ist, abweichend von den Absätzen 1, 2, 3 und 5 mindestens den Beitrag zu entrichten, der ohne die Befreiung an die gesetzliche Rentenversicherung zu zahlen wäre. Damit ist aber nicht bestimmt, dass das Mitglied in jedem Fall den gleichen Beitrag zu zahlen hat, der auch in der gesetzlichen Rentenversicherung zu zahlen wäre. Dies ergibt sich sowohl aus dem Wortlaut als auch aus der Systematik der Beitragsvorschriften. Nach § 30 Abs. 1 SVR hat jedes Mitglied grundsätzlich den Regelpflichtbeitrag zu zahlen. Der Regelpflichtbeitrag stimmt mit dem Höchstbetrag der Deutschen Rentenversicherung überein, sofern ihn die Vertreterversammlung nicht abweichend festsetzt. Nach § 30 Abs. 2 SVR wird das Mitglied einkommensabhängig veranlagt, wenn dessen Einkommen die Beitragsbemessungsgrenze nicht erreicht. Die einkommensabhängige Veranlagung erfolgt nach dem Beitragssatz der Deutschen Rentenversicherung, sofern die Vertreterversammlung nicht einen anderen Beitragssatz festsetzt. § 30 Abs. 3 SVR bestimmt, dass jedes beitragspflichtige Mitglied in jedem Fall mindestens den geringst möglichen Beitrag zu zahlen hat (1/10 des Regelpflichtbeitrages). Mit Blick auf diese Regelung erklärt sich, dass § 30 Abs. 6 SVR einen anderen Mindestbeitrag für die von der gesetzlichen Rentenversicherung befreiten Mitglieder festsetzt, wenn dieser Beitrag über dem Mindestbeitrag nach § 30 Abs. 3 SVR liegt. Dies ergibt sich aus der Formulierung „mindestens". Sinn und Zweck der Regelung besteht darin, den in der Deutschen Rentenversicherung pflichtversicherten Rechtsanwälten keine unmittelbaren finanziellen Vorteile durch die Befreiung nach § 6 SGB VI zu gewähren. Die Wahl zwischen gesetzlicher und berufsständischer Rentenversicherung soll nicht aus finanziellen Erwägungen zugunsten der berufsständischen Versicherung ausfallen. Ein solcher finanzieller Vorteil könnte dadurch entstehen, dass die Vertreterversammlung des Beklagten den Regelpflichtbeitrag (und damit auch den Mindestbeitrag) oder den Beitragssatz abweichend von den für die Deutschen Rentenversicherung geltenden Sätzen festsetzt. Sollten die vom Beklagten festgesetzten Sätze unter denen der Deutschen Rentenversicherung liegen, wären die von der Deutschen Rentenversicherung befreiten Mitglieder nach § 30 Abs. 6 SVR verpflichtet, den nach den Beitragssätzen der Deutschen Rentenversicherung berechneten Beitrag zahlen, damit die Entscheidung für die berufsständische Versorgung nicht zu einer

finanziellen Minderbelastung gegenüber den gesetzlich rentenversicherten Mitgliedern führt. § 30 Abs. 6 SVR korrespondiert mit der Vorschrift des § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. b) SGB VI, wonach eine Voraussetzung für die Befreiung von der Deutschen Rentenversicherung darin besteht, dass nach Maßgabe der Satzung des Versorgungswerks einkommensabhängige Beiträge unter Berücksichtigung der Beitragsbemessungsgrenze gezahlt werden. § 30 Abs. 6 SVR gewährleistet demnach, dass diese Voraussetzung für die Erteilung der Befreiung nach § 6 SGB VI nicht wegfällt. Würde das jeweilige Mitglied mit seinen Beiträgen unterhalb der an die Deutschen Rentenversicherung zu zahlenden Beiträge bleiben, müsste die Befreiung durch die Deutschen Rentenversicherung aufgehoben werden.
Vgl. Dankelmann, jurisPK SGB VI, § 6, Rn. 62.
Da die Beitragslast hier nicht unterhalb derjenigen der Deutschen Rentenversicherung liegt, findet § 30 Abs. 6 SVR keine Anwendung.
Die angefochtenen Beitragsfestsetzungen erfolgten zwar nicht rechtsfehlerfrei. Allerdings wirken sich die Fehler im Ergebnis nicht aus.
Das beklagte Versorgungswerk hat der Beitragsfestsetzung zu Unrecht die jeweilige Einkommenssituation der Klägerin in den Jahren 2010 und 2011 zugrunde gelegt. Maßgeblich ist nach § 30 Abs. 4 Nr. 1 SVR bei selbstständiger Tätigkeit des Mitgliedes das Einkommen des vorletzten Kalenderjahres. Für den Beitrag des Jahres 2010 ist demnach das Einkommen aus 2008 maßgeblich. Dieses lag mit 512 Euro (gemäß Einkommenssteuerbescheid 2008) aber ebenfalls unterhalb der Einkünfte, die eine Veranlagung oberhalb des Mindestbeitrages erlaubt hätten.
Gleiches gilt für das Beitragsjahr 2011. Insoweit ist auf das Einkommen aus 2009 abzustellen. Dieses erreicht mit 6.444 Euro (gemäß Einkommenssteuerbescheid 2009) ebenfalls nicht die Einkommensgrenze, die eine von § 30 Abs. 3 SVR abweichende, einkommensabhängige Veranlagung ermöglicht hätte.
Die Zahlungen der Pflegekasse sind zu Recht nicht auf die Beitragsschuld der Klägerin aus der Erwerbstätigkeit in den Jahren 2010 und 2011 angerechnet worden. Als nicht erwerbsmäßig tätige Pflegeperson ist die Klägerin für ihre Pflegetätigkeit pflichtversichert in der Deutschen Rentenversicherung gemäß § 3 Satz 1 Nr. 2 SGB VI i. V. m. § 166 Abs. 2 SGB VI. Die hierfür zu zahlenden Beiträge wurden von der Pflegekasse der Pflegebedürftigen an das beklagte Versorgungswerk abgeführt. Die Zahlungspflicht der Pflegekasse ergibt sich aus § 170 Abs. 1 Nr. 6 lit a) SGB VI.
Der Auffassung der Klägerin, dass diese Zahlungen der Pflegekasse auf ihre Beitragspflicht angerechnet werden müssten, ist nicht zu folgen. Vielmehr erfolgten die Zahlungen der Pflegekasse unabhängig von jeglicher Erwerbstätigkeit, die die Klägerin neben der Pflegetätigkeit ausübte, und allein mit dem Ziel, die aus der Pflegetätigkeit resultierende Beitragsschuld zu tilgen. Im Rentenversicherungsrecht gilt der Grundsatz, dass verschieden nebeneinander ausgeübte Tätigkeiten jeweils getrennt voneinander versicherungsrechtlich zu beurteilen sind. Es entspricht ständiger Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, dass, wenn nebeneinander verschiedene rentenversicherungsrechtlich bedeutsame Sachverhalte vorliegen, das Bestehen von Versicherungspflicht hinsichtlich des einen Sachverhalts grundsätzlich keine Wirkung für den anderen Sachverhalt hat, jeder Sachverhalt mithin, wenn es gesetzlich nicht anders bestimmt ist, selbstständig zu beurteilen ist und es deshalb zulässigerweise zu Mehrfachversicherungen und mehrfacher Beitragspflicht kommen kann.
Vgl. BSG, Urteil vom 02.03.2010 - B 12 R 10/09 R -, m. w. N.
Begrenzt wird die Mehrfachversicherung allerdings im Rentenversicherungsrecht durch die

Beitragsbemessungsgrenze. Dies ergibt sich aus § 22 Abs. 2 SGB IV, wonach sich die jeweilige Beitragspflicht verhältnismäßig vermindert, falls bei Zusammentreffen mehrerer Versicherungsverhältnisse die Addition der Einkünfte die Beitragsbemessungsgrenze überschreiten würde.
Vorliegend besteht für die Klägerin neben der Beitragspflicht aufgrund der Pflegetätigkeit eine weitere Beitragspflicht aufgrund der Tätigkeit als selbstständige Rechtsanwältin. Jedes Beitragsverhältnis ist daher grundsätzlich isoliert zu betrachten, jedenfalls so lange, wie die Beitragsbemessungsgrenze durch beide Versicherungsverhältnisse nicht erreicht wird.
Nach dem Gesagten bestehen keine Bedenken gegen die Heranziehung der Klägerin zu dem Mindestbeitrag mit Blick auf ihre selbstständige Tätigkeit. Zwar existiert in der Satzung des beklagten Versorgungswerks keine dem § 22 Abs. 2 SGB IV entsprechende Regelung. Dies wirkt sich hier - mangels Erreichens der Beitragsbemessungsgrenze - nicht aus, so dass nicht näher zu untersuchen ist, ob insoweit eine ergänzende Heranziehung der Vorschriften über die Sozialversicherung in Betracht kommt.
B.
Die Klage hat auch mit ihrem Hilfsantrag keinen Erfolg. Soweit die Klägerin dort die Feststellung begehrt, dass eine Vollstreckung aus den angefochtenen Bescheiden unzulässig sei, ist dieser Feststellungsantrag unzulässig. Dem Feststellungsbegehren liegt kein konkretes Rechtsverhältnis zugrunde, da das beklagte Versorgungswerk sich der Vollstreckbarkeit der angefochtenen Beitragsbescheide überhaupt nicht berühmt.
Vgl. zum Erfordernis einer Meinungsstreitigkeit als notwendige Voraussetzung eines Rechtsverhältnisses: Sodan, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Auflage 2010, § 43 Rn. 54 ff. m. w. N., der die fehlende Meinungsverschiedenheit als Fehlen des berechtigten Feststellungsinteresses einordnet.
Eine Vollstreckung aus den Beitragsbescheiden findet ohnehin nicht statt. Denn es stellt eine Besonderheit des Rechts des beklagten Versorgungswerkes dar, dass Beitragsbescheide als solche nicht vollstreckt werden. Rückständige Beiträge werden vielmehr auf Grundlage eines Beitreibungsbescheides nach § 7a RAVG NRW i. V. m. § 33 Abs. 7 der Satzung beigetrieben.
Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 11, 711 ZPO.
Zitiervorschlag:
VG Köln Urt. v. 2.12.2014 – 7 K 50/14, BeckRS 2015, 40328

BeckRS 2015, 65514

BAG, Beschluss vom 30.09.2014 - 1 ABR 79/12

Titel:
Betriebsratsmitbestimmung bei Übernahme von Leiharbeitnehmern - vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung
Normenketten:
BetrVG § 99 II Nr. 1, IV, 100 II 3
AÜG §§ 1 I 2, 14 III 1
RL 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit Art. 1 I. 3 I Buchts. b bis e, 4 I, Art. 5 V
Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC) Art. 16, 31 I, 51, 52 I 1 u. 2
AEUV Art. 267 III GG Art. 2 I, 9 III, 12 I, 20 III

BGB § 613a

Orientierungssätze der Richterinnen und Richter des BAG

1. § 1 I 2 AÜG untersagt die nicht vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung.

2. Mit der Interpretation von § 1 I 2 AÜG als Verbotsnorm sind die Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung nicht überschritten. Auch unterliegt es keinen Zweifeln, dass die Richtlinie 2008/104 diesem Normverständnis nicht entgegensteht.

3. Beabsichtigt der Entleiher, einen Leiharbeitnehmer mehr als vorübergehend zu beschäftigen, kann der Betriebsrat des Entleiherbetriebs nach § 14 III 1 AÜG, § 99 II Nr. 1 BetrVG die Zustimmung zur Übernahme des Leiharbeitnehmers verweigern.

Rechtsgebiete:

Staats- und Verfassungsrecht, Arbeitsrecht, Europarecht, ausl. Recht, Völkerrecht

Schlagworte:

Dauerhaftigkeit, Zustimmung, Arbeitnehmerüberlassung

vorgehend:

LAG Niedersachsen, Beschluss vom 19.09.2012 - 17 TaBV 124/11 (nicht rechtskräftig)

ArbG Braunschweig, Beschluss vom 26.10.2011 - 7 BV 12/11 (nicht rechtskräftig)

Fundstellen:

AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 141

ArbRAktuell 2015, 82 (m. Anm. Bernhard Söhl)

BB 2015, 576 (Ls. m. Anm. Dr. Alexander Bissels)

BB 2015, 379

DB 2015, 383 (Ls.)

LSK 2015, 070755

NZA 2015, 240

Rechtskraft:

rechtskräftig

Text1

ERLÄUTERUNG

Die Richterinnen und Richter des Bundesarbeitsgerichts

Bundesarbeitsgericht Erster SenatBeschluss vom 30. September 2014 - 1 ABR 79/12

Einzelstichworte:

Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Übernahme eines Leiharbeitnehmers - nicht vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung

Angewandte Bestimmungen:

Orientierungssätze:

Verhältnis zu bisheriger Rechtsprechung:

zu OS 1 und 3: Anschluss an und Fortführung von BAG 10. Juli 2013 - 7 ABR 91/11 - BAGE 145, 355;

zu OS 1: vgl. auch BAG 10. Dezember 2013 - 9 AZR 51/13 - BAGE 146, 384

Weiterführende Hinweise:
./.
Schwerpunkt:
• Betriebsverfassungsrecht
Bundesarbeitsgericht
Erster Senat Beschluss vom 30. September 2014 1 ABR 79/12
I. Arbeitsgericht Braunschweig Beschluss vom 26. Oktober 2011 - 7 BV 12/11 -
II. Landesarbeitsgericht Niedersachsen Beschluss vom 19. September 2012 17 TaBV 124/11
Für die Amtliche Sammlung: Nein
Entscheidungsstichworte:
Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Übernahme eines Leiharbeitnehmers - nicht vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung
Bestimmungen:
BUNDESARBEITSGERICHT
1 ABR 79/12
BESCHLUSS
17 TaBV 124/11 Landesarbeitsgericht Niedersachsen
Im Namen des Volkes!
Verkündet am 30. September 2014
M., Urkundsbeamter der Geschäftsstelle
In dem Beschlussverfahren
mit den Beteiligten
1. ...
Antragstellerin und Rechtsbeschwerdeführerin,
2. ...
Beschwerdeführer,
hat der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Beratung vom 30. September 2014 durch die Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts Schmidt, den Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Koch, die Richterin am Bundesarbeitsgericht K. Schmidt sowie die ehrenamtlichen Richter Sch. und P. für Recht erkannt:

Die Rechtsbeschwerde der Arbeitgeberin gegen den Beschluss des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen vom 19. September 2012 - 17 TaBV 124/11 - wird zurückgewiesen, soweit sie sich gegen die Entscheidung über den Antrag zu 1. richtet.
Im Übrigen wird das Verfahren eingestellt.
Von Rechts wegen!

Gründe

1 A. Die Beteiligten streiten über die Ersetzung der vom Betriebsrat verweigerten Zustimmung zur Einstellung einer Leiharbeitnehmerin.

2 Die zu 1. beteiligte Arbeitgeberin ist nach ihrem unwidersprochen gebliebenen Vorbringen im Rechtsbeschwerdeverfahren „Rechtsnachfolgerin" der B GmbH & Co. KG, welche 272 (Stamm-)Arbeitnehmer und 55 Leiharbeitnehmer beschäftigt. In ihrem Betrieb ist der zu 2. beteiligte Betriebsrat gebildet. Diesem teilte die vormalige Arbeitgeberin im Dezember 2006 ihre grundsätzliche Absicht mit, ab dem 1. April 2007 alle freien oder frei werdenden Stellen mit Arbeitnehmern zu

besetzen, die bei der D GmbH & Co. KG (D) angestellt sind und der Arbeitgeberin zur Arbeitsleistung überlassen werden. Die D verfügt über eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung.

3 Am 4. Mai 2011 schrieb die vormalige Arbeitgeberin unternehmensintern „zur Beschäftigung über die D" die Stelle eines „Personalreferenten (m/w) Schwerpunkt Recruiting" aus. Mit „Einstellungsmeldung" vom 22. Juni 2011 informierte sie den Betriebsrat, sie beabsichtige „ab 01.07.2011 die unbefristete Einstellung ... im Wege der Arbeitnehmerüberlassung über die Firma D" der Arbeitnehmerin W (nunmehr R). Am 29. Juni 2011 ging bei ihr eine Hausmitteilung des Betriebsrats ein, mit der er seine Zustimmung zu dieser Maßnahme verweigerte und ua. ausführte:

„Die beim B praktizierte Dauerausleihe und die damit einhergehende Umgehung der im B geltenden Tarifordnung verstößt gegen Artikel 9 des Grundgesetzes. Ziel des AÜG ist es, neue Beschäftigungsmöglichkeiten zu erschließen. Ziel war und ist es nicht, Stammarbeitsplätze in Leiharbeitsplätze umzuwandeln."

4 Mit Schreiben vom 30. Juni 2011 unterrichtete die vormalige Arbeitgeberin den Betriebsrat über die beabsichtigte vorläufige Einstellung der Arbeitnehmerin. Der Betriebsrat widersprach dem mit Schreiben vom 6. Juli 2011.

5 Mit am 7. Juli 2011 beim Arbeitsgericht eingegangener Antragsschrift hat die Rechtsvorgängerin der Arbeitgeberin die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats zur Einstellung von Frau R sowie die Feststellung der dringenden Erforderlichkeit deren vorläufigen Einsatzes begehrt. Sie hat vorgebracht, die vom Betriebsrat geltend gemachten Gründe berechtigten nicht, der personellen Maßnahme die Zustimmung zu verweigern. Die vorläufige Durchführung der Maßnahme sei dringend erforderlich.

6 Die Arbeitgeberin hat - sinngemäß - beantragt,

1. die vom Betriebsrat mit Hausmitteilung vom 29. Juni 2011 verweigerte Zustimmung zur Einstellung von Frau R zu ersetzen und

2. festzustellen, dass die zum 1. Juli 2011 vorgenommene vorläufige Einstellung von Frau R aus sachlichen Gründen dringend erforderlich war.

7 Der Betriebsrat hat beantragt, die Anträge abzuweisen.

8 Das Arbeitsgericht hat den Anträgen entsprochen. Das Landesarbeitsgericht hat sie auf die Beschwerde des Betriebsrats am 19. September 2012 abgewiesen. Mit ihrer Rechtsbeschwerde begehrt die Arbeitgeberin die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung.

9 B. Die Rechtsbeschwerde der Arbeitgeberin ist unbegründet. Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht den Zustimmungsersetzungsantrag unter Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung abgewiesen. Hinsichtlich der Feststellung der dringenden Erforderlichkeit der vorläufigen personellen Maßnahme war das Verfahren einzustellen.

I.

10 Der im Rechtsbeschwerdeverfahren gehaltene und vom Betriebsrat nicht in Abrede gestellte Vortrag, die Arbeitgeberin sei Rechtsnachfolgerin der B GmbH & Co. KG, hat keine verfahrensrechtlichen Auswirkungen. Es ist zwar unklar, auf welchen Tatsachen die mitgeteilte Rechtsnachfolge beruht; das ist aber unschädlich. Sollte es sich um eine bloße Umfirmierung handeln, folgte hieraus keine prozessuale Besonderheit. Sollte ein Betriebsübergang iSv. § 613a BGB (oder eine gesellschaftsrechtliche Umstrukturierung mit den Folgen des § 613a BGB)

stattgefunden haben, wäre die Arbeitgeberin zum einen verfahrensrechtlich in die Stellung als Rechtsbeschwerdeführerin und zum anderen betriebsverfassungsrechtlich in die Rechtsstellung der vormaligen Antragstellerin eingetreten. Auch der Betriebsrat wäre Funktionsnachfolger seines Vorgängers und träte in dessen Beteiligtenstellung in einem arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren ein (vgl. zum Betriebsübergang BAG 28. April 2009 - 1 ABR 97/07 - Rn. 12 ff., BAGE 131, 1).

II.

10 Der zulässige Zustimmungsersetzungsantrag zu 1. ist unbegründet.

11 1. Das mit dem Antrag verfolgte Zustimmungsersetzungsbegehren ist zulässig. Die
12 Arbeitgeberin besitzt das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis. In ihrem Unternehmen sind in der Regel mehr als 20 wahlberechtigte Arbeitnehmer beschäftigt. Eine personelle Einzelmaßnahme bedarf daher nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG der Zustimmung des Betriebsrats. Gemäß § 14 Abs. 3 Satz 1 AÜG hat die Arbeitgeberin den Betriebsrat nach § 99 BetrVG (auch) vor der Übernahme eines Leiharbeitnehmers zur Arbeitsleistung zu beteiligen.

13 2. Der Antrag ist unbegründet. Zwar hat die vormalige Arbeitgeberin den
Betriebsrat mit ihrer Einstellungsmeldung vom 22. Juni 2011 ordnungsgemäß i. S. v. § 99 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 BetrVG i. V. m.. § 14 Abs. 3 AÜG um Zustimmung zu der beabsichtigten Übernahme von Frau R zur Arbeitsleistung ersucht, so dass die Frist für die Zustimmungsverweigerung nach § 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG zu laufen begonnen hat. Auch gilt die Zustimmung des Betriebsrats nicht nach § 99 Abs. 3 Satz 2 BetrVG als erteilt, denn er hat mit der am 29. Juni 2011 bei der vormaligen Arbeitgeberin eingegangenen Hausmitteilung seine Zustimmung fristgerecht, schriftlich und unter Angabe von Gründen i. S. v. § 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG verweigert. Der Antrag der Arbeitgeberin auf gerichtliche Ersetzung der Zustimmung nach § 99 Abs. 4 BetrVG hat aber keinen Erfolg, weil der Betriebsrat seine Zustimmung zu Recht mit der Begründung verweigert hat, die geplante Maßnahme verstoße gegen ein Gesetz.

14 a) Der Betriebsrat kann seine Zustimmung zu einer personellen Maßnahme nach §
99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG verweigern, wenn die Maßnahme selbst gegen ein Gesetz, einen Tarifvertrag oder eine sonstige Norm verstößt. Geht es um die Übernahme eines Leiharbeitnehmers in den Betrieb des Entleihers und damit um eine Einstellung i. S. d. § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG, muss diese als solche untersagt sein. Dazu bedarf es zwar keiner Verbotsnorm im technischen Sinne, die unmittelbar die Unwirksamkeit der Maßnahme herbeiführt. Der Zweck der betreffenden Norm, die Einstellung selbst zu verhindern, muss aber hinreichend deutlich zum Ausdruck kommen. Der Zustimmungsverweigerungsgrund des § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG ist bei Einstellungen daher dann gegeben, wenn der Zweck der Verbotsnorm nur dadurch erreicht werden kann, dass die Einstellung insgesamt unterbleibt (vgl. z. B. BAG 10. Oktober 2012 - 7 ABR 42/11 - Rn. 65 m. w. N.).

15 b) Hiernach hat der Betriebsrat die Zustimmung zwar nicht im Hinblick auf den
geltend gemachten Verstoß gegen Art. 9 GG, wohl aber gegen das AÜG zu Recht verweigert.

16 aa) Der vom Betriebsrat geltend gemachte Verstoß gegen Art. 9 GG unter
„Umgehung der ... geltenden Tarifordnung" betrifft kein Gesetz, das die Einstellung an sich verhindern will. Der auf die allein in Frage kommende kollektive Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG gestützte Einwand berührt allenfalls die

Arbeitsbedingungen der einzustellenden Leiharbeitnehmerin.

17 bb) Zutreffend macht der Betriebsrat aber geltend, die beabsichtigte personelle Einzelmaßnahme verstoße gegen das AÜG. Maßgeblich ist die im Zeitpunkt der Senatsentscheidung geltende Rechtslage und damit u. a. § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG, der nach Art. 1 Nr. 2 Buchst. a, Buchst. bb des „Ersten Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes - Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung" vom 28. April 2011 (- Missbrauchsverhinderungsgesetz - BGBl. I S. 642) - in § 1 Abs. 1 AÜG eingefügt worden ist und nach Art. 2 des Missbrauchsverhinderungsgesetzes am 1. Dezember 2011 in Kraft trat. Diese Bestimmung untersagt die nicht vorübergehende Überlassung von Arbeitnehmern. Sie stellt ein Gesetz i. S. v. § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG dar, dessen Zweck nur erreicht werden kann, wenn die Einstellung unterbleibt. Die beabsichtigte Übernahme der Leiharbeitnehmerin R zur Arbeitsleistung verstößt gegen dieses Gesetz, denn ihr liegt keine „vorübergehende" Überlassung zugrunde.

18 (1) Entscheidend ist die Rechtslage im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung über das Zustimmungsersetzungsgesuch. Gegenstand eines Verfahrens auf Ersetzung der Zustimmung zu einer Einstellung nach § 99 Abs. 4 BetrVG ist die Frage, ob die beabsichtigte personelle Maßnahme angesichts der vorgebrachten Verweigerungsgründe gegenwärtig und zukünftig zulässig ist. Verfahrensgegenstand ist nicht, ob die Maßnahme im Zeitpunkt der Antragstellung zulässig war. Die streitgegenständliche Frage ist deshalb nach Maßgabe der im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung geltenden Rechtslage zu beantworten. Das gilt auch, wenn die Änderung der Rechtslage für die vom Betriebsrat angebrachten Verweigerungsgründe eine geänderte rechtliche Beurteilung erfordert. Wenn und soweit darin eine Änderung des Verfahrensgegenstandes und damit - trotz gleichbleibenden Antragswortlauts - eine Antragsänderung liegt, ist diese in der Rechtsbeschwerdeinstanz zulässig, wenn der festgestellte Sachverhalt die rechtliche Beurteilung nach der neuen Rechtslage ermöglicht, der Streitstoff nicht erweitert wird und die Rechte der Beteiligten nicht verkürzt werden (BAG 10. Juli 2013 - 7 ABR 91/11 - Rn. 30 m. w. N., BAGE 145, 355). Vorliegend hat der Betriebsrat von vornherein geltend gemacht, die „dauerhafte Ausleihe" von Leiharbeitnehmern widerspreche dem AÜG. Dieser Zustimmungsverweigerungsgrund hat sich nicht verändert. Für seine Beurteilung ist die derzeitige Rechtslage maßgeblich. Soweit mit der Änderung der zu beachtenden Rechtslage zugleich eine Änderung des Verfahrensgegenstandes in der Rechtsbeschwerdeinstanz verbunden sein sollte, wäre diese ausnahmsweise zulässig. Der Sachverhalt steht fest. Rechte der Beteiligten werden nicht beeinträchtigt.

19 (2) Danach kommt es auf das Gesetz zur Regelung der Arbeitnehm erüber- lassung in der am 30. September 2014 geltenden Fassung an. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts verbietet § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG in der seit dem 1. Dezember 2011 geltenden Fassung die mehr als vorübergehende Überlassung von Arbeitnehmern an Entleiher. Das folgt aus einer Auslegung der Norm (BAG 10. Juli 2013 - 7 ABR 91/11 - Rn. 32 ff., BAGE 145, 355; 10. Dezember 2013 - 9 AZR 51/13 - Rn. 17, BAGE 146, 384). Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde ist damit eine den Wortsinn übersteigende Rechtsfortbildung nicht verbunden.

20 (a) Der Wortlaut des § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG gebietet kein bestimmtes Ergebnis

0 (vgl. BAG 10. Juli 2013 - 7 ABR 91/11 - Rn. 33, BAGE 145, 355). Der in der Vorschrift gebrauchte Modus des Indikativs deutet allerdings nicht immer auf die (bloße) Beschreibung eines Geschehens, sondern kann auch Verbindlichkeit ausdrücken. In Gesetzen oder anderen Normtexten ist es nicht unüblich, stilistisch anstelle des (befehlenden) Imperativs den (beschreibenden) Indikativ zu verwenden (vgl. hierzu die Empfehlungen zur Gestaltung von Rechtsvorschriften des Bundesministeriums der Justiz in: Handbuch der Rechtsförmlichkeit 3. Aufl. 2008 [BAnz. vom 22. Oktober 2008 Nr. 160a S. 1 ff.] Teil B - Allgemeine Empfehlungen für das Formulieren von Rechtsvorschriften -Rn. 83 und Teil C - Stammgesetze - Rn. 393). Die Verwendung des Indikativs lässt daher nicht zwingend darauf schließen, ein Ver- oder Gebot nicht aufstellen zu wollen.

21 (b) Gesetzessystematische Erwägungen streiten für einen obligatorischen Inhalt des § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG (vgl. BAG 10. Juli 2013 - 7 ABR 91/11 -Rn. 34, BAGE 145, 355; 10. Dezember 2013 - 9 AZR 51/13 - Rn. 26, BAGE 146, 384). § 1 AÜG mit der Normüberschrift „Erlaubnispflicht" bestimmt in seinem Abs. 1 Satz 1, dass Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten (Entleihern) Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zur Arbeitsleistung überlassen wollen, der Erlaubnis bedürfen. Nach § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG erfolgt die Überlassung von Arbeitnehmern an Entleiher vorübergehend. Im Kontext zu § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG deutet dies darauf, die unter den Erlaubnisvorbehalt für die Verleiher gestellte Überlassung (nur) in einer vorübergehenden zu sehen und eine dem nicht entsprechende Überlassung als gesetzwidrig, mithin nicht erlaubnisfähig einzuordnen. Dass Satz 2 von § 1 Abs. 1 AÜG insofern eine über einen unverbindlichen „Programmsatz" hinausgehende Bedeutung im Sinn einer gesetzlichen Zulässigkeitsvoraussetzung der Arbeitnehmerüberlassung hat, zeigt ferner der systematische Vergleich mit Satz 3 der Vorschrift, in welchem näher festgelegt ist, in welcher Konstellation keine Arbeitnehmerüberlassung (und damit auch keine Erlaubnispflicht nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG) vorliegt.

22 (c) Entscheidend für ein Verständnis des § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG als Untersagung der nicht nur vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung sind Sinn und Zweck der Vorschrift. Regelmäßig erschöpfen sich gesetzliche Bestimmungen nicht in bloßen Beschreibungen. Es sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass nach der Intention des Gesetzgebers die nicht vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung ohne Folgen bleiben sollte. Wenn aber davon auszugehen ist, dass mit § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG - wie auch sonst bei Gesetzen, die über Definitionen oder Fiktionen hinausgehen - überhaupt etwas geregelt werden soll, so besteht der Regelungsinhalt darin, die nicht vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung auszuschließen (vgl. BAG 10. Juli 2013 - 7 ABR 91/11 Rn. 35, BAGE 145, 355).

23 (d) Entgegen der von der Arbeitgeberin unter Verweis auf die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Nürnberg vom 29. Oktober 2013 (- 7 TaBV 15/13 -) vertretenen Auffassung sprechen weder die Gesetzesmaterialien noch ein im Gesetzgebungsverfahren deutlich erkennbarer Wille des Gesetzgebers gegen ein Verständnis des § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG als eine die nicht vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung untersagende Norm.

24 (aa) Der Gesetzgeber wollte mit dem Missbrauchsverhinderungsgesetz und damit auch mit der Einfügung von § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG unionsrechtliche Vorgaben „vollständig, eins zu eins" umsetzen (so die Ausführung der zuständigen Bundesministerin in der abschließenden Plenarberatung des Deutschen

Bundestages, BT-Plenarprotokoll 17. Wahlperiode S. 11366 [B]). Er ist davon ausgegangen, die Umsetzung der Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit (ABl. EU L 327 vom 5. Dezember 2008 S. 9 - fortan: Richtlinie 2008/104 -) erfordere Änderungen im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, weil sie Arbeitnehmerüberlassung als vorübergehend definiere (vgl. den Regierungsentwurf zum Missbrauchsverhinderungsgesetz BT-Drs. 17/4804 S. 1). Vor diesem Hintergrund ist mit § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG eine Regelung eingefügt worden, die „der Klarstellung" dient, „dass das deutsche Modell der Arbeitnehmerüberlassung dieser europarechtlichen Vorgabe entspricht" (BT-Drs. 17/4804 S. 8). Das bedeutet nach den verlautbarten Vorstellungen des Gesetzgebers (BT-Drs. 17/4804 S. 8):

„Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz regelt ein auf vorübergehende Überlassungen angelegtes Modell der Arbeitnehmerüberlassung, bei dem die Überlassung an den jeweiligen Entleiher im Verhältnis zum Arbeitsvertragsverhältnis zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer vorübergehend ist. Dabei wird der Begriff vorübergehend' im Sinne der Leiharbeitsrichtlinie als flexible Zeitkomponente verstanden und insbesondere auf genau bestimmte Höchstüberlassungsfristen verzichtet."

25 Auch wenn damit die „Zeitkomponente" der Kategorie „vorübergehend" nach der Erklärung in den Gesetzesmaterialien „flexibel" verstanden werden soll, kommt doch erkennbar zum Ausdruck, dass eine gesetzliche Regelung geschaffen werden sollte, die ein anderes als das auf „vorübergehende Überlassungen angelegte Modell der Arbeitnehmerüberlassung" ausschließt. Dass dies als „Klarstellung" bezeichnet ist, ändert nichts am Regelungsgehalt. Die von dem Parlamentarischen Staatssekretär Dr. R. B. verantwortete, auf eine schriftliche Abgeordnetenfrage gegebene Antwort vom 29. Februar 2012, wonach „entsprechend dem Wesen einer Klarstellung ... eine Änderung der bestehenden Rechtslage nicht beabsichtigt" und „demnach ... auch weiterhin eine nicht von vornherein zeitlich befristete Überlassung von Zeitarbeitnehmern möglich" sei (vgl. BT-Drs. 17/8829 S. 24), vermag das nicht zu entkräften. Ungeachtet dessen, dass eine - im vorliegenden Fall nach dem Inkrafttreten des geänderten AÜG verfasste - Stellungnahme selbst von den am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Personen oder Stellen zumindest auch Beweggründe und Erwartungen bekunden mögen und nicht stets und ausschließlich den Willen des parlamentarischen Gesetzgebers, ist die zitierte Antwort widersprüchlich. In ihr wird einerseits erklärt, dass eine Modifikation der Rechtslage nicht beabsichtigt gewesen sei, andererseits aber auch ausgeführt, der Gesetzgeber habe in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG klargestellt, dass das AÜG ein auf eine „vorübergehende Überlassung angelegtes Modell der Arbeitnehmerüberlassung regelt, bei dem die Überlassung an den jeweiligen Entleiher im Verhältnis zum Arbeitsverhältnis zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer vorübergehend ist" (BT-Drs. 17/8829 S. 24).

26 (bb) Dass nach den Vorstellungen des Gesetzgebers durch die Einfügung des § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG die Rechtslage modifiziert worden ist, zeigen vor allem die Bestimmungen zum Inkrafttreten des geänderten Gesetzes. § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG gehört zu den Vorschriften, die nach Art. 2 des Missbrauchsverhinderungsgesetzes nicht schon einen Tag nach der Gesetzesverkündung am 29. April 2011, sondern erst am 1. Dezember 2011 in Kraft traten. Das erheblich spätere Inkrafttreten begründete der Gesetzgeber mit der Erwägung, dies gebe „den Verleihern und

Entleihern ... ausreichend Zeit, ihre vertraglichen Vereinbarungen und sonstige Regelungen bei Bedarf an die neue Rechtslage anzupassen" (BT-Drs. 17/4804 S. 11). Wäre durch § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG in der Neufassung keine von der vormaligen Rechtslage abweichende geregelt worden, erklärte es sich vor dem verlautbarten „Anpassungsbedarf für Entleiher und Verleiher" kaum, das Inkrafttreten der Bestimmung zeitlich hinauszuschieben (vgl. BAG 10. Juli 2013 - 7 ABR 91/11 - Rn. 37, BAGE 145, 355).

27 (e) Mit der Interpretation von § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG als Verbotsnorm sind entgegen der insoweit nicht näher begründeten - und im Übrigen auch nicht tragenden - Erwägung des Landesarbeitsgerichts Nürnberg in seiner Entscheidung vom 29. Oktober 2013 (- 7 TaBV 15/13 -) nicht die Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung überschritten. Der Vorwurf einer der Gewährleistung von Art. 2 Abs. 1 i. V. m.. Art. 20 Abs. 3 GG zuwiderlaufenden unzulässigen Rechtsfortbildung ist schon im Ausgangspunkt nicht gerechtfertigt. Es handelt sich nicht um eine (unzulässige) Fortbildung von § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG, sondern um seine an Wortlaut, Systematik, Sinn und Zweck sowie Gesetzeshistorie orientierte Auslegung.

28 (f) Dem Verständnis von § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG als eine die nicht vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung untersagende Bestimmung begegnen keine unionsrechtlichen Bedenken.

29 (aa) Das gilt zum einen für die in Art. 16 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC) anerkannte unternehmerische Freiheit. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob die Richtlinie 2008/104 eine Regelung zur nicht vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung enthält und damit den für die Anwendung der GRC notwendigen unionsrechtlichen Bezug nach Art. 51 Abs. 1 GRC herstellt. Jedenfalls wird durch ein solches Verbot die durch Art. 16 GRC insbesondere geschützte Vertragsfreiheit nicht in einem Umfang eingeschränkt, der geeignet wäre, von einer Beeinträchtigung des Wesensgehalts des Rechts auf unternehmerische Freiheit zu sprechen (auf eine Beeinträchtigung des „Wesensgehalts" des Rechts auf unternehmerische Freiheit stellt ab: EuGH 18. Juli 2013 - C-426/11 - [Alemo-Herron u. a.] Rn. 35). Vielmehr achtet der gesetzlich vorgesehene, aus Gründen des Gemeinwohls erfolgende und den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit genügende geringfügige Eingriff i. S. v. Art. 52 Abs. 1 Sätze 1 und 2 GRC den wesentlichen Gehalt der unternehmerischen Freiheit. Zudem dient das Verbot dem durch Art. 31 Abs. 1 GRC geschützten Recht der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auf gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen und damit dem Schutz der Rechte Anderer. Hiernach ist der deutsche Gesetzgeber befugt, die nicht vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung zu unterbinden (BAG 10. Juli 2013 - 7 ABR 91/11 - Rn. 47, BAGE 145, 355).

30 (bb) Zum anderen unterliegt es keinen Zweifeln, dass die Richtlinie 2008/104 dem nationalen Verständnis des § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG als Untersagung der nicht vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung nicht entgegensteht.

31 (aaa) Sollte nach der Richtlinie 2008/104 die nicht vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung verboten sein, müsste § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG bereits wegen des Gebots der unionsrechtskonformen Auslegung in diesem Sinn ausgelegt werden (BAG 10. Juli 2013 - 7 ABR 91/11 - Rn. 46, BAGE 145, 355).

32 (bbb) Sollte die Richtlinie 2008/104 die nicht vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung nicht untersagen, so kann ihr immerhin aber klar und

zweifelsfrei entnommen werden, dass sie bei der Leiharbeit von einer im Wesentlichen durch das Merkmal „vorübergehender" Überlassungen geprägten Arbeitsform ausgeht.

33 (aaaa) Nach den verlautbarten Vorstellungen des Richtliniengebers entspricht Leiharbeit nicht nur dem Flexibilitätsbedarf der Unternehmen, sondern auch dem Bedürfnis der Arbeitnehmer, Beruf und Privatleben zu vereinbaren. Sie trägt somit zur Schaffung von Arbeitsplätzen und zur Teilnahme am und zur Eingliederung in den Arbeitsmarkt bei (Erwägungsgrund 11 der Richtlinie). Nach ihrem Art. 1 Abs. 1 gilt die Richtlinie 2008/104 für Arbeitnehmer, die mit einem Leiharbeitsunternehmen einen Arbeitsvertrag geschlossen haben oder ein Beschäftigungsverhältnis eingegangen sind und die entleihenden Unternehmen zur Verfügung gestellt werden, um „vorübergehend" unter deren Aufsicht und Leitung zu arbeiten. „Leiharbeitsunternehmen" ist nach Art. 3 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 2008/104 eine natürliche oder juristische Person, die mit Leiharbeitnehmern Arbeitsverträge oder Beschäftigungsverhältnisse eingeht, um sie entleihenden Unternehmen zu überlassen, damit sie dort unter Aufsicht und Leitung „vorübergehend" arbeiten. Gemäß Art. 3 Abs. 1 Buchst. c Richtlinie 2008/104 ist „Leiharbeitnehmer" ein Arbeitnehmer, der mit einem Leiharbeitsunternehmen einen Arbeitsvertrag geschlossen hat oder ein Beschäftigungsverhältnis eingegangen ist, um einem entleihenden Unternehmen überlassen zu werden und dort unter dessen Aufsicht und Leitung „vorübergehend" zu arbeiten. Art. 3 Abs. 1 Buchst. d der Richtlinie 2008/104 definiert als „entleihendes Unternehmen" eine natürliche oder juristische Person, in deren Auftrag und unter deren Aufsicht und Leitung ein Leiharbeitnehmer „vorübergehend" arbeitet. „Überlassung" ist nach Art. 3 Abs. 1 Buchst. e Richtlinie 2008/104 der Zeitraum, während dessen der Leiharbeitnehmer dem entleihenden Unternehmen zur Verfügung gestellt wird, um dort unter dessen Aufsicht und Leitung „vorübergehend" zu arbeiten.

34 (bbbb) Auch die Auswertung der Sprachfassungen der Richtlinie 2008/104 erlaubt keinerlei Zweifel daran, dass Anwendungsbereich und Begriffsbestimmungen der Richtlinie an den Umstand einer temporären Arbeit des Leiharbeitnehmers bei dem entleihenden Unternehmen anknüpfen. Das ist buchstäblich ausgedrückt in der französischen („temporaire"), englischen („temporarily"), spanischen („temporalmente"), italienischen („temporaneamente"), griechischen („npoawpivd"), bulgarischen („BpeMeHHo"), tschechischen („po pfechodnou dobu" [„für eine Übergangszeit"]), dänischen („midlertidigt"), estnischen („ajuti-selt"), kroatischen („privremeno"), lettischen („pagaidu"), litauischen („laikinai"), ungarischen („ideiglenesen"), maltesischen („temporanjament"), niederländischen („tijdelijk"), polnischen („tymczasowo"), portugiesischen (..temporariamente, temporária, temporário"), rumänischen („temporar"), slowakischen („docasne, docasny, docasnej"), slowenischen („zacasno"), finnischen („tilapäisesti") und schwedischen („tillfälligt") Fassung.

35 (cccc) Die Bedeutung der Kategorie „vorübergehend" kommt darüber hinaus deutlich in der Entstehungsgeschichte der Richtlinie 2008/104 zum Ausdruck. Der ursprüngliche Vorschlag für eine Richtlinie über die Arbeitsbedingungen von Leiharbeitnehmern - von der Kommission vorgelegt am 20. März 2002 -enthielt eine mit diesem oder einem ähnlichen Merkmal verknüpfte Beschreibung noch nicht (ABl. EG C 203 E vom 27. August 2002 S. 1). In der „Legislativen

Entschließung des Europäischen Parlaments zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Arbeitsbedingungen von Leiharbeitnehmern" (ABl. EU C 25 E vom 29. Januar 2004 S. 368) findet sich dann der Ausdruck „zeitweilig", etwa bei der Begriffsbestimmung „Leiharbeitnehmer" („...ist jede Person, die mit einem Leiharbeitunternehmen einen Arbeitsvertrag schließt oder ein Arbeitsverhältnis von unbestimmter oder befristeter Dauer eingeht, um zeitweilig einem entleihenden Unternehmen zur Verfügung gestellt zu werden, unter dessen Leitung und Aufsicht sie tätig ist"). Der geänderte Vorschlag der Kommission (CELEX 52002PC0701) verwendet die Formulierung „befristet", etwa bei der Festlegung des Anwendungsbereichs („Diese Richtlinie gilt für Arbeitnehmer, die mit einem Leiharbeitunternehmen einen Arbeitsvertrag geschlossen haben oder ein Arbeitsverhältnis eingegangen sind und die entleihenden Unternehmen zur Verfügung gestellt werden, um befristet unter deren Aufsicht zu arbeiten") oder bei dem Begriff des Leiharbeitnehmers („...ist eine Person, die mit einem Leiharbeitunternehmen einen Arbeitsvertrag geschlossen hat oder ein Arbeitsverhältnis eingegangen ist, um einem entleihenden Unternehmen zur Verfügung gestellt zu werden und dort unter dessen Aufsicht befristet zu arbeiten") sowie der Überlassung („... ist der Zeitraum, während dessen der Leiharbeitnehmer einem entleihenden Unternehmen zur Verfügung gestellt wird, um dort befristet unter dessen Aufsicht zu arbeiten"). Der „Gemeinsame Standpunkt (EG) Nr. 24/2008 vom Rat festgelegt am 15. September 2008" (ABl. EU C 254 E vom 7. Oktober 2008 S. 36) knüpft schließlich an die später Richtlinientext gewordene Kategorie „vorübergehend" an.

36 (ccc) Damit dürfte fraglich sein, ob die „nicht vorübergehende" Überlassung von (Leih-)Arbeitnehmern eines (Leiharbeits-)Unternehmens an (entleihende) Unternehmen überhaupt der Richtlinie 2008/104 unterfällt. Ginge man hiervon aus, hinderten die Richtlinienvorgaben jedenfalls keine Untersagung der nicht vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung (im Ergebnis ebenso BAG 10. Juli 2013 - 7 ABR 91/11 - Rn. 46, BAGE 145, 355). Nach Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2008/104 sind zwar Verbote oder Einschränkungen des Einsatzes von Leiharbeit nur aus Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt. Versteht man diese Vorschrift dahingehend, dass sie die Beibehaltung oder die Einführung von Verboten oder Einschränkungen des Einsatzes von Leiharbeit verbietet, die nicht aus Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind, wäre bei einer Unterbindung nicht nur vorübergehender Arbeitnehmerüberlassung durch § Abs. 1 Satz 2 AÜG - ebenso wie bei der die Leiharbeit im unionsrechtlichen Sinn einschränkenden Erlaubnispflicht für Verleiharbeitgeber nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG - aber von solch einer Rechtfertigung auszugehen. Als Beispiele für mögliche Rechtfertigungsgründe führt Art. 4 Abs. 1 Halbs. 2 Richtlinie 2008/104 unmissverständlich u. a. den Schutz der Leiharbeitnehmer sowie die Notwendigkeit, das reibungslose Funktionieren des Arbeitsmarktes zu gewährleisten und eventuellen Missbrauch zu verhüten, an (vgl. hierzu auch den Erwägungsgrund 18 der Richtlinie). Die Erlaubnispflicht für Verleiharbeitgeber und die Untersagung der nicht vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung nach § 1 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 AÜG dienten solchen Gründen des Allgemeininteresses. „Nicht vorübergehende" Leiharbeit, obwohl diese nach der Richtlinie unverkennbar dadurch geprägt ist, dass Arbeitnehmer entleihenden Unternehmen überlassen werden, damit sie dort unter deren Aufsicht und Leitung „vorübergehend" arbeiten,

wäre auch im unionsrechtlichen Verständnis kein Ge-, sondern Missbrauch dieser Arbeitsform. Darauf lässt nicht zuletzt Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie 2008/104 schließen, wonach „aufeinander folgende Überlassungen", mit denen die Bestimmungen der Richtlinie umgangen werden sollen, zu verhindern sind.

37 (ddd) In diesem Zusammenhang bedarf es keiner Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union - Gerichtshof - im Wege der Vorabentscheidung nach Art. 267 Abs. 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV). Die richtige Anwendung des Unionsrechts ist bezüglich der Annahme, das Verständnis von § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG als eine die nicht vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung ausschließende Norm laufe den Vorgaben der Richtlinie 2008/104 nicht zuwider, derart offenkundig, dass für Zweifel kein Raum bleibt (vgl. zu diesem Maßstab EuGH 6. Oktober 1982 - 283/81 - [CILFIT] Slg. 1982, 3415; ErfK/Wißmann 14. Aufl. Art. 267 AEUV Rn. 33 m. w. N.). Das beim Gerichtshof anhängige Vorabentscheidungsersuchen des finnischen Työtuomioistuin (eingereicht am 9. Oktober 2013 - Auto - ja Kuljetusalan Työntekijäliitto AKT ry/ Öljytuote ry, Shell Aviation Finland Oy; beim EuGH anhängig unter dem Az. - C-533/13 - ABl. EU C 352 vom 30. November 201 S. 10; vgl. hierzu auch z. B. Thüsing/Stiebert ZESAR 2014, 27) gebietet keine andere Sichtweise.

38 (aaaa) Der Työtuomioistuin möchte mit seinem Vorabentscheidungsersuchen wissen, ob eine Tarifvertragsbestimmung über den Einsatz von Leiharbeitnehmern eine ungerechtfertigte Einschränkung des Einsatzes von Leiharbeitnehmern darstellt, die mit Art. 4 Abs. 1 Richtlinie 2008/104 unvereinbar ist und deshalb unberücksichtigt bleiben muss. In der beim Työtuomioistuin anhängigen Rechtssache begehrt eine Gewerkschaft mit ihrer Klage, einen Arbeitgeberverband und dessen Mitglieder zu einer Strafzahlung nach dem Työehtosopimuslaki (Tarifvertragsgesetz) zu verurteilen. Nach der für den Streitfall maßgeblichen Tarifbestimmung haben Unternehmen den Einsatz von Leiharbeitnehmern auf den Ausgleich von Arbeitsspitzen oder sonst auf zeitlich oder ihrer Art nach begrenzte Aufgaben zu beschränken, die wegen der Dringlichkeit, der begrenzten Dauer der Arbeit, erforderlicher beruflicher Kenntnisse und Spezialgeräte oder aus vergleichbaren Gründen eigenen Arbeitnehmern nicht übertragen werden können. Die Entleihe von Arbeitnehmern wird tarifvertraglich als „unlauter" angesehen, wenn Leiharbeitnehmer, die von Unternehmen vermittelt werden, die verschiedene Arbeitskräfte zur Verfügung stellen, im Rahmen der normalen Tätigkeit eines Unternehmens neben dessen Stammarbeitnehmern und über einen längeren Zeitraum unter derselben Leitung beschäftigt werden. Der Työtuomioistuin hat dem Gerichtshof daher die Fragen gestellt:

a) Ist Art. 4 Abs. 1 der Leiharbeitsrichtlinie (2008/104/EG) dahin auszulegen, dass den nationalen Behörden einschließlich der Gerichte die dauerhaft geltende Verpflichtung auferlegt wird, mit den ihnen zur Verfügung stehenden Mitteln sicherzustellen, dass keine innerstaatlichen Vorschriften oder Tarifvertragsbestimmungen in Kraft sind oder angewandt werden, die einer Vorschrift der Richtlinie zuwiderlaufen?

b) Ist Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung entgegensteht, wonach der Einsatz von Leiharbeitnehmern nur in den eigens aufgeführten Fällen wie dem Ausgleich von Arbeitsspitzen oder bei Arbeiten, die nicht durch eigene Arbeitnehmern eines Unternehmens erledigt werden können, zulässig ist? Kann der längerfristige Einsatz von Leiharbeitnehmern neben

a) den eigenen Arbeitnehmern eines Unternehmens im Rahmen der gewöhnlichen Arbeitsaufgaben des Unternehmens als verbotener Einsatz von Leiharbeitskräften eingestuft werden?

c) Welche Mittel stehen, wenn die nationale Regelung als richtlinienwidrig angesehen wird, dem Gericht zur Verfügung, um die Ziele der Richtlinie zu erreichen, wenn es sich um einen von Privaten einzuhaltenden Tarifvertrag handelt?

39 (bbbb) Damit sind Fragen aufgeworfen zum inhaltlichen Verständnis von Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2008/104 bei einer nationalen Vorschrift, die den Einsatz von (verschiedenen) Leiharbeitnehmern unter den Vorbehalt besonders genannter Fälle und Umstände stellt. Sie betreffen nicht die Untersagung „nicht vorübergehender" Überlassungen. Mag der Richtlinie 2008/104 nicht zweifelsfrei zu entnehmen sein, wie „vorübergehend" im unionsrechtlichen Sinn zu definieren ist, so ist in ihr aber jedenfalls - wie bereits ausgeführt - ohne jeden Zweifel ausgedrückt, dass Leiharbeit und Leiharbeitsbeziehungen durch dieses Kriterium geprägt sind.

40 (3) § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG ist ein Verbotsgesetz i. S. v. § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG, dessen Verletzung den Betriebsrat zur Verweigerung der Zustimmung zur Einstellung berechtigt. Der Zweck der Regelung kann nur erreicht werden, wenn die Einstellung insgesamt unterbleibt.

41 (a) Der Zustimmungsverweigerungsgrund des § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG ist bei Einstellungen und Versetzungen gegeben, wenn das Ziel der Norm allein dadurch erreicht werden kann, dass die personelle Maßnahme insgesamt unterbleibt. Bei Einstellungen ist das der Fall, wenn durch die betreffende Norm im Sinne einer „Absperrtechnik" verhindert werden soll, dass bestimmte Arbeitnehmer überhaupt in den Betrieb aufgenommen werden. Das in Betracht kommende Gesetz muss den Zweck haben, die Organisationsgewalt des Arbeitgebers im Hinblick auf eine bestimmte Zusammensetzung der Belegschaft zu beschränken. Dementsprechend kommt das Zustimmungsverweigerungsrecht insbesondere dann in Betracht, wenn mit der betreffenden Rechtsnorm auch die kollektiven Interessen der betroffenen Belegschaft gewahrt werden sollen (BAG 10. Juli 2013 - 7 ABR 91/11 - Rn. 49 m. w. N., BAGE 145, 355).

42 (b) Danach ist der Ausschluss der nicht vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG ein Verbotsgesetz, das den Betriebsrat zur Zustimmungsverweigerung berechtigt. Denn er dient jedenfalls auch den kollektiven Interessen der betroffenen Belegschaft. Im Interesse auch der Stammarbeitnehmer soll eine Spaltung der Belegschaft begrenzt und die Gefahr eingeschränkt werden, dass zumindest faktisch auf deren Arbeitsplatzsicherheit und die Qualität ihrer Arbeitsbedingungen Druck ausgeübt wird. Im Rahmen dieser Begrenzung wird die Organisationsgewalt des Arbeitgebers, die Belegschaft in bestimmter Weise zusammenzusetzen, eingeschränkt. Demgemäß war in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts bereits für die früher geltende zeitliche Höchstbegrenzung der Arbeitnehmerüberlassung anerkannt, dass ein Verstoß dagegen das Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrats nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG auslöste (grundlegend: BAG 28. September 1988 - 1 ABR 85/87 - zu B II 2 c der Gründe, BAGE 59, 380; vgl. BAG 10. Juli 2013 - 7 ABR 91/11 - Rn. 50, BAGE 145, 355).

43 (4) Die von der Arbeitgeberin beabsichtigte Einstellung von Frau R ist nicht vorübergehend i. S. v. § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG und verstößt deshalb gegen das in

dieser Vorschrift enthaltene Verbot. Dabei kann offenbleiben, wie der Begriff „vorübergehend" im Einzelnen zu konkretisieren ist. Jedenfalls bei der vorliegenden Fallgestaltung handelt es sich nicht um „vorübergehende" Überlassung. Die ohne jegliche zeitliche Begrenzung vorgenommene Arbeitnehmerüberlassung, bei der ein Leiharbeitnehmer dauerhaft anstelle eines Stammarbeitnehmers eingesetzt werden soll, ist nicht (mehr) vorübergehend. Um einen solchen Fall handelt es sich bei der beabsichtigten Übernahme von Frau R.

III.

4 Wegen des Feststellungsantrags zu 2. war das Verfahren in entsprechender
4 Anwendung von § 81 Abs. 2 Satz 2, § 83a Abs. 2 Satz 1 ArbGG einzustellen. Eine Entscheidung über den Feststellungsantrag des Arbeitgebers nach § 100 Abs. 2 Satz 3 BetrVG kommt regelmäßig nicht mehr in Frage, wenn rechtskräftig über den Zustimmungsersetzungsantrag entschieden worden ist (vgl. ausf. BAG 14. Dezember 2004 - 1 ABR 55/03 - zu B III der Gründe, BAGE 113, 109; vgl. auch 10. März 2009 - 1 ABR 93/07 - Rn. 51 m. w. N., BAGE 130, 1).

Zitiervorschlag:
BAG Beschl. v. 30.9.2014 – 1 ABR 79/12, BeckRS 2015, 65514

BeckRS 2014, 52498

OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 16.06.2014 - OVG 10 A 8.10

Titel:
Rechtsverordnung, Zweck, Ermächtigungsgrundlage, Landesentwicklungsplan
Normenkette:
Verf Bbg Art. 80
Amtliche Leitsätze:
1. Die Rechtsverordnung der Regierung des Landes Brandenburg über den Landesentwicklungsplan Berlin-Brandenburg ist materiell rechtswidrig, weil sie gegen das Zitiergebot des Art. 80 S. 3 LV Bbg als höherrangiges Recht verstößt. (amtlicher Leitsatz)
2. Im Gewaltenteilungssystem der Landesverfassung Brandenburgs dient das Zitiergebot dem Zweck, die Delegation von Rechtssetzungskompetenzen des Landtages auf die Landesregierung in ihren gesetzlichen Grundlagen verständlich und kontrollierbar zu machen. Den Normadressaten und Gerichten wird es ermöglicht zu prüfen, ob sich der Verordnungsgeber bei Erlass der Norm im Rahmen der Ermächtigung gehalten hat. (amtlicher Leitsatz)
3. Das Zitiergebot fordert insbesondere, dass eine Rechtsverordnung, welche die Rechtssetzungsbefugnis in Anspruch nimmt, den Inhalt eines Gesetzes zu ändern, zu ergänzen oder eine vom Gesetz abweichende Regelung zu erlassen, die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage hierfür in der Eingangsformel angibt. Wird das Zitiergebot nicht beachtet, ist die Rechtsverordnung nichtig. Eine nicht angegebene Rechtsgrundlage kann nicht durch die Änderung oder Ergänzung der Eingangsformel nachgeholt werden. Die Rechtsverordnung muss vielmehr unter Beachtung des Zitiergebots neu erlassen werden. Die gemeinsame Raumordnung und Landesplanung der Länder Berlin und Brandenburg ist im Bereich der gemeinsamen Landesentwicklungspläne dahingehend rechtlich ausgeformt, dass eine landesplanerisch abgestimmte, parallele Rechtssetzung erfolgt. Von der

Regierung der Länder werden die Landesentwicklungspläne jeweils als Rechtsverordnung mit Geltung für das eigene Hoheitsgebiet erlassen. Die Befugnis zur Gesetzgebung auf dem Gebiet der Raumordnung liegt dabei jeweils bei den Ländern Berlin und Brandenburg und nicht auf einer "dritten Ebene". Bei der künftigen Ausgestaltung des Zentrale-Orte-Systems im Landesentwicklungsplan hat der Verordnungsgeber zu beachten, dass die Versorgung mit Dienstleistungen und Infrastrukturen der Daseinsvorsorge, insbesondere die Erreichbarkeit von Einrichtungen und Angeboten der Grundversorgung für alle Bevölkerungsgruppen zur Sicherung von Chancengleichheit in den Teilräumen in angemessener Weise zu gewährleisten ist; dies gilt auch in dünnbesiedelten Regionen. Die Grundversorgung muss nicht in jeder Gemeinde erbracht werden, sondern kann sich auf die unterste Ebene Zentraler Orte beschränken, wobei allerdings deren Erreichbarkeit auch in dünnbesiedelten Regionen durch ein hinreichend dichtes Netz gewährleistet sein muss (vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 3 ROG 2008). (amtlicher Leitsatz)

Rechtsgebiete:

Sonstiges besonderes Verwaltungsrecht, Kommunalrecht, Öffentliches Baurecht, Verwaltungsverfahren und -prozess, Umweltrecht, Staats- und Verfassungsrecht

Schlagworte:

Rechtsverordnung, Zitiergebot, Zweck, Ermächtigungsgrundlage, Eingangsformel, Landesentwicklungsplan

Fundstellen:

DÖV 2014, 849 (Ls.)
LKV 2014, 377 (Ls.)
LSK 2014, 430163

ECLI:

ECLI:DE:OVGBEBB:2014:0616.OVG10A8.10.0A

Rechtskraft:

nicht rechtskräftig

Text1

OBERVERWALTUNGSGERICHT BERLIN-BRANDENBURG
OVG 10 A 8.10
IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL
Verkündet am: 16. Juni 2014
Grasse, Justizbeschäftigte als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle
Sachgebiet Raumordnungs- und Landesplanungsrecht
Stichworte Rechtsverordnung; Delegation von Rechtssetzungskompetenzen; Landtag; Landesregierung; Zitiergebot; Ermächtigung zu gesetzesändernden, gesetzesergänzenden oder gesetzesabweichenden Rechtsverordnungen; Bestimmtheitsgebot; Mitwirkung des Landtags beim Erlass von Rechtsverordnungen; Benehmen; Unterrichtungspflicht; Normenkontrollverfahren; Antragsbefugnis; Planungshoheit der Gemeinden; Rechtsschutzinteresse; Gesamt- oder Teilnichtigkeit eines Plans; Raumordnungsplan; Landesentwicklungsplan; LEP B-B 2009; Ziele und Grundsätze der Raumordnung; Zusammenarbeit und

Kooperation zwischen den Bundesländern; gemeinsame Raumordnung und Landesplanung der Länder Berlin und Brandenburg; Kündigung; Zentralörtliche Gliederung; Zentrale Orte; Zentrale-Orte-System ohne die Stufe der Grundzentren; Oberzentrum, Mittelzentrum; Daseinsvorsorge; Grundversorgung für alle Bevölkerungsgruppen; dünnbesiedelte Regionen
Normen:
Leitsätze
In der Normenkontrollsache
1. der Gemeinde ...
Antragstellerin zu 1
bevollmächtigt: Rechtsanwälte ...,
2. der Stadt ...
Antragstellerin zu 2.,
bevollmächtigt: Rechtsanwälte ...
gegen
das Land Brandenburg, vertreten durch den Ministerpräsidenten, Heinrich-Mann-Allee 107, 14473 Potsdam,
Antragsgegner,
bevollmächtigt: Rechtsanwälte ...
hat der 10. Senat auf die mündliche Verhandlung vom 16. Juni 2014 durch die Vizepräsidentin des Oberverwaltungsgerichts Fitzner-Steinmann, den Richter am Oberverwaltungsgericht Dr. Jobs, die Richterin am Oberverwaltungsgericht Sieveking sowie die ehrenamtlichen Richter Krenke und Dr. Kühne für Recht erkannt:

Die von der Regierung des Landes Brandenburg erlassene Verordnung über den Landesentwicklungsplan Berlin-Brandenburg vom 31. März 2009 (Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Brandenburg, Teil II vom 14. Mai 2009, S. 186) einschließlich des darin zum Bestandteil der Verordnung erklärten Landesentwicklungsplans Berlin-Brandenburg ist unwirksam.
Der Antragsgegner trägt die Kosten des Verfahrens.
Das Urteil ist hinsichtlich der Kosten vorläufig vollstreckbar.
Der Antragsgegner darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe des aus dem Urteil vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Antragstellerinnen vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe des jeweils beizutreibenden Betrages leisten.
Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

Die Antragstellerinnen sind Gemeinden im Hoheitsgebiet des Landes Brandenburg. Sie wenden sich mit ihren Normenkontrollanträgen gegen einen von der Landesregierung als Rechtsverordnung erlassenen Raumordnungsplan, den Landesentwicklungsplan Berlin-Brandenburg (LEP B-B).
Die Antragstellerin zu 1. ist eine Gemeinde im Landkreis-Märkisch Oderland. Sie liegt im berlinnahen Raum östlich der Bundeshauptstadt und hat ca. 12.600 Einwohner. Die Bevölkerungsdichte beträgt 772 Einwohner je km2. Die Antragstellerin zu 1. verfügt über ein Industrie- und Gewerbegebiet und den großflächigen Einzelhandelsstandort (mit ca. 34.121 m2 Verkaufsfläche), u. a. mit einem Möbelmarkt, einem Baumarkt und Lebensmittelmärkten. Die Gemeinde war vor Inkrafttreten des LEP B-B als Selbstversorgerort in dem Teilregionalplan der Region Oderland-Spree festgelegt.

Die Antragstellerin zu 2. liegt im ländlichen, berlinfernen Raum der Hauptstadtregion Berlin-Brandenburg im Landkreis Teltow-Fläming. Die Gemeinde hat ca. 5.500 Einwohner, die in der Kernstadt und 13 Ortsteilen wohnen. Die Bevölkerungsdichte ist mit 32 Einwohnern je km2 relativ gering. Die Gemeinde liegt von den nächsten größeren Städten, J und H ca. 30 bis 40 km entfernt. Sie verfügt über mehrere Kindertagesstätten, eine Grundschule und eine Oberschule. Vor Inkrafttreten des LEP B-B war die Altgemeinde Stadt D im Regionalplan der Region Havelland-Fläming als Grundzentrum festgelegt. Der Regionalplan Havelland-Fläming wurde vom Oberverwaltungsgericht für das Land Brandenburg mit Urteil vom 9. Oktober 1997 wegen eines Bekanntmachungsfehlers für unwirksam erklärt.
Bis zum Inkrafttreten des LEP B-B wurde die Siedlungsstruktur im Land Brandenburg nach dem Prinzip der zentralörtlichen Gliederung mit drei Stufen zentraler Orte entwickelt. Es bestand die Stufung in Oberzentren, Mittelzentren und Grundzentren. Dabei legte der Landesentwicklungsplan Berlin-Brandenburg LEP I - Zentralörtliche Gliederung vom 4. Juli 1995 (GVBl. II S. 474) für das Land Brandenburg die Zentralen Orte der oberen und mittleren Stufe fest (Oberzentrum, Mittelzentrum mit Teilfunktionen eines Oberzentrums, Mittelzentrum, Mittelzentrum in Funktionsergänzung). Die Festlegung der Zentralen Orte der unteren Stufe (Zentrale Orte der Nahbereichsstufe: Grundzentren mit Teilfunktionen eines Mittelzentrums, Grundzentrum, Kleinzentrum) erfolgte in den Regionalplänen. Insgesamt waren im Hoheitsgebiet des Landes Brandenburg 152 Zentrale Orte, davon 115 Grund- und Kleinzentren, festgelegt.
Mit dem Staatsvertrag der Länder Berlin und Brandenburg über das Landesentwicklungsprogramm 2007 (LEPro 2007), dem der Landtag Brandenburg durch Gesetz zum Staatsvertrag vom 18. Dezember 2007 zugestimmt hat (GVBl. I S. 235), vereinbarten die Länder ein gemeinsames Landesentwicklungsprogramm. Diesem liegt das neue Leitbild „Stärken stärken" zugrunde. Als Grundsatz der Raumordnung ist dort festgelegt, dass die Hauptstadtregion räumlich polyzentral entwickelt werden soll. Vorhandene Stärken sollen vorrangig genutzt und ausgebaut werden (vgl. § 1 Abs. 2 LEPro 2007). Nach dem Grundsatz § 3 LEPro 2007 soll die Hauptstadtregion nach den Prinzipien der zentralörtlichen Gliederung entwickelt werden. Zentrale Orte sollen als Siedlungsschwerpunkte und Verkehrsknoten für ihren Versorgungsbereich räumlich gebündelt Wirtschafts-, Einzelhandels-, Kultur-, Freizeit-, Bildungs-, Gesundheits- und soziale Versorgungsfunktionen erfüllen.
Bereits bei einem Treffen der Regierungschefs und weiterer Regierungsmitglieder der Länder Berlin und Brandenburg am 27. Juni 2005 hatten diese sich darauf verständigt, die gemeinsame Landesplanung dahingehend grundlegend zu überarbeiten, dass diese von einem Interessenausgleichsinstrument zu einer Grundlage für die Wachstumsförderung und Infrastrukturentwicklung für den gemeinsamen Raum umgestaltet wird. Daraufhin erstellte die Gemeinsame Landesplanungsabteilung einen Entwurf des LEP B-B, den der Senat von Berlin und die Landesregierung Brandenburg am 21. August 2007 zur Kenntnis nahmen. Die Gemeinsame Landesplanungsabteilung führte in der Zeit vom 15. Oktober 2007 bis zum 15. Januar 2008 ein Beteiligungsverfahren durch, an dem sich auch die Antragstellerinnen beteiligten. Danach erstellte sie einen Bericht über das Erarbeitungsverfahren zum LEP B-B, in dem u. a. eine zusammenfassende Darstellung der Abwägung der öffentlichen und privaten Belange auf der Grundlage der Prüfung der Anregungen und Bedenken und Abwägungsvoten auch zum Vorbringen der Antragstellerinnen enthalten ist.
Anschließend leitete die Landesregierung Brandenburg den überarbeiteten Planentwurf

und den Bericht über das Erarbeitungsverfahren dem Landtagsausschuss für Infrastruktur und Raumordnung zur Unterrichtung mit der Gelegenheit zur Stellungnahme zu. Dieser nahm ihn in seiner Sitzung vom 15. Januar 2009 zur Kenntnis. Ausweislich des Ausschussprotokolls stellte die Ausschussvorsitzende fest, dass Einigkeit herrsche, keine gemeinsame Stellungnahme des Ausschusses abzugeben. Auf ein Schreiben des Städte- und Gemeindebundes Brandenburg vom 17. Januar 2009, der im Beteiligungsverfahren den Entwurf des LEP B-B abgelehnt hatte, da der Verzicht auf Zentrale Orte unterhalb der Mittelzentren die übrigen Städte und Gemeinden sowie die ländlichen Räume ihrer Entwicklungsoptionen beraube und dazu führe, dass die Daseinsvorsorge außerhalb der Mittel- und Oberzentren nicht mehr gewährleistet werde, diskutierte der Ausschuss in seiner Sitzung vom 12. Februar 2009 die Verfahrensweise erneut. Im Anschluss daran teilte die Ausschussvorsitzende mit Schreiben vom 17. Februar 2009 mit, dass der Ausschuss den Entwurf des LEP B-B mit dem Bericht über das Erarbeitungsverfahren gemäß Art. 8 Abs. 5 Landesplanungsvertrag zur Kenntnis genommen habe.
Am 31. März 2009 erließen die Regierung des Landes Brandenburg und der Senat von Berlin jeweils die Verordnung über den Landesentwicklungsplan Berlin-Brandenburg. Der Text der von der Regierung des Landes Brandenburg erlassenen Verordnung, deren Bestandteil der LEP B-B ist, wurde von der Landesregierung durch den damaligen Ministerpräsidenten und den Minister für Infrastruktur und Raumordnung ausgefertigt. Die Verkündung der Verordnung erfolgte am 14. Mai 2009 in Berlin (GVBl. S. 182) und Brandenburg (GVBl. II S. 186). Die Verordnung über den Landesentwicklungsplan des Landes Brandenburg lautet auszugsweise: Aufgrund des Artikels 8 Absatz 6 des Landesplanungsvertrages in der Fassung der Bekanntmachung vom 10. Februar 2008 (GVBl. I S. 42) in Verbindung mit Artikel 1 des Gesetzes zu dem Staatsvertrag der Länder Berlin und Brandenburg über das Landesentwicklungsprogramm 2007 (LEPro 2007) und die Änderung des Landesplanungsvertrages vom 18. Dezember 2007 (GVBl. I S. 235) und § 4 des Brandenburgischen Landesplanungsgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. Dezember 2002 (GVBl. 2003 I S. 9) verordnet die Landesregierung im Benehmen mit dem Ausschuss für Infrastruktur und Raumordnung des Landtages:
§ 1
Der Landesentwicklungsplan Berlin-Brandenburg (LEP B-B), der als Anlage zu dieser Verordnung veröffentlicht wird, ist Bestandteil dieser Verordnung. Er besteht aus textlichen und zeichnerischen Festlegungen (Landesentwicklungsplan Berlin-Brandenburg (LEP B-B), Festlegungskarte 1 - Gesamtraum im Maßstab 1 : 250 000 und Festlegungskarte 2 -Städtische Kernbereiche gemäß Plansatz 4.8 (G) Absatz 3 im Maßstab 1 : 250000).
Der LEP B-B enthält insbesondere ein verändertes Zentrale-Orte-System, das neben der Metropole Berlin im Hoheitsgebiet des Landes Brandenburg zwei Stufen Zentraler Orte kennt, nämlich das Oberzentrum und das Mittelzentrum bzw. Mittelzentrum in Funktionsteilung. Der LEP B-B regelt das Zentrale-Orte-System abschließend und ersetzt die Festlegung von Zentralen Orten in den Regionalplänen. Eine Festlegung Zentraler Orte der unteren Stufe (Grundzentren) erfolgte nicht. Die Versorgung der Bevölkerung mit Gütern und Dienstleistungen des Grundbedarfs soll nach dem Grundsatz 2.4 LEP B-B innerhalb der amtsfreien Gemeinden und innerhalb der Ämter für die amtsangehörigen Gemeinden abgesichert werden. Hinsichtlich des Zentrale-Orte-Systems enthält der LEP B-B folgende Festlegungen: (Z)
In der Hauptstadtregion Berlin-Brandenburg werden als Zentrale Orte die Metropole, Oberzentren und Mittelzentren, einschließlich der Mittelzentren in Funktionsteilung,

abschließend festgelegt. (G)
Mit dem System Zentraler Orte soll ein tragfähiges Netz technischer und sozialer Infrastruktureinrichtungen des gehobenen und spezialisierten höheren Bedarfes gesichert und entwickelt werden. (G)
Zentralörtliche Funktionen sollen im Funktionsschwerpunkt der Mittelzentren räumlich konzentriert werden. In der Metropole Berlin und den Oberzentren sind die polyzentralen Strukturen in ihrer Funktion zu erhalten und weiter zu stärken. (G)
Die Versorgung der Bevölkerung mit Gütern und Dienstleistungen des Grundbedarfes soll innerhalb der amtsfreien Gemeinden und innerhalb der Ämter für die amtsangehörigen Gemeinden abgesichert werden. (Z)
Metropole ist die Bundeshauptstadt Berlin.
2.6 (G)
In der Metropole sollen über die oberzentralen Funktionen hinaus die Infrastruktur und die Standorte von metropolitanen Funktionen wie Entscheidungs- und Kontrollfunktionen, Innovations- und Wettbewerbsfunktionen, Zugänglichkeit und Symbolfunktionen gesichert und entwickelt werden. Die Metropole Berlin hat zentralörtliche Bedeutung im europäischen Maßstab und ist als Wirtschafts-, Wissenschafts-, Kultur-, Bildungs-, Sport-, Handels-, Messe- und politisches Zentrum zu stärken. (Z)
Oberzentren sind die Landeshauptstadt Potsdam, Cottbus, Brandenburg an der Havel und Frankfurt (Oder). (G)
Auf die Oberzentren sollen die hochwertigen Raumfunktionen der Daseinsvorsorge mit überregionaler Bedeutung konzentriert werden. Dies sind insbesondere: Wirtschafts- und Siedlungsfunktionen,
• Einzelhandelsfunktionen,
• Kultur- und Freizeitfunktionen,
• Verwaltungsfunktionen,
• Bildungs-, Wissenschafts-, Gesundheits-, soziale Versorgungsfunktionen sowie großräumige Verkehrsknotenfunktionen.
Dazu sollen die in den Oberzentren vorhandenen vielfältigen Angebote an Gütern und Leistungen des spezialisierten höheren Bedarfes dem Nachfragepotenzial entsprechend gesichert, im Einzelfall qualifiziert werden. (Z)
Mittelzentren sind Bad Freienwalde (Oder), Beeskow, Belzig, Bernau bei Berlin, Eberswalde, Eisenhüttenstadt, Erkner, Falkensee, Finsterwalde, Forst (Lausitz), Fürstenwalde/Spree, Guben, Hennigsdorf, Herzberg (Elster), Jüterbog, Königs Wusterhausen, Kyritz, Lübben (Spreewald), Lübbenau/Spreewald, Luckenwalde, Ludwigsfelde, Nauen, Neuenhagen bei Berlin, Neuruppin, Oranienburg, Prenzlau, Rathenow, Schwedt/Oder, Seelow, Spremberg, Strausberg, Teltow, Templin und Zossen.
Mittelzentren in Funktionsteilung sind Elsterwerda - Bad Liebenwerda, Lauchhammer - Schwarzheide, Perleberg - Wittenberge, Pritzwalk - Wittstock/Dosse, Schönefeld - Wildau, Senftenberg - Großräschen, Werder (Havel) - Beelitz und Zehdenick - Gransee. (G)
In den Mittelzentren sollen für den jeweiligen Mittelbereich die gehobenen Funktionen der Daseinsvorsorge mit regionaler Bedeutung konzentriert werden. Dazu gehören insbesondere: Wirtschafts- und Siedlungsfunktionen,
• Einzelhandelsfunktionen,
• Kultur- und Freizeitfunktionen,
• Verwaltungsfunktionen,
• Bildungs-, Gesundheits-, soziale Versorgungsfunktionen sowie überregionale Verkehrsknotenfunktionen.

Dazu sollen die in den Mittelzentren vorhandenen Angebote an Gütern und Dienstleistungen des gehobenen Bedarfes dem Nachfragepotenzial entsprechend gesichert, teilweise auch qualifiziert werden. (G)
Die jeweils als Mittelzentren in Funktionsteilung festgelegten Gemeinden sollen gemeinsam die Versorgungsfunktion für den gemeinsamen Mittelbereich übernehmen und dazu eine enge Abstimmung über die jeweilige mittelzentrale Funktionswahrnehmung durchführen. Verbindliche Kooperationsformen sollen dafür die Basis bilden. (G)
Die Mittelzentren sollen gemeinsam mit den Gemeinden ihres Mittelbereiches Entwicklungskonzepte für den Mittelbereich entwickeln. Auf dieser Basis soll eine enge Zusammenarbeit zwischen dem Zentralen Ort und den Gemeinden seines Verflechtungsbereiches angestrebt werden.
Die Antragstellerinnen wurden im LEP B-B nicht als Zentrale Orte festgelegt. Die Antragstellerin zu 1. ist dem Mittelbereich des Mittelzentrums der Nachbargemeinde N bei Berlin und die Antragstellerin zu 2. dem Mittelbereich des ca. 30 km entfernt liegenden Mittelzentrums J zugehörig. Im Hoheitsgebiet des Landes Brandenburg wurden im LEP B-B im Vergleich zu der Rechtslage nach dem LEP I die Anzahl der Zentralen Orte von 152 auf 54 reduziert.
Die Rechtsfolgen des Zentrale-Orte-Systems werden nach den im LEP B-B festgelegten Zielen der Raumordnung durch das Konzentrationsprinzip geprägt. Die Siedlungsentwicklung wird auf Zentrale Orte ausgerichtet. Nach dem Ziel 4.5 Abs. 1 LEP B-B ist die Entwicklung von Siedlungsflächen, in denen auch Wohnnutzungen zulässig sein sollen (Wohnsiedlungsflächen), möglich (1.) in Zentralen Orten ohne Gestaltungsraum Siedlung, (2.) im in der Festlegungskarte 1 festgelegten Gestaltungsraum Siedlung, (3.) in Nicht-Zentralen Orten durch Innenentwicklung sowie im Rahmen der zusätzlichen Entwicklungsoption, (4.) innerhalb von Gemeinden mit dem festgelegten Gestaltungsraum Siedlung in Siedlungsbereichen außerhalb des Gestaltungsraums Siedlung durch Innenentwicklung sowie im Rahmen der zusätzlichen Entwicklungsoption dieser Siedlungsbereiche. Auch der großflächige Einzelhandel wird hin zu Zentralen Orten gesteuert. Nach dem Ziel 4.7 Abs. 1 LEP B-B sind großflächige Einzelhandelseinrichtungen im Sinne von § 11 Abs. 3 BauNVO vorbehaltlich des Abs. 6 nur in Zentralen Orten zulässig. Allerdings sieht der LEP B-B in Ziel 4.7 Abs. 5 und 6 besondere Regelungen für die Veränderung vorhandener oder genehmigter großflächiger Einzelhandelseinrichtungen vor und die Errichtung oder Erweiterung großflächiger Einzelhandelseinrichtungen wird abweichend von Abs. 1 unter bestimmten Voraussetzungen außerhalb Zentraler Orte ermöglicht. Wegen der näheren Einzelheiten wird auf die textlichen Festlegungen des LEP B-B (GVBl. II S. 192 ff.) Bezug genommen.
Mittelbar hat das Zentrale-Orte-System auch fiskalische Folgen für die Gemeinden. Neben den allgemeinen Schlüsselzuweisungen (§§ 7 ff. Brandenburgisches Finanzausgleichsgesetz- BbgFAG) erhalten nach dem durch Gesetz vom 27. Oktober 2006 (GVBl. I S.118) eingefügten § 14a Abs. 1 Satz 1 BbgFAG die Gemeinden, die nach der Landesplanung als Mittelzentrum festgestellt worden sind oder Sitz der Verwaltung eines Landkreises sind, als Mehrbelastungsausgleich einen Ausgleichsbetrag in Höhe von 800.000 Euro. Die in § 8 Abs. 3 BbgFAG vom 29. Juni 2004 (GVBl. I S.262) enthaltene Regelung, die durch einen höheren Gemeindegrößenansatz zu einer höheren Schlüsselzuweisung für Gemeinden führte, die als Mittelzentrum, Grundzentrum und Kleinzentrum festgestellt worden sind, ist durch das Gesetz vom 27. Oktober 2006 mit Wirkung ab dem 2. November 2006 aufgehoben worden.
Mit dem LEP B-B werden ausweislich seiner Begründung (GVBl. II 2009, S. 187)

verschiedene Regelungen „abgelöst", insbesondere § 3 Abs. 1 Brandenburgisches Landesplanungsgesetz - BbgLPlG - und der Landesentwicklungsplan Brandenburg LEP I - Zentralörtliche Gliederung -. Der Landesentwicklungsplan Flughafenstandortentwicklung - LEP FS - (vgl. Verordnung zur Änderung der Verordnung über den Landesentwicklungsplan Flughafenstandortentwicklung vom 30. Mai 2006, GVBl. II S. 154) hat hingegen als sachlicher und räumlicher Teilplan in vollem Umfang Bestand und überlagert insoweit die Festlegungen des LEP B-B. Das Ziel 6.6 Abs. 3 LEP B-B regelt, dass das Ziel der Raumordnung Z 1 LEP FS unberührt bleibt.
Die Antragstellerin zu 1. hat am 3. Mai 2010, die Antragstellerin zu 2. am 12. Mai 2010 einen Normenkontrollantrag gestellt. Zur Begründung tragen sie im Wesentlichen vor:
Die Normenkontrollanträge, mit denen begehrt werde, die von der Regierung des Landes Brandenburg erlassene Verordnung über den LEP B-B für unwirksam zu erklären, seien zulässig.
Sie seien antragsbefugt, denn sie könnten geltend machen, durch die Festlegungen des LEP B-B in ihrer verfassungsrechtlich garantierten Planungshoheit verletzt zu sein.
Sie seien zur Wahrung ihrer Rechte nicht gehalten, auch die entsprechende Rechtsverordnung des Landes Berlin anzugreifen. Die gemeinsamen Landesentwicklungspläne würden von den Regierungen der Länder jeweils als Rechtsverordnung mit Geltung für das eigene Hoheitsgebiet erlassen. Als Gemeinden im Hoheitsgebiet des Landes Brandenburg würden sie nur durch die Rechtsverordnung des Landes Brandenburg in ihrer Planungshoheit verletzt. Sie müssten ihren Antrag daher nicht gegen das Land Berlin richten.
Die Antragstellerin zu 1. ist der Ansicht, dass der LEP B-B nicht ordnungsgemäß zustande gekommen sei. Bei der Aufstellung des Plans sei der Landtag nicht gemäß Art. 8 Abs. 5 LPlV i. V. m. § 4 LPlG beteiligt worden, weil das Benehmen mit dem zuständigen Fachausschuss des Landtages nicht hergestellt worden sei. Dies bedeute, dass die Auffassung des Gremiums, mit dem das Benehmen herzustellen ist, bei der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen sei, was eine entsprechende Stellungnahme des Ausschusses erfordere. Eine solche habe der Ausschuss für Infrastruktur und Raumordnung nicht abgegeben.
Der LEP B-B leide auch unter einem Fehler, da die Landesregierung ihrer Verpflichtung nach Art. 94 Abs. 1 LV Bbg, den Landtag über die Vorbereitung von Verordnungen und Grundsatzfragen der Raumordnung frühzeitig und vollständig zu unterrichten, nicht nachgekommen sei. Die Unterrichtung durch den Chef der Staatskanzlei vom 4. September 2007 sei unvollständig, weil der von der Landesregierung zur Kenntnis genommene Entwurf des LEP B-B dem Landtag nicht übergeben worden sei und die Parlamentarier so über den Wegfall der Zentralen Orte unterhalb der Mittelzentren im Unklaren gelassen worden seien.
Darüber hinaus fehle es an einer ordnungsgemäßen Ausfertigung des LEP B-B durch den Ministerpräsidenten. Dieser habe die textlichen und zeichnerischen Festlegungen des Landesentwicklungsplans sowie die lose beigefügten undatierten Festlegungskarten nicht unterzeichnet, so dass sich eine „gedankliche Schnur" zu der Anlage nicht herstellen lasse.
Der LEP B-B sei auch materiell rechtswidrig, weil er gegen höherrangiges Recht verstoße.
Nach Auffassung der Antragstellerin zu 2. verfügt der LEP B-B über keine hinreichende Ermächtigungsgrundlage. Der Antragsgegner habe durch den Verzicht auf eine Ausweisung von Grund- und Kleinzentren im LEP B-B einen grundlegenden Systemwechsel in der Landesplanung vollzogen, der nach dem Parlamentsvorbehalt und der Wesentlichkeitstheorie einer Entscheidung durch das Landesparlament bedurft hätte.

Die Antragstellerinnen sind der Ansicht, dass das Zentrale-Orte-System aus Oberzentren und Mittelzentren unter Verzicht auf die Festlegung von Grundzentren gegen das Ziel der Raumordnung in § 3 Abs. 1 Nr. 1 BbgLPIG verstoße. Diese Regelung verliere nicht aufgrund des § 3 Abs. 2 Satz 1 BbgLPIG ihre Geltung. Der LEP B-B sei kein Fall einer ausnahmsweise materiell verfassungsrechtlich zulässigen gesetzesändernden Rechtsverordnung.
Die Antragstellerin zu 2. rügt mit einem am 11. November 2010 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz eine Verletzung des Zitiergebotes (Art. 80 S. 3 LV Bbg) durch die Rechtsverordnung. Dem hat sich die Antragstellerin zu 1. in der mündlichen Verhandlung angeschlossen. Auch § 3 Abs. 2 Satz 1 BbgLPlG sei als Ermächtigungsgrundlage für den Erlass der Verordnung über den LEP B-B anzusehen. Diese Norm werde im Vorspruch der Verordnung nicht als Rechtsgrundlage zitiert, obwohl der Verordnungsgeber die Ermächtigungsgrundlage vollständig in der Verordnung anzugeben habe.
Die Antragstellerin zu 2. meint ferner, aus den in § 2 Abs. 2 Nr. 1 und 2 Raumordnungsgesetz 2008 - ROG 2008 - niedergelegten Grundsätzen der Raumordnung folge, dass das Land eine Pflicht zur Sicherung der Daseinsvorsorge, zur Erreichbarkeit von Einrichtungen und Angeboten der Grundversorgung für alle Bevölkerungsgruppen mit den Mitteln der Raumordnung habe. Wie diese Sicherung im Einzelnen erfolgen solle, regele der LEP B-B nicht. Der Plangeber habe es einzig bei dem unverbindlichen Grundsatz 2.4 LEP B-B belassen. Dies widerspreche dem Konkretisierungsgebot des § 2 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 3 Satz 1 ROG 2008. Zudem sei das Gebot der Konfliktbewältigung als Ausformung des Abwägungsgebotes verletzt, weil der Plangeber nicht geregelt habe, wie die mittelzentrale Verantwortungsgemeinschaft ausgeübt werden müsse.
Die Antragstellerinnen rügen zudem, dass der Wegfall der Zentralen Orte der Nahbereichsstufe und die bei ihnen unterbliebene Zuweisung einer zentralörtlichen Funktion sowie die daran anknüpfenden raumordnerischen Vorgaben sie in ihrer Planungshoheit (Art. 28 GG, Art. 97 LV Bbg) verletzten. Der Antragsgegner habe der Bedeutung der Planungshoheit nicht hinreichend Rechnung getragen.
Ferner vertreten die Antragstellerinnen die Auffassung, bei der Aufstellung des LEP B-B sei dem Abwägungsgebot (Art. 8 Abs. 4 i. V. m. Art. 7 Abs. 4 LPlV) nicht Genüge getan worden. Insbesondere liege hinsichtlich der Entscheidung, auf eine Festlegung der Zentralen Orte der unteren Stufe (Grundzentren, Nahversorgungszentren) zu verzichten, ein Abwägungsausfall vor, da eine echte Abwägung im Rahmen des Verordnungsverfahrens nicht stattgefunden habe. Vielmehr habe der Verzicht auf die Ausweisung von Grundzentren bereits vor Abschluss des Verordnungsverfahrens im Rahmen der Änderung des Brandenburgischen Finanzausgleichsgesetzes durch Gesetz vom 27. Oktober 2006 festgestanden. Diesem Gesetz habe bereits der Verzicht auf die Ausweisung von Zentren der Nahversorgung zugrunde gelegen. Etwas anderes habe im Abwägungsverfahren zum LEP B-B nicht ernsthaft zur Disposition gestanden.
Die Antragstellerinnen tragen zudem vor, dass sie ungeachtet ihrer fehlenden raumordnungsrechtlichen Ausweisung als Zentraler Ort zentralörtliche Funktionen wahrnehmen müssten. Dies führe bei der Antragstellerin zu 2. zu Einnahmeausfällen in Höhe von rund 2,3 Mio. Euro. Sie erhalte in Anwendung des geltenden Finanzausgleichsgesetzes nur gekürzte Schlüsselzuweisungen. Dies sei u. a. der Grund dafür, dass sie seit 2011 einen Haushaltsausgleich nicht mehr erreichen könne und auf der Grundlage eines Haushaltsentwicklungskonzeptes zu arbeiten habe. Das Mittelzentrum J könne Aufgaben für die ihm zugeordnete Antragstellerin zu 2. infolge räumlich großer

Entfernung von etwa 30 km nicht wahrnehmen.
Die Antragstellerin zu 1. macht weiter geltend, dass der LEP B-B abwägungsfehlerhaft sei, weil er die Besonderheiten der Gemeinden im Berliner Umland nicht berücksichtige. Der sehr geringe Anteil der Zentralen Orte werde den raumordnungsrechtlichen Erfordernissen nicht gerecht. Die Zielfestlegung, dass großflächige Einzelhandelseinrichtungen nur in Zentralen Orten zulässig seien, stelle einen unzulässigen Eingriff in ihre Planungshoheit dar. Der in der Gemeinde bestehende Baumarkt solle insbesondere um einen „Baustoff-Drive-In" erweitert werden. Sie habe daher einen Vorentwurf für einen Änderungsbebauungsplan zum Multicenter F erarbeiten lassen.
Die Antragstellerinnen beantragen,
die von der Regierung des Landes Brandenburg erlassene Verordnung über den Landesentwicklungsplan Berlin-Brandenburg vom 31. März 2009 (GVBl. II S. 186) einschließlich des darin zum Bestandteil der Verordnung erklärten Landesentwicklungsplans Berlin-Brandenburg (LEP B-B) für unwirksam zu erklären.
Der Antragsgegner beantragt,
die Normenkontrollanträge zurückzuweisen.
Er hält die Anträge für unzulässig, weil ihnen das Rechtsschutzinteresse bzw. Rechtsschutzbedürfnis fehle. Diese seien für jede Bestimmung der Rechtsverordnung gesondert zu prüfen. Normenkontrollanträgen, die sich gegen die Antragstellerinnen nicht betreffende Normen richteten, wie die Zielfestlegung des LEP B-B zum Linienflugverkehr und Pauschalflugreiseverkehr auf dem Verkehrsflughafen Berlin Brandenburg International oder die Festlegungen zu Nutzungen militärischer und ziviler Konversionsflächen, sei das Rechtsschutzbedürfnis abzusprechen.
Den Anträgen fehle auch deshalb das Rechtsschutzinteresse, weil die Antragstellerinnen die isolierte Aufhebung der von der Regierung des Landes Brandenburg erlassenen Verordnung über den Landesentwicklungsplan BerlinBrandenburg begehrten. Die Länder Berlin und Brandenburg betrieben eine auf Dauer angelegte gemeinsame Raumordnung und Landesplanung. Die Gemeinsamkeit der Landesentwicklungsplanung sei Kern des Landesplanungsvertrages der Hauptstadtregion. Eine isolierte Aufhebung einer Rechtsverordnung scheitere an der Gemeinsamkeit der Landesplanung in Berlin und Brandenburg, wie sie insbesondere in Art. 8 Abs. 6 LPIV zum Ausdruck komme. Für eine isolierte Aufhebung der brandenburgischen Rechtsverordnung fehle das Rechtsschutzinteresse, weil sie in Umsetzung der gesetzlichen Verpflichtung aus Art. 8 Abs. 6 LPIV umgehend wieder in Kraft zu setzen wäre.
Die Anträge seien auch unbegründet.
Die Verordnung über den LEP B-B sei formell rechtmäßig zustande gekommen, jedenfalls sei eine Verletzung von Verfahrens- und Formvorschriften nach Art. 9 Abs. 1 LPlV unbeachtlich, da diese nicht innerhalb eines Jahres nach der öffentlichen Bekanntmachung der Verordnung geltend gemacht worden seien.
Bei der Aufstellung des LEP B-B sei der zuständige Fachausschuss des Landtages ordnungsgemäß beteiligt worden. Der Umstand, dass der Ausschuss für Infrastruktur und Raumordnung am 15. Januar 2009 keine Stellungnahme zum LEP B-B abgegeben, diesen aber zur Kenntnis genommen habe, führe nicht dazu, dass das Benehmen nicht hergestellt worden wäre. Eine Verletzung der Unterrichtungspflicht nach Art. 94 LV Bbg sei weder festzustellen noch würde dies zu einem Erfolg der Normenkontrolle führen. Mit dem Schreiben des Chefs der Staatskanzlei vom 4. September 2007 sei das Parlament über die relevanten Planungsabsichten vor Durchführung und Abschluss des Beteiligungsverfahrens umfassend informiert worden. Insofern habe es innerhalb des politischen

Beurteilungsspielraums der Regierung gelegen, die Unterrichtung auf die zu diesem Zeitpunkt mitteilungsreifen Planungsgegenstände zu beschränken. Im Übrigen sei die Unterrichtung kein Gültigkeitserfordernis für Rechtsverordnungen.
Auch ein Ausfertigungsmangel sei nicht erkennbar. Zwar seien die zum Landesentwicklungsplan gehörenden Festlegungskarten nicht eigens ausgefertigt worden, es sei jedoch durch eindeutige Angaben im Verordnungstext eine „gedankliche Schnur" zwischen den Karten und der Verordnung hergestellt worden, da die Verordnung auf zwei bestimmte und genau bezeichnete Karten Bezug nehme.
Der LEP B-B sei auch materiell rechtmäßig. Er habe mit Art. 8 LPIV eine wirksame gesetzliche Ermächtigungsgrundlage. Dabei sei insbesondere die Ausgestaltung der zentralörtlichen Gliederung nach Art. 8 Abs. 2 Nr. 1 LPIV dem Inhalt des Landesentwicklungsplans vorbehalten worden, was unter dem Blickwinkel des Parlamentsvorbehalts unbedenklich sei. Der Gesetzesvorbehalt verpflichte dazu, in grundlegenden normativen Bereichen, zu denen vor allem die Grundrechtsverwirklichung zähle, alle wesentlichen Entscheidungen durch den Gesetzgeber zu treffen. Weder das Grundgesetz noch die Landesverfassung enthielten einen Totalvorbehalt, nach dem alle mehr oder weniger bedeutsamen Fragen vom Gesetzgeber zu entscheiden seien. Über den Inhalt und die konkrete Ausgestaltung der zentralörtlichen Gliederung müsse nicht durch Gesetz entschieden werden.
Ein Verstoß gegen § 3 Abs. 1 Nr. 1 BbgLPlG liege nicht vor. § 3 Abs. 2 Satz 1 BbgLPlG regele, dass die in Absatz 1 enthaltenen Ziele nur so lange fortgälten, bis sie durch Wirksamwerden entsprechender oder widersprechender Ziele in den gemeinsamen Landesentwicklungsplänen ersetzt werden, was verfassungsrechtlich nicht zu kritisieren sei. Die Öffnungsklausel habe lediglich vorweggenommen, dass im Falle der Aufstellung eines Landesentwicklungsplans, der entgegenstehende Ziele der Raumordnung normiere, keine nochmalige Befassung des Parlaments notwendig werde. Der Gesetzgeber habe bereits vorab verfügt, dass eine Rechtsverordnung, die dem Maßstab des Art. 8 LPlV entspreche, entgegenstehende Ziele der Raumordnung regeln könne.
Auch gegen das in Art. 80 Satz 3 LV Bbg geregelte Zitiergebot werde nicht verstoßen. Die Antragstellerinnen verkennten den Unterschied zwischen der Ermächtigungsgrundlage einer Rechtsverordnung und der Norm, die die Rechtmäßigkeit des Inhalts der Rechtsverordnung begründe. Ermächtigungsgrundlage des LEP B-B sei Art. 8 Abs. 6 LPlV. § 3 Abs. 2 Satz 1 BbgLPlG enthalte keine Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen, sondern habe nur klarstellende Natur. Geregelt würden, wie der Antragsgegner in der mündlichen Verhandlung ausgeführt hat, nur die Konsequenzen bei Aufstellung gemeinsamer Landesentwicklungspläne nach Art. 8 LPlV. Damit werde lediglich klarstellend der Grundsatz „lex posterior derogat legi priori" zum Ausdruck gebracht. Es würden entgegenstehende Ziele der Raumordnung (hier: § 3 Abs. 1 Nr. 1 BbgLPlG) unwirksam, wenn sie durch spätere gemeinsame Landesentwicklungspläne ersetzt würden. § 3 Abs. 2 Satz 1 BbgLPlG könne hinweggedacht und der LEP B-B gleichwohl rechtmäßig erlassen werden. Im Übrigen führe selbst ein Verstoß gegen das Zitiergebot nicht zur Unwirksamkeit der Verordnung. Der Einwand sei vielmehr nach Art. 9 Abs. 1 LPlV unbeachtlich, weil er nicht innerhalb der Jahresfrist vorgetragen worden sei.
Die Gewährleistung der Grundversorgung der Bevölkerung werde durch den LEP B-B nicht in Frage gestellt. Zum einen seien die von der Antragstellerin zu 2. angesprochenen Regelungen des Raumordnungsgesetzes 2008 zum Zeitpunkt der Verkündung des LEP B-B noch nicht in Kraft gewesen. Zum anderen nehme der LEP B-B mit dem Grundsatz 2.4 explizit darauf Bezug, dass die Versorgung der Bevölkerung mit Gütern und

Dienstleistungen des Grundbedarfs innerhalb der amtsfreien Gemeinden und innerhalb der Ämter für die amtsangehörigen Gemeinden abgesichert werden solle, was bereits der Pflicht aus § 2 der Kommunalverfassung entspreche. Ein derartiger planerischer Ansatz liege innerhalb seiner Gestaltungsfreiheit.
Der Wegfall der Zentralen Orte der Nahbereichsstufe verletze nicht die kommunale Planungshoheit. Das Zentrale-Orte-Prinzip sei nicht Ausfluss des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG, da die Rechtsstellung den Gemeinden durch einen außergemeindlichen Planungsträger zugewiesen werde. Die Veränderung des zentralörtlichen Prinzips könne daher keinen Eingriff in die kommunale Selbstverwaltungsgarantie darstellen. Bei der Aufstellung des LEP B-B seien auch keine Abwägungsfehler unterlaufen. Insbesondere habe die zum 1. Januar 2007 und damit ca. 2,5 Jahre vor Erlass des LEP B-B in Kraft getretene Änderung des Finanzausgleichsgesetzes nicht zu einem Abwägungsausfall des Plangebers geführt. Gegenstand des Rechtsstreits sei der LEP B-B. Die Rügen der Antragstellerinnen richteten sich hingegen gegen das Finanzausgleichssystem des Landes Brandenburg. § 14a BbgFAG sei eine landesgesetzliche Regelung, die Mittelzentren finanzielle Zuweisungen gewähre. Sie bedeute hingegen nicht, dass die Landesplanung gehindert wäre, Grundzentren festzulegen. Die Norm treffe keine landesplanerischen Vorentscheidungen. Auch im Hinblick auf die konkrete Situation der Antragstellerinnen zu 1. und 2 seien bei der Aufstellung des LEP B-B Abwägungsfehler nicht unterlaufen.
Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf den Inhalt der Gerichtsakten und die vom Antragsgegner vorgelegten Verwaltungsvorgänge (46 Leitzordner) Bezug genommen, die vorgelegen haben und - soweit erforderlich - zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht worden sind.

Entscheidungsgründe

Die Normenkontrollanträge sind zulässig (I.) und begründet (II.).
I. Die Anträge, die von der Regierung des Landes Brandenburg erlassene Verordnung über den LEP B-B für unwirksam zu erklären, sind zulässig.
1. Die Normenkontrollen sind statthaft. Das Oberverwaltungsgericht entscheidet im Rahmen seiner Gerichtsbarkeit nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO auf Antrag über die Gültigkeit u. a. von „anderen" im Rang unter dem Landesgesetz stehenden Rechtsvorschriften, sofern das Landesrecht dies bestimmt.
Die angegriffene Verordnung über den LEP B-B ist mit ihren Festlegungen eine im Rang unter dem Landesgesetz stehende Rechtsvorschrift. Zu den Rechtsvorschriften gehören Rechtsverordnungen. Denen stehen Vorschriften gleich, die dadurch Rechtsnormqualität erlangt haben, dass sie unabhängig von ihrem materiellen Gehalt durch Rechtsverordnung für verbindlich erklärt worden sind (BVerwG, Urteil vom 20. November 2003 - BVerwG 4 CN 6/03 -, BVerwGE 119, 217, juris Rn. 25 m. w. N.). Der Landesentwicklungsplan LEP B-B wurde von den Regierungen der - 16 vertragsschließenden Länder gemäß Art. 8 Abs. 6 Satz 1 Landesplanungsvertrag -LPlV - in der hier maßgeblichen Fassung der Bekanntmachung vom 10. Februar 2008 (GVBl. I S. 42) als Rechtsverordnung erlassen. Der LEP B-B mit seinen textlichen und zeichnerischen landesplanerischen Festlegungen als Zielen und Grundsätzen der Raumordnung (§ 3 Nr. 2 und 3 ROG 1998/2008) ist damit eine der Normenkontrolle unterliegende Rechtsvorschrift im Sinne des § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO. In der Rechtsprechung ist geklärt, dass in einem Raumordnungsplan enthaltene Ziele der Raumordnung Rechtsvorschriften im Sinne von § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO sind (BVerwG, Beschluss vom 15. Juni 2009 - BVerwG 4 BN 10/09 -, NVwZ 2009, 1226, juris Rn. 6). Gleiches gilt, soweit der LEP B-B Grundsätze der Raumordnung festlegt, die nach § 3 Nr. 3 ROG vom 18. August 1997 - ROG 1998 - (BGBl. I S. 2081) als Vorgaben für

nachfolgende Abwägungs- oder Ermessensentscheidungen zu dienen bestimmt sind und die an und für sich einer anderen Normkategorie zuzuordnen wären. Da auch die Grundsätze der Raumordnung als Teil des LEB B-B förmlich als Rechtsverordnung erlassen und dabei unabhängig von ihrem materiellen Gehalt durch Rechtsverordnung für verbindlich erklärt worden sind, handelt es sich um der Normenkontrolle unterliegende Rechtsvorschriften (vgl. BVerwG, Urteil vom 20. November 2003, a. a. O., juris Rn. 25; Beschluss vom 15. Juni 2009, a. a. O., juris Rn. 8; BayVGH, Urteil vom 22. Januar 2009 - 4 N 08.708 -, juris Rn. 20).
Das Landesrecht bestimmt, dass die im Rang unter dem Landesgesetz stehenden Rechtsverordnungen über den LEP B-B der Normenkontrolle unterliegen. Die Rechtsverordnungen nach Art. 8 Abs. 6 LPlV, also die Landesentwicklungspläne, unterliegen nach Art. 3 Abs. 2 LPlV der Normenkontrolle nach § 47 VwGO durch das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg (s.a. OVG Bbg, Urteil vom 10. Februar 2005 - 3 D 104/03.NE -, LKV 2005, 306; juris Rn. 56; Urteil vom 27. August 2003 - 3 D 5/99.NE -, LKV 2004, 319, juris Rn. 90).
2. Die am 3. bzw. 12. Mai 2010 eingegangenen Anträge sind gemäß § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO fristgerecht innerhalb eines Jahres nach der Verkündung der Verordnung über den LEP B-B am 14. Mai 2009 gestellt worden. Die Antragstellerinnen sind hinsichtlich ihrer Anträge, die Rechtsverordnung über den LEP B-B insgesamt für unwirksam zu erklären, in vollem Umfang antragsbefugt im Sinne von § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO. Den Antrag kann danach jede natürliche oder juristische Person, die geltend macht, durch die Vorschrift oder deren Anwendung in ihren Rechten verletzt zu sein oder in absehbarer Zeit verletzt zu werden, sowie jede Behörde stellen.
a) Die antragstellenden Gemeinden sind als Gebietskörperschaften des öffentlichen Rechts juristische Personen (vgl. § 1 Abs. 1 BbgKVerf, BVerwG, Beschluss vom 15. März 1989 - BVerwG 4 NB 10/88 -, BVerwGE 81, 307, juris Rn. 13). Soweit sie die Normenkontrollanträge als juristische Personen stellen, sind sie antragsbefugt gemäß § 47 Abs. 2 Satz 1 1. Alt. VwGO. Die Anforderungen an die Geltendmachung einer Rechtsverletzung im Sinne der vorgenannten Norm dürfen nicht überspannt werden. Erforderlich, aber auch ausreichend für die Antragsbefugnis ist, dass die Antragstellerinnen hinreichend substantiiert Tatsachen vortragen, die es zumindest als möglich erscheinen lassen, dass sie durch die Festsetzungen der Verordnung in einem subjektiven Recht verletzt sind. An die Geltendmachung einer Rechtsverletzung nach § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO sind dabei keine höheren Anforderungen zu stellen als nach § 42 Abs. 2 VwGO. Demnach ist die Antragsbefugnis nur zu verneinen, wenn die Verletzung eines Rechtes offensichtlich nach keiner Betrachtungsweise möglich erscheint (vgl. BVerwG, Urteil vom 20. November 2003 - BVerwG 4 CN 6/03 -, BVerwGE 119, 217, juris Rn. 39; Beschluss vom 17. Dezember 2012 - BVerwG 4 BN 19/12 -, BRS 79 Nr. 65, juris Rn. 3; OVG Bln-Bbg, Urteil vom 21. März 2013 - OVG 10 A 1.10 -, juris Rn. 32; Urteil vom 12. Mai 2006 - OVG 12 A 28.05 -, LKV 2007, 32, juris Rn. 46).
Die Antragstellerinnen machen geltend, durch die landesplanerischen Festlegungen der Verordnung über den LEP B-B in ihren Rechten, zumindest in ihrer Planungshoheit und damit in ihrem durch Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG, Art. 97 Abs. 1 der Verfassung des Landes Brandenburg (LV Bbg) gewährleisteten Selbstverwaltungsrecht verletzt zu sein. Sie tragen damit hinreichend substantiiert Tatsachen vor, die es zumindest als möglich erscheinen lassen, dass sie durch die Festlegungen des LEP B-B in ihren subjektiven Rechten verletzt werden. Die Planungshoheit der Gemeinden umfasst das ihnen als Selbstverwaltungskörperschaften zustehende Recht auf Planung und Regelung der

Bodennutzung in ihrem Gebiet. Die Gemeinden können sich deshalb gegenüber überörtlichen Planungen auf das Selbstverwaltungsrecht berufen, wozu regelmäßig erforderlich ist, dass geltend gemacht werden kann, die angegriffene Planung durchkreuze bereits konkretisierte gemeindliche Planungsabsichten oder beeinträchtige diese nachhaltig. Eine eigene hinreichend bestimmte Planung muss noch nicht verbindlich sein (BVerwG, Beschluss vom 15. März 1989 - BVerwG 4 NB 10/88 -, BVerwGE 81, 307, juris Rn. 17; Urteil vom 15. Dezember 1989 - BVerwG 4 C 36/86 -, BVerwGE 84, 209, juris Rn. 31 m. w. N.; Hahn, LKV 2006, 193 [198]).
Eine Verletzung der Planungshoheit der Antragstellerinnen erscheint möglich. Bei den Festlegungen des LEP B-B handelt es sich um Eingriffe in ihre Planungshoheit. Adressaten des Landesentwicklungsplans sind u. a. die Gemeinden. Der Landesentwicklungsplan legt Grundsätze und Ziele der Raumordnung fest (vgl. Art. 8 Abs. 2 LPlV). Ziele der Raumordnung sind Festlegungen, die materiell geeignet sind, normative Bindungen zu erzeugen, da sie verbindliche Vorgaben in Form von räumlich und sachlich bestimmten oder bestimmbaren, vom Träger der Raumordnung abschließend abgewogenen textlichen oder zeichnerischen Festlegungen in Raumordnungsplänen zur Entwicklung, Ordnung und Sicherung des Raumes aufweisen (vgl. § 3 Nr. 1 ROG 1998 und § 3 Abs. 1 Nr. 3 ROG 2008). Der LEP B-B legt mit seinen textlichen Zielen ein Zentrale-Orte-System abschließend fest (vgl. Z 2.1, 2.5, 2.9), in dem die Antragstellerinnen nicht als Zentrale Orte festgelegt worden sind. Hieraus folgen für sie verbindliche Vorgaben, die sie in ihrem Recht auf Planung und Regelung der Bodennutzung im Gemeindegebiet beschränken. So hat das Ziel 4.5 für die Antragstellerin zu 2., die kein Zentraler Ort ist und bei der in der Festlegungskarte 1 kein Gestaltungsraum Siedlung festgelegt wurde, zur Folge, dass die Entwicklung von Siedlungsflächen, in denen auch Wohnnutzungen zulässig sein sollen, nur möglich ist durch Innenentwicklung sowie im Rahmen der zusätzlichen Entwicklungsoption. Planungen zur Siedlungsentwicklung im Gemeindegebiet werden daher nachhaltig eingeschränkt. Zudem wird ihre Siedlungsentwicklung durch das Ziel 5.2 gesteuert. Der in der Festlegungskarte 1 in ihrem Gemeindegebiet festgelegte Freiraumverbund ist danach zu sichern und in seiner Funktionsfähigkeit zu entwickeln. Raumbedeutsame Inanspruchnahmen und Neuzerschneidungen durch Infrastrukturtrassen, die die räumliche Entwicklung oder Funktion des Freiraumverbundes beeinträchtigen, sind im Freiraumverbund regelmäßig ausgeschlossen. Durch das Ziel 4.7 wird das Recht der Antragstellerin zu 1. als Nicht-Zentraler Ort auf Planung der Bodennutzung in ihrem Gebiet berührt. Danach sind großflächige Einzelhandelseinrichtungen im Sinne von § 11 Abs. 3 BauNVO vorbehaltlich des Abs. 6 nur in Zentralen Orten zulässig, also im Gebiet der Antragstellerin zu 1. grundsätzlich nicht (vgl. dazu OVG Bln-Bbg, Urteil vom 12. Mai 2006 - OVG 12 A 28.05 -, BRS 70 Nr. 4, juris, Rn. 78). Vorhaben oder genehmigte größere Einzelhandelseinrichtungen können nach Z 4.7. Abs. 5 nur verändert werden, wenn hierdurch die genehmigten Verkaufsflächen sowohl insgesamt als auch für zentrenrelevante Sortimente nicht erhöht werden. Die Antragstellerin zu 1. hat substantiiert dargelegt, dass hierdurch die Entwicklung der im Gemeindegebiet gelegenen Einzelhandelseinrichtung „M„ u. a. mit einem Möbel- und einem Baumarkt sowie Lebensmittelmärkten beschränkt wird. Sie habe die Absicht, angesichts des vom Baumarkt geplanten Vorhabens eines „Baustoff-Drive-In" den Bebauungsplan Nr. 7 „M" zu ändern. Im Falle der Wirksamkeit der im LEP B-B festgelegten Ziele hätten die Antragstellerinnen die sich daraus ergebenden Vorgaben bei ihrer Planung und allen sonstigen Maßnahmen, durch die Grund und Boden in Anspruch genommen oder räumliche Entwicklungen eines Gebietes beeinflusst werden, zu beachten, wie sich aus § 4

Abs. 1 ROG 1998 (ähnlich § 4 Abs. 1 ROG 2008) ergibt. Die Bauleitpläne der Antragstellerinnen wären nach Maßgabe des § 1 Abs. 4 BauGB den Zielen der Raumordnung und damit auch den Festlegungen in dem angegriffenen LEP B-B anzupassen. Abweichungen von den Zielen der Raumordnung und Landesplanung sind zwar rechtlich zulässig, gemäß Art. 10 LPlV jedoch nur in eingeschränktem Umfang. Die Antragstellerinnen haben auch mit ihrem Vorbringen, dass der LEP B-B mit seiner abschließenden zentralörtlichen Gliederung ohne die Stufe der Grundzentren wegen eines Verstoßes gegen höherrangiges Recht, insbesondere das Zitiergebot (Art. 80 Satz 3 LV Bbg) und § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BbgLPlG, unwirksam sei, hinreichend substantiiert eine mögliche Verletzung ihrer Planungshoheit dargelegt.
b) Darüber hinaus sind die Antragstellerinnen auch in ihrer Eigenschaft als Behörde (vgl. § 1 Abs. 1 VwVfG Bbg) unter den erleichterten Voraussetzungen des § 47 Abs. 2 Satz 1 2. Alt. VwGO antragsbefugt. Danach kann den Antrag jede Behörde stellen. Eine Gemeinde als Behörde kann daher die Prüfung der Gültigkeit einer von ihr zwar nicht erlassenen, aber in ihrem Gebiet geltenden Rechtsvorschrift im Sinne von § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO stets beantragen, wenn sie die Vorschrift als Behörde zu beachten hat. Ihre Antragsbefugnis ist damit nicht davon abhängig, dass die zu beachtende Rechtsvorschrift die Gemeinde in ihrem Recht auf Selbstverwaltung konkret beeinträchtigt (BVerwG, Beschluss vom 15. März 1989 - BVerwG 4 NB 10/88 -, BVerwGE 81, 307, juris Ls. 1 u. Rn. 13 f.). Die Antragsbefugnis der Antragstellerinnen liegt somit vor, weil die im LEP B-B festgelegten Ziele der Raumordnung auch in ihrem Hoheitsgebiet gelten und sie diese als örtliche Stellen beachten und ihre Bauleitpläne daran anpassen müssen (§ 4 Abs. 1 ROG, § 1 Abs. 4 BauGB; vgl. auch OVG Bbg, Urteile vom 27. August 2003 -3 D 5/99.NE -, LKV 2004, 319, juris Rn. 96 und vom 10. Februar 2005 - 3 D 104/03.NE -, LKV 2005, 306, juris Rn. 64).
c) Die Antragstellerinnen sind hinsichtlich der gegen die Rechtsverordnung der Landesregierung des Landes Brandenburg über den LEP B-B insgesamt gerichteten Normenkontrollanträge auch in vollem Umfang antragsbefugt. Der Standpunkt des Antragsgegners, die Anträge auf vollständige Aufhebung des LEP B-B seien teilweise unzulässig, weil sie sich auch gegen die Antragstellerinnen nicht betreffende Normteile richteten und für jede Bestimmung der Rechtsverordnung die Antragsbefugnis gesondert zu prüfen sei, steht nicht im Einklang mit den Bestimmungen des Verwaltungsprozessrechts. § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO verlangt lediglich die Darlegung, durch die angegriffene Rechtsvorschrift in einem bestimmten Aspekt rechtlich betroffen zu sein (BVerwG, Urteil vom 17. Februar 2005 - BVerwG 7 CN 6/04 -, NVwZ 2005, 695, juris Rn. 15). Kann ein Antragsteller geltend machen, durch Festsetzungen des (Raumordnungs-) Plans in eigenen Rechten verletzt zu sein, muss das Normenkontrollgericht die Wirksamkeit des Plans wegen der Funktion des Normenkontrollverfahrens als objektives Prüfungsverfahren grundsätzlich umfassend prüfen. Dem umfassenden Prüfungsrecht entspricht eine ebenso umfassende Antragsbefugnis (vgl. Gerhardt/Bier in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Stand: April 2013, § 47 Rn. 53). Der gegen den Plan insgesamt gerichtete Normenkontrollantrag darf daher grundsätzlich nicht deshalb als teilweise unzulässig verworfen werden, weil er möglicherweise nur für teilnichtig zu erklären ist. Er darf, wenn die Gemeinde nur von unwirksamen und abtrennbaren Teilbereichen der Festlegung betroffen ist, nicht mit der nachteiligen Kostenfolge als teilweise unbegründet zurückgewiesen werden. Anders als die Anfechtungsklage nach § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO setzt die Erklärung, dass eine Rechtsvorschrift unwirksam ist, nach § 47 Abs. 5 Satz 2 VwGO eine Verletzung eigener

Rechte des Antragstellers nicht voraus. Das Verfahren der Normenkontrolle nach § 47 VwGO dient nicht nur dem subjektiven Rechtsschutz; es stellt zugleich ein Verfahren der objektiven Rechtskontrolle dar (vgl. BVerwG, Urteil vom 9. April 2008 - BVerwG 4 CN 1/07 -, BVerwGE 131, 100, juris Rn. 13; Beschluss vom 16. März 2010 - BVerwG 4 BN 66/09 -, NVwZ 2010, 1246, juris Rn. 20; Urteil vom 17. Februar 2005 - BVerwG 7 CN 6/04 -, NVwZ 2005, 695, juris Rn. 15; Gerhardt/Bier in: Schoch/Schneider/Bier, a. a. O., § 47 Rn. 53; OVG Bbg, Urteil vom 10. Februar 2005 - 3 D 104/03.NE -, LKV 2005, 306, juris Rn. 65; OVG Bln-Bbg, Urteil vom 27. Oktober 2011 - OVG 10 A 11.08 -, NVwZ-RR 2012, 152, juris Rn. 21).
Im Einzelfall kann bei Teilbarkeit des Plans dem Normenkontrollantrag, soweit er auch solche Teile des Plans erfasst, von denen der Antragsteller nicht betroffen wird, jedoch das erforderliche Rechtsschutzinteresse fehlen. Es ist allerdings nicht Aufgabe der Antragstellerinnen darzulegen, welche Auswirkungen der geltend gemachte Rechtsfehler auf den Plan insgesamt hat. Sie wären regelmäßig überfordert, müssten sie das einem Plan zugrunde liegende Gesamtkonzept nachvollziehen und daraus Erkenntnisse für die Abhängigkeit einzelner Festsetzungen voneinander bzw. über deren objektive Trennbarkeit und den für die Teilbarkeit ebenfalls erheblichen hypothetischen Willen des Plangebers gewinnen. Die Antragstellerinnen können mit ihrem Antrag lediglich dann trotz Darlegung einer Rechtsverletzung ausnahmsweise mit der Folge der (teilweisen) Unzulässigkeit zu weit greifen, wenn sie auch solche sie nicht berührende Teile des Plans mit einbeziehen, die sich schon aufgrund vorläufiger Prüfung offensichtlich und auch für die Antragstellerinnen erkennbar als abtrennbare und selbstständig lebensfähige Teile einer unter dem Dach eines einheitlichen Plans zusammengefassten Gesamtregelung darstellen (vgl. BVerwG, Urteil vom 9. April 2008 - BVerwG 4 CN 1/07 -, BVerwGE 131, 100, juris Rn. 13 m. w. N.; Gerhardt/Bier in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Stand April 2013, § 47 Rn. 53).
Ein Ausnahmefall, bei dem den gegen die Rechtsverordnung der Landesregierung über den LEP B-B gerichteten Normenkontrollanträgen das Rechtsschutzinteresse fehlen würde, liegt nach den vorgenannten Grundsätzen nicht vor. Der Antragsgegner hat schon nicht substantiiert dargetan, welche textlichen oder zeichnerischen Festlegungen die Antragstellerinnen offensichtlich und erkennbar nicht berühren würden. Vor dem Hintergrund, dass im Planungsverfahren die Teilunwirksamkeit im Verhältnis zur Gesamtunwirksamkeit eine von besonderen Umständen abhängige Ausnahme darstellt, hat der Antragsgegner auch nicht dargetan, dass schon aufgrund der vorläufigen Prüfung offensichtlich und auch für die Antragstellerinnen erkennbar Teile der Festlegung des LEP B-B abtrennbar sind und selbstständig lebensfähige Teile darstellen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Antragstellerinnen in ihren Normenkontrollanträgen im Kern das veränderte abschließende Zentrale-Orte-System angreifen, in dem sie nicht als Zentrale Orte festgelegt wurden. Dies hat zur Folge, dass sie einer Vielzahl ihre Planung einschränkenden verbindlichen Vorgaben, z. B. zur Entwicklung ihrer Siedlungsflächen und zur Zulässigkeit großflächiger Einzelhandelseinrichtungen, ausgesetzt sind. Angesichts dessen müssen sie bei vorläufiger Prüfung nicht ohne weiteres erkennen, dass hier möglicherweise eine Teilunwirksamkeit des LEP B-B in Betracht kommen könnte und sie daher sie nicht berührende Teile des Plans nicht in ihren Antrag einbeziehen dürfen.
4. Entgegen der Ansicht des Antragsgegners steht dem Rechtsschutzinteresse für die Normenkontrollanträge allein gegen die von der Regierung des Landes Brandenburg erlassene Verordnung über den LEP B-B nicht entgegen, dass die Länder Berlin und Brandenburg eine auf Dauer angelegte, gemeinsam abgestimmte Raumordnung und

Landesplanung betreiben und sich verpflichtet haben, die gemeinsamen Grundsätze und Ziele der Raumordnung für den gemeinsamen Planungsraum u. a. in gemeinsamen Landesentwicklungsplänen festzulegen (vgl. Art. 1 Abs. 1 und 2, Art. 8 LPlV). Der Antragsgegner stellt mit seiner Rechtsansicht, den Anträgen fehle das Rechtsschutzinteresse, weil er in Umsetzung der gesetzlichen Verpflichtung aus Art. 8 LPlV den Landesentwicklungsplan (inhaltsgleich) umgehend wieder in Kraft setzen müsste, zu hohe Anforderungen an das Rechtsschutzinteresse im Normenkontrollverfahren und berücksichtigt nicht hinreichend, dass es sich bei den gemeinsamen Landesentwicklungsplänen um zwischen den Ländern Berlin und Brandenburg abgestimmte parallele Rechtssetzungen handelt, die von den Regierungen der beiden Länder jeweils als selbstständig angreifbare Rechtsverordnungen mit Geltung für das eigene Hoheitsgebiet erlassen werden.
Wie erwähnt, kommt es nach § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO für die Zulässigkeit des Normenkontrollantrags maßgeblich darauf an, ob der Antragsteller geltend machen kann, durch die Rechtsvorschrift oder deren Anwendung in seinen Rechten verletzt zu sein oder verletzt zu werden. Wird diese Hürde genommen, so ist nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts regelmäßig auch das erforderliche Rechtsschutzinteresse gegeben. Mit dem Erfordernis eines allgemeinen Rechtsschutzinteresses neben der Antragsbefugnis soll nur vermieden werden, dass die Gerichte in eine Normprüfung eintreten müssen, deren Ergebnis für den Antragsteller wertlos ist. Zu fragen ist somit, ob der Antragsteller durch die von ihm angestrebte Unwirksamkeitserklärung der Norm seine Rechtsstellung verbessern kann. Es ist aber nicht erforderlich, dass die begehrte Unwirksamkeitserklärung unmittelbar zum eigentlichen Rechtsschutzziel führt. Sie muss also auch nicht per se zur Folge haben, dass die Antragstellerinnen zu Zentralen Orten werden. Für das Rechtsschutzinteresse reicht es aus, dass sich nicht ausschließen lässt, dass die gerichtliche Entscheidung für die Antragstellerinnen von Nutzen sein kann. Es genügt, wenn - im Sinne einer tatsächlichen Prognose - zu erwarten ist, dass die Regierung des Landes Brandenburg mit Geltung für ihr Hoheitsgebiet eine neue Verordnung über den Landesentwicklungsplan erlassen wird, die möglicherweise für die Antragstellerinnen günstigere Festlegungen enthält. Unnütz wird das Normenkontrollgericht nur in Anspruch genommen, wenn die Antragstellerinnen unabhängig vom Ausgang des Normenkontrollverfahrens keine reale Chance haben, ihr eigentliches Ziel zu erreichen (vgl. BVerwG, Urteil vom 23. April 2002 - BVerwG 4 CN 3/01 -, NVwZ 2002, 1126, juris Rn. 10 m. w. N.; OVG Bbg, Urteil vom 10. Februar 2005 - 3 D 104/03.NE -, LKV 2005, 306, juris 67; Gerhardt/Bier in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Stand April 2013, § 47 Rn. 77).
Gemessen an diesen Grundsätzen besteht für die Normenkontrollanträge der Antragstellerinnen ein Rechtsschutzinteresse, denn es lässt sich nicht ausschließen, dass die gerichtliche Entscheidung für sie von Nutzen sein kann. Es ist nämlich möglich, dass im Fall der von den Antragstellerinnen angestrebten rechtskräftigen Unwirksamkeitserklärung des LEP B-B die Landesregierung Brandenburg zumindest mit Geltung für ihr Hoheitsgebiet eine neue Verordnung über den Landesentwicklungsplan erlassen wird, die möglicherweise hinsichtlich der Ausgestaltung der zentralörtlichen Gliederung ein verändertes, für die Antragstellerinnen günstigeres Konzept enthalten könnte. Im Fall einer neuen Beschlussfassung wäre für den Verordnungsgeber bei der Abwägung die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Beschlussfassung über den Raumordnungsplan maßgebend (vgl. § 12 Abs. 3 ROG 2008). Bei Fortgeltung des Grundsatzes, dass vorhandene Stärken vorrangig genutzt und ausgebaut werden sollen (§

1 Abs. 2 Satz 2 LEPro 2007), hätte der Verordnungsgeber bei der Ausgestaltung des Zentralen-Orte- Konzeptes zu beachten, dass nach § 2 Abs. 2 Nr. 3 ROG 2008 die Versorgung mit Dienstleistungen und Infrastrukturen der Daseinsvorsorge, insbesondere die Erreichbarkeit von Einrichtungen und Angeboten der Grundversorgung für alle Bevölkerungsgruppen zur Sicherung von Chancengerechtigkeit in den Teilräumen in angemessener Weise zu gewährleisten ist; dies gilt nach der Norm ausdrücklich „auch in dünn besiedelten Regionen". Für Einrichtungen und Angebote der Grundversorgung gilt also auch dort ein Mindeststandard. Die Grundversorgung muss nicht in jeder Gemeinde erbracht werden, sondern kann sich auf die unterste Ebene Zentraler Orte beschränken, wobei allerdings deren Erreichbarkeit auch in dünn besiedelten Regionen für alle Bevölkerungsgruppen durch ein hinreichend dichtes Netz gewährleistet sein muss (vgl. Bielenberg/Runkel/Spannowsky, Raumordungs- und Landesplanungsrecht des Bundes und der Länder, Band 2, Stand: II/2014 L § 2 Rn. 130 f.).
Entgegen der Ansicht des Antragsgegners führen insbesondere die Regelungen der Art. 8 und Art. 2 Abs. 1 LPlV nicht dazu, dass das Land Brandenburg verpflichtet wäre, erneut einen die Rechtsstellung der Antragstellerinnen zu 1. und 2. nicht verbessernden Landesentwicklungsplan zu erlassen, der inhaltlich den angegriffenen Festlegungen des LEP B-B vom 31. März 2009 entspricht. Zwar betreiben die Länder Berlin und Brandenburg, die nach der gescheiterten Volksabstimmung im Jahre 1996 bislang kein gemeinsames Land bilden, nach Art. 1 Abs. 1 LPlV eine auf Dauer angelegte gemeinsame Raumordnung und Landesplanung als Form der Zusammenarbeit und Kooperation zwischen den Ländern (vgl. dazu Senatskanzlei Berlin, Staatskanzlei Brandenburg, Fortschrittsbericht über die Zusammenarbeit zwischen den Ländern Brandenburg und Berlin sowie die weitere Zusammenarbeit von Behörden und Sonderbehörden vom 25. März 2014, http://www.berlin-brandenburg.de). Für den Bereich der Landesentwicklungspläne, die als landesweite Raumordnungspläne für das Landesgebiet aufzustellen sind (vgl. § 8 Abs. 1 Nr. 1 ROG 2008), ist diese Zusammenarbeit rechtlich dahingehend ausgeformt, dass eine landesplanerisch abgestimmte, parallele Rechtssetzung des jeweiligen Landes mit Geltung für das eigene Hoheitsgebiet stattfinden soll (vgl. Rudolf, Kooperation im Bundesstaat, HStR VI, 2008, § 141, Rn. 12, 60). Die gemeinsamen Landesentwicklungspläne werden deshalb nach Art. 8 Abs. 6 Satz 1 LPlV von den Regierungen der vertragsschließenden Länder jeweils als Rechtsverordnung mit Geltung für das eigene Hoheitsgebiet erlassen. Schon die Verwendung des Begriffs „Landesentwicklungspläne", zeigt, dass jeweils als getrennte Rechtsverordnungen zwei Landesentwicklungspläne erlassen werden, die nach Art. 3 Abs. 2 LPlV der Normenkontrolle durch das Oberverwaltungsgericht unterliegen. Die von der Regierung des Landes Brandenburg als Rechtsverordnung mit Geltung für ihr Hoheitsgebiet erlassene Verordnung über den LEP B-B ist daher im Verhältnis zu den hier rechtsschutzsuchenden Gemeinden als ein selbstständig angreifbarer Rechtssetzungsakt anzusehen und der Landesregierung zuzuordnen.
Dieses Verständnis wird auch durch die verfassungsrechtliche Rechtslage auf dem Gebiet der Raumordnung bestätigt. Art. 30 GG und Art. 72 Abs. 1 GG weisen die Erfüllung der staatlichen Aufgaben dem Bund und den Ländern zu und meinen damit die einzelnen Länder (vgl. Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin, Beschluss vom 19. Dezember 2006 - 45/06 -, juris Rn. 34). Die Ausübung der staatlichen Befugnisse ist nämlich nach der Kompetenzverteilungsregelung des Art. 30 GG, soweit das Grundgesetz keine andere Regelung trifft oder zulässt, „Sache der Länder". Die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz erstreckt sich nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 31 GG auf das Gebiet der

Raumordnung als überörtliche, zusammenfassende Planung im Bereich eines Landes (Jarass/Pieroth, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 74, Rn. 81; Verfassungsgericht des Landes Brandenburg, Urteil vom 18. Juni 1998 - 27/97 -, LKV 1998, 395, juris Rn. 73). In diesem Bereich haben nach Art. 72 Abs. 1 GG „die Länder" die Befugnis zur Gesetzgebung, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat. Die Befugnis zur Gesetzgebung insbesondere durch Erlass von Rechtsverordnungen auf dem Gebiet der Raumordnung mit Geltung für das eigene Hoheitsgebiet liegt damit jeweils bei den Ländern Berlin und Brandenburg und nicht bei einer „dritten Ebene" (etwa der Gemeinsamen Landesplanungsabteilung). Die im Grundgesetz festgelegte Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Ländern schließt zwar Formen der Zusammenarbeit zwischen den Ländern durch Staatsverträge zur effektiven Erfüllung ihrer Aufgaben nicht aus, sie erlaubt aber, wie der Antragsgegner bei der Ausgestaltung des Landesplanungsvertrages zutreffend erkannt hat, nicht die Errichtung einer neuen staatlichen Ebene oder eines zwischenstaatlichen Hoheitsträgers zum Zwecke der Gesetzgebung auf dem Gebiet der Raumordnung (vgl. Pernice in: Dreier, GG, 2. Aufl. 2006, Art. 30, Rn. 23; Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin, Beschluss vom 19. Dezember 2006 - 45/06 -, juris Rn. 34). Das Grundgesetz begründet die verfassungsunmittelbare Verantwortung der Länder für die Erfüllung der in ihrem Gebiet entstehenden staatlichen Aufgaben, wovon sie sich nicht freizeichnen können. Es muss stets eine konkrete Zurechenbarkeit der staatlichen Aufgabenwahrnehmung auf den Verfassungskreis des einzelnen Landes möglich sein (Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin, Beschluss vom 19. Dezember 2006 - 45/06 -, juris Rn. 34 m. w. N.), weshalb die Rechtssetzung betreffend die von der Regierung des Landes Brandenburg erlassenen Verordnung über den LEP B-B rechtlich allein dem Land Brandenburg zuzuordnen ist. Im Hinblick auf diese parallele Rechtssetzung zu den Landesentwicklungsplänen führen auch sonstige Regelungen nicht zu einer Verpflichtung der Landesregierung Brandenburg, die Verordnung über den LEP B-B in gleicher Ausgestaltung wie in der angegriffenen Fassung erneut zu erlassen. Zwar folgt aus § 8 Abs. 1 Nr. 1 ROG 2008 die Pflicht des Landes Brandenburg, einen Raumordnungsplan für das Landesgebiet aufzustellen (vgl. Spannowsky/Runkel/Goppel, ROG 2010, § 8 Rn. 14 ff.) und Art. 1 Abs. 2 Satz 2 LPlV verpflichtet das Land, die gemeinsamen Grundsätze und Ziele der Raumordnung für den gemeinsamen Planungsraum u. a. in gemeinsamen Landesentwicklungsplänen festzulegen. Das vertragsschließende Land Brandenburg ist hierdurch aber gegenüber dem Land Berlin nicht rechtlich verpflichtet, einen Landesentwicklungsplan mit einem bestimmten Inhalt für das eigene Hoheitsgebiet zu erlassen. Dies gilt erst recht dann, wenn sich eine Rechtsverordnung über einen Landesentwicklungsplan in einer Normenkontrolle nach § 47 VwGO i.V. Art 3 Abs. 2 LPlV als rechtwidrig erweist. Vielmehr ist es grundsätzlich Aufgabe der Landesregierung Brandenburg, im Rahmen des höherrangigen Rechts politische Gestaltungskraft zu entwickeln und den Inhalt der Rechtsverordnung über den Landesentwicklungsplan mit seinen Grundsätzen und Zielen, der Raumstruktur und der zentralörtlichen Gliederung mit Geltungskraft für das eigene Hoheitsgebiet festzulegen. Etwas anderes folgt auch nicht aus den Verfahrensbestimmungen des Art. 1 Abs. 4 LPlV und den Regelungen zur gemeinsamen Landesplanungskonferenz (Art. 6 LPlV). Nach der erstgenannten Norm streben die vertragsschließenden Länder an, auf der Grundlage der gemeinsamen Raumordnung und Landesplanung in länderübergreifenden Gremien einvernehmlich abzustimmen. Hier wird ein politisches Abstimmungsziel intendiert, aber kein materieller Inhalt der Rechtsverordnung über den Landesentwicklungsplan festgelegt. Auch soweit die

gemeinsame Landesplanungskonferenz die Aufgabe hat, die landesplanerische Abstimmung und Zusammenarbeit zur Vorbereitung der Regierungsentscheidungen zu koordinieren und auf einen Interessenausgleich hinzuwirken, und die Beschlüsse der Landesplanungskonferenz den Entscheidungen beider Landesregierungen als Empfehlung zugrundezulegen sind, folgt daraus keine rechtliche Verpflichtung zum Erlass eines Landesentwicklungsplanes mit einem bestimmten Inhalt. Hinzu kommt, dass die im Landesplanungsvertrag auferlegten Kooperationsregelungen und Beschränkungen bei der Ausübung der Befugnisse der Länder Berlin und Brandenburg auf dem Gebiet der Raumordnung nicht endgültig sind (vgl. Isensee in: Isensee/Kirchhof, HStR IV 1990, S. 618), sondern als ultima ratio die Möglichkeit einer Kündigung vorsehen. Der Staatsvertrag kann gemäß Art. 24 Abs. 1 Satz 2 LPlV von jedem vertragsschließenden Land zum Ende des Kalenderjahres schriftlich mit einer Frist von drei Jahren gekündigt werden.
Dass das Rechtsschutzinteresse für die Normenkontrollanträge besteht, wird zusätzlich dadurch bestätigt, dass nach Art. 8 Abs. 6 Satz 1 LPlV die gemeinsamen Landesentwicklungspläne von den Regierungen der vertragschließenden Länder jeweils als Rechtsverordnung nur „mit Geltung für das eigene Hoheitsgebiet" erlassen wurden. Dies hat zur Folge, dass die im Hoheitsgebiet des Landes Brandenburg gelegenen Antragstellerinnen nicht über Art. 2 Abs. 5 LV Bbg an die für das Hoheitsgebiet des Landes Berlin geltende Verordnung des Senats von Berlin gebunden sind. Die Antragstellerinnen dürften daher für einen Normenkontrollantrag gegen eine auf ihrem Gebiet nicht geltende Rechtsverordnung, die sie auch nicht zu beachten haben und durch die sie auch nicht in ihren Rechten verletzt sein können, nicht antragsbefugt im Sinne von § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO sein, weshalb von ihnen nicht verlangt werden kann, gegen die Verordnung des Senats von Berlin über den LEP B-B Rechtsschutz zu suchen.
II.
Die Normenkontrollanträge sind begründet. Die von der Regierung des Landes Brandenburg erlassene Rechtsverordnung über den LEP B-B ist nach der maßgeblichen Rechtslage (1.) ordnungsgemäß zustande gekommen (2.). Sie verstößt aber gegen zwingende höherrangige Vorschriften, nämlich das Zitiergebot des Art. 80 Satz 3 LV Bbg und gegen § 3 Abs. 1 Nr. 1 BbgLPlG (3.). Die Rechtsverordnung über den LEP B-B ist daher gemäß § 47 Abs. 5 Satz 2 VwGO für unwirksam zu erklären (4.).
1. Die Rechtmäßigkeit der Verordnung über den LEP B-B vom 31. März 2009 ist nach den Bestimmungen des Raumordnungsgesetzes vom 18. August 1997 ROG 1998 - (BGBl. I S. 2081, zuletzt geändert durch Gesetz vom 9. Dezember 2006, BGBl. I S. 2833, 2852), dem Brandenburgischen Landesplanungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. Dezember 2002 - BbgLPlG 2002 - (GVBl. 2003 I S. 9, geändert durch Gesetz vom 28. Juni 2006, GVBl. I S. 96) und dem Vertrag über die Aufgaben und Trägerschaft sowie Grundlagen und Verfahren der gemeinsamen Landesplanung zwischen den Ländern Berlin und Brandenburg (Landesplanungsvertrag LPlV -) in der Fassung der Bekanntmachung vom 10. Februar 2008 (GVBl. I S. 42) zu beurteilen. Nach § 28 Abs. 1 Satz 1 des Raumordnungsgesetzes des Bundes vom 22. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2986) - ROG 2008 -, das für die Raumordnung in den Ländern am 30. Juni 2009 in Kraft getreten ist, werden nämlich Verfahren zur Aufstellung von Raumordnungsplänen in den Ländern, wozu Landesentwicklungspläne gehören (vgl. Art. 7 Abs. 4 LPlV), die vor dem 30. Juni 2009 förmlich eingeleitet wurden, nach den bis zum 29. Juni 2009 geltenden Raumordnungsgesetzen von Bund und Ländern abgeschlossen (vgl. HessVGH, Beschluss vom 5. Februar 2010 11 C 2691/07.N u. a. -, ESVGH 60, 253, juris Rn. 31). Von der

Maßgeblichkeit des Landesplanungsgesetzes und des Landesplanungsvertrages in der o.g. Fassung als im Hoheitsgebiet des Landes Brandenburg geltendes Landesraumordnungsrecht ist ausweislich der Eingangsformel der Verordnungsgeber des LEP B-B selbst ausgegangen. Insbesondere für die Frage, ob die Rechtsverordnung über den LEP B-B eine gültige gesetzliche Ermächtigungsgrundlage hat (Art. 80 Satz 1 LV Bbg) und ob die maßgeblichen Rechtsgrundlagen in der Eingangsformel der Verordnung angegeben sind (Art. 80 Satz 3 LV Bbg), kommt es auf die Rechtslage im Zeitpunkt ihrer Ausfertigung und Verkündung an (vgl. Jarass/Pieroth, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 80 Rn. 15; BMJ, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. Aufl. 2008, Rn. 782; Nierhaus in: Kommentar zum Bonner GG, Stand: Mai 2014, Art. 80 Rn. 411; Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, 11. Aufl. 2008, Art. 80 Rn. 51 f. m. w. N.).
2. Die Rechtsverordnung der Landesregierung Brandenburg über den Landesentwicklungsplan LEP B-B ist entgegen der Ansicht der Antragstellerin zu 1. unter Beteiligung des zuständigen Landtagsausschusses formell rechtmäßig zustande gekommen. a) Bei der Aufstellung des Landesentwicklungsplans ist der zuständige Ausschuss für Infrastruktur und Raumordnung des Landtages Brandenburg gemäß Art. 8 Abs. 5 LPlV und § 4 BbgLPlG 2002 ordnungsgemäß beteiligt worden.
Nach Abschluss der Beteiligung gemäß Art. 7 Abs. 2 LPlV leiten nach Art. 8 Abs. 5 LPlV die Landesregierungen den gegebenenfalls überarbeiteten Planentwurf mit einem gemeinsamen Bericht über das Erarbeitungsverfahren den für die Landesplanung zuständigen Ausschüssen des Abgeordnetenhauses von Berlin und des Landtages von Brandenburg zur Unterrichtung mit Gelegenheit zur Stellungnahme zu. Zudem bestimmt § 4 BbgLPlG 2002, dass bei der Aufstellung der Landesentwicklungspläne gemäß Art. 8 LPlV die Landesregierung das „Benehmen" mit dem zuständigen Fachausschuss des Landtages herstellt.
Die Mitwirkung legislativer Organe bei dem Erlass von Rechtsverordnungen kennt verschiedene Beteiligungsformen, die von der bloßen Kenntnisgabe mit Gelegenheit zur Stellungnahme, der Herstellung des Benehmens bis zum Einvernehmen bzw. der Zustimmung des Landtags oder seiner Ausschüsse reichen können. Sie dienen dem legitimen Interesse der Legislative, einerseits die Rechtsetzung auf die Exekutive zu delegieren, sich aber andererseits je nach Ausgestaltung der Mitwirkungsregelung mehr oder weniger großen Einfluss auf den Erlass und den Inhalt der Rechtsverordnung vorzubehalten. Durch eine solche Mitwirkung gewinnt die Rechtsverordnung je nach Ausgestaltung an demokratischer Legitimation (vgl. dazu Ossenbühl in: HStR V, § 103 Rn. 46, 58 ff; BVerfG, Beschluss vom 12. November 1958 - 2 BvL 4/56 u. a.-, BVerfGE 8, 274, juris Rn. 184; BVerwG, Urteil vom 19. November 1965 - BVerwG IV C 184.65 -, BVerwGE 22, 342, juris Rn. 23). Im Unterschied zum Raumordnungsrecht eines Teils der anderen (Flächen-) Länder, in denen der Landesentwicklungsplan von der Landesregierung mit Zustimmung bzw. im Einvernehmen des Landtages als Rechtsverordnung beschlossen wird (vgl. § 17 Abs. 2 Gesetz zur Neufassung des Landesplanungsgesetzes NRW vom 3. Mai 2005, GV. NRW. S. 430; § 5 Abs. 4 Landesplanungsgesetz des Landes Sachsen-Anhalt vom 28. April 1998, GVBl. LSA 1998, 255; § 4 Abs. 5 Hessisches Landesplanungsgesetz vom 12. Dezember 2012, GVBl. 2012, 590), ist die Beteiligung des Landtages Brandenburg mit der Beteiligung des Fachausschusses relativ gering ausgeprägt. Art. 8 Abs. 5 LPlV fordert lediglich eine Unterrichtung des zuständigen Ausschusses mit der Gelegenheit zur Stellungnahme mit der Folge, dass dieser angehört werden muss, aber rechtlich keinen entscheidenden Einfluss auf den Inhalt der Verordnung nehmen kann. Auch § 4 BbgLPlG 2002, wonach bei Erlass der Verordnung über den LEP das „Benehmen"

mit dem zuständigen Fachausschuss des Landtages hergestellt werden muss, führt nicht zu einem durchgreifenden entscheidenden Einfluss der Legislative auf den Inhalt der Rechtsverordnung. Das Benehmen wird hergestellt, indem die Landesregierung dem Ausschuss unter Beifügung des Planentwurfs Gelegenheit zur Stellungnahme gibt (vgl. BVerwG, Beschluss vom 7. Februar 2005 - BVerwG 9 VR 15/04 -, juris Rn. 11 zu § 18 AEG; VGH BW, Urteil vom 10. November 2011 - 5 S 2436/10 -, DVBl. 2012, 186, juris Rn. 29; BSG, Urteil vom 7. Februar 1996 - 6 RKa 83/95 -, juris Rn. 16 zu § 85 Abs. 4 Satz 2 SGB V).
Den Anforderungen des Art. 8 Abs. 5 LPlV und § 4 BbgLPlG 2002 wurde hier Genüge getan. Die Landesregierung hat den Planentwurf mit dem Bericht über das Erarbeitungsverfahren dem Ausschuss für Infrastruktur und Raumordnung des Landtages Brandenburg zur Unterrichtung mit der Gelegenheit zur Stellungnahme zugeleitet. Aus dem Ausschussprotokoll vom 15. Januar 2009 (Landtag Brandenburg, 4/779 S. 5 ff.), wie auch aus dem Schreiben der Ausschussvorsitzenden an das zuständige Mitglied der Landesregierung vom 17. Februar 2009, ergibt sich, dass der Ausschuss den Planentwurf zur Kenntnis genommen und sich mit ihm befasst, aber keine Stellungnahme abgegeben hat. Damit wurde im rechtlichen Sinne hinreichende Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin zu 1. ist damit das Benehmen mit dem Fachausschuss gemäß § 4 BbgLPlG hergestellt, denn der Umstand, dass der Ausschuss für Infrastruktur und Raumordnung nach Befassung mit dem Entwurf des LEP B-B sein Mitwirkungsrecht im Rahmen seines politischen Handlungsspielraums der Sache nach dahingehend ausgeübt hat, dass er keine Stellungnahme abgibt und er es somit unterlassen hat, Einwände oder Bedenken vorzubringen, die die Landesregierung bei der Abwägung zur Kenntnis hätte nehmen bzw. gegebenenfalls berücksichtigen müssen, führt nicht zu einer fehlerhaften Beteiligung des zuständigen Fachausschusses des Landtages.
b) Auch der Einwand der Antragstellerin zu 1., die Unterrichtung des Landtages durch den Chef der Staatskanzlei vom 4. September 2007 zum Entwurf des LEP B-B sei keine vollständige Unterrichtung i. S.v. Art. 94 Abs. 1 LV Bbg, weil nur über den Entwurf des Landesentwicklungsplans und das Beteiligungsverfahren informiert, der Entwurf des Planes selber aber dem Landtag nicht übergeben worden sei, führt nicht zur Unwirksamkeit der angegriffenen Rechtsverordnung. Die Landesregierung ist nach Art. 94 Satz 1 LV Bbg verpflichtet, den Landtag und seine Ausschüsse über die Vorbereitung von Gesetzen und Verordnungen, über Grundsatzfragen der Raumordnung, der Standortplanung und Durchführung von Großvorhaben frühzeitig und vollständig zu unterrichten (vgl. dazu Lieber/Iwers/Ernst, Verfassung des Landes Brandenburg, 2012, Art. 94, Anm. 1 ff.). Diese Unterrichtungspflicht im Verhältnis zwischen der Regierung und dem Landtag bzw. seinen Ausschüssen ist nach dem eindeutigen Wortlaut der Norm ausschließlich ein Recht des Parlaments, das ihm übertragen worden ist, um die Wahrnehmung seiner Befugnisse zu gewährleisten. Sie ist deshalb kompetenz- und statusrechtlicher Natur und kann daher vom Landtag und seinen Ausschüssen in Organstreitverfahren geltend gemacht werden (vgl. StGH Bremen, Urteil vom 5. März 2010 - St 1.09 -, NVwZ-RR 2010, 547, juris Ls. 1 und Rn. 41). Der Antragsgegner folgert daraus zu Recht, selbst wenn die Landesregierung der Unterrichtungspflicht hier nicht vollständig nachgekommen wäre, würde die Rechtsverordnung über den LEP B-B dadurch nicht formell rechtswidrig. Die Beachtung der Unterrichtungspflicht nach Art. 94 Satz 1 LV Bbg ist kein Gültigkeitserfordernis im Verfahren über die Verordnungsgebung, was ihre systematische Stellung im 3. Abschnitt (Landesregierung) und nicht im 2. Abschnitt (Gesetzgebung) der Landesverfassung Brandenburg zeigt. Verletzungen der

Unterrichtungspflicht können Gegenstand verfassungsrechtlicher Auseinandersetzungen zwischen der Regierung und dem Landtag und seinen Ausschüssen sein, führen jedoch nicht dazu, dass sie im Außenverhältnis im Verfahren nach § 47 VwGO zur Unwirksamkeit der Rechtsverordnung über den LEP B-B führten.
c) Die Rechtsverordnung über den LEP B-B leidet auch nicht an einem Ausfertigungsmangel.
Rechtsverordnungen sind nach Art. 81 Abs. 2 LV Bbg von der Stelle, die sie erlässt, auszufertigen. Zur Rechtsstaatlichkeit gehört, dass Rechtsnormen nicht mit einem anderen als dem vom Normgeber gewollten Inhalt erlassen werden. Sie verlangt die Identität der anzuwendenden Norm und ihres Inhalts mit dem vom Normgeber Beschlossenen (vgl. BVerwG, Beschluss vom 16. Mai 1991 - BVerwG 4 NB 26/90 -, BVerwGE 88, 204, juris Rn. 19). Das Rechtsstaatsgebot erfordert somit eine Ausfertigung, die sicherstellt, dass der Inhalt des als Rechtsverordnung erlassenen Landesentwicklungsplans mit dem Willen der Landesregierung im Zeitpunkt der Beschlussfassung übereinstimmt. Besteht die Rechtsverordnung aus mehreren Bestandteilen, wie textlichen und zeichnerischen Festlegungen und hiervon getrennten Festlegungskarten, ist es nicht geboten, alle Teile gesondert auszufertigen. Vielmehr wird den genannten rechtsstaatlichen Anforderungen grundsätzlich Genüge getan, wenn die Verordnung ordnungsgemäß ausgefertigt ist und in dieser in einer Weise auf die übrigen Bestandteile der Norm Bezug genommen wird, die jeden Zweifel an der Identität der Karten (oder sonstiger Bestandteile) und ihrer Zugehörigkeit zur Rechtsverordnung ausschließt und damit eine Art „gedankliche Schnur" herstellt (vgl. OVG Bln-Bbg, Urteil vom 25. Oktober 2007 - OVG 10 A 4.06 -, juris Rn. 25 m. w. N.).
Entgegen der Rüge der Antragstellerin zu 1. fehlt es, gemessen an diesen Anforderungen, nicht an einer ordnungsgemäßen Ausfertigung des LEP B-B seitens der Landesregierung durch den damaligen Ministerpräsidenten und den Minister für Infrastruktur und Raumordnung. Zwar haben diese allein die Verordnung über den LEP B-B ausgefertigt und nicht den Landesentwicklungsplan Berlin-Brandenburg einschließlich seiner zeichnerischen Festsetzungen in den Festlegungskarten, die nach § 1 Bestandteil der Verordnung sind. Dies war nach Art. 81 Abs. 2 LV Bbg auch nicht geboten, weil in der Rechtsverordnung in einer Weise auf die übrigen Bestandteile des LEP B-B Bezug genommen wird, die jeden Zweifel an ihrer Identität und Zugehörigkeit zur Verordnung ausschließen. Insbesondere werden die zeichnerischen Festlegungen des LEP B-B - Festlegungskarte 1 - Gesamtraum im Maßstab 1: 250 000 und Festlegungskarte 2 - Städtische Kernbereiche im Maßstab 1: 250 000 - durch ihre Überschriften so eindeutig bezeichnet, dass ihre Identifizierung ohne Weiteres möglich ist. Hinzu kommt, dass der Antragsgegner zu Recht darauf hingewiesen hat, dass die im Landeshauptarchiv des Landes Brandenburg hinterlegte Fassung der unterzeichneten Verordnung und die beiden Festlegungskarten in einer mit einem Band zugeschnürten Mappe enthalten sind, so dass die geforderte „gedankliche Schnur" auch so hergestellt wird.
3. a) Die Rechtsverordnung der Regierung des Landes Brandenburg über den LEP B-B ist jedoch materiell rechtswidrig, weil sie gegen das Zitiergebot des Art. 80 Satz 3 LV Bbg als höherrangiges Recht verstößt. Die Ermächtigung zum Erlass einer Rechtsverordnung kann nach Art. 80 Satz 1 LV Bbg nur durch Gesetz erteilt werden. Die Rechtsgrundlage ist nach Art. 80 Satz 3 LV Bbg in der Verordnung anzugeben.
aa) Die Frage, ob die Rechtsverordnung über den LEP B-B wegen eines Verstoßes gegen das Zitiergebot unwirksam ist, unterfällt nicht dem Verwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts oder des Verfassungsgerichts des Landes Brandenburg,

sondern ist von den Fachgerichten zu entscheiden (vgl. BVerfG, Beschluss vom 20. Juli 2001 - 1 BvR 529/01 u.a -, juris Rn. 5; BVerwG, Urteil vom 20. März 2003 - BVerwG 3 C 10.02 -, BVerwGE 118, 70, juris Rn. 15). Gegenstand der richterlichen Vorlagepflicht nach Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG, Art. 113 Nr. 3 LV Bbg sind nur formelle Gesetze und nicht Rechtsverordnungen (BVerwG, Urteil vom 20. November 1990 - BVerwG 1 C 30.89 -, BVerwGE 87, 133, juris Rn. 22; BVerfG, Beschluss vom 1. März 1978 - 1 BvL 20/77 -, BVerfGE 48, 40, juris Rn. 16). Der LEP B-B ist gemäß Art. 8 Abs. 6 Satz 1 LPlV als Rechtsverordnung ergangen.
bb) Nach der Regelung des Art. 80 Satz 3 LV Bbg, die für landesrechtliche Verordnungen gilt, ist in einer Rechtsverordnung deren Rechtsgrundlage anzugeben. Im Gewaltenteilungssystem der Landesverfassung Brandenburg dient das Zitiergebot dem Zweck, die Delegation von Rechtssetzungskompetenzen auf die Landesregierung als Exekutive in ihren gesetzlichen Grundlagen verständlich und kontrollierbar zu machen. Die Vorschrift soll dazu beitragen, dass die aus dem Prinzip der Gewaltenteilung folgenden engen Grenzen exekutiver Rechtssetzungsmacht nicht zulasten der parlamentarischen Legislative verschoben werden. Der Erlass von Verordnungen stellt eine Durchbrechung des ansonsten geltenden Normsetzungsmonopols des Parlaments dar. Die Landesverfassung verlangt hierfür eine besondere Ermächtigung „durch Gesetz" (Art. 80 Satz 1 LV Bbg). Nur wenn und soweit sich der Gesetzgeber ausdrücklich seiner Rechtssetzungsmacht begeben hat, darf die Exekutive ihn insoweit vertreten. Durch Angabe der hierfür in Anspruch genommenen Ermächtigungsgrundlage hat der Verordnungsgeber nachzuweisen, dass er die Prärogative des parlamentarischen Gesetzgebers gewahrt hat (vgl. BVerwG, Urteil vom 20. März 2003 - BVerwG 3 C 10.02 -, BVerwGE 118, 70, juris Rn. 18). Das Zitiergebot des Art. 80 Satz 3 LV Bbg soll allerdings nicht nur die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage kenntlich und damit auffindbar machen. Es soll auch die Feststellung ermöglichen, ob der Verordnungsgeber beim Erlass der Regelungen von einer gesetzlichen Ermächtigung Gebrauch machen wollte. Die Exekutive muss durch Angabe ihrer Ermächtigungsgrundlage sich selbst des ihr aufgegebenen Normsetzungsprogramms vergewissern und hat sich auf dieses zu beschränken. Es kommt daher nicht nur darauf an, ob sie sich im Rahmen der delegierten Rechtssetzungsgewalt bewegt, vielmehr muss sich die in Anspruch genommene Rechtssetzungsbefugnis gerade aus den von ihr selbst angeführten Vorschriften ergeben. Außerdem dient Art. 80 Satz 3 LV Bbg der Offenlegung des Ermächtigungsrahmens gegenüber dem Adressaten der Verordnung. Den Normadressaten und Gerichten wird ermöglicht zu prüfen, ob der Verordnungsgeber bei Erlass der Norm von einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage Gebrauch machen wollte und ob die getroffene Regelung sich im Rahmen der Ermächtigung gehalten hat (BVerfG, Urteil vom 6. Juli 1999 - 2 BvF 3/90 -, BVerfGE 101, 1, Rn. 153 ff., Beschluss vom 1. April 2014 - 2 BvF 1/12, 2 BvF 3/12 -, juris Rn. 99; vgl. Bauer in: Dreier, GG Band II, 2006, Art. 80 Rn. 43).
Hiervon ausgehend bedeutet Rechtsgrundlage im Sinne von Art. 80 Satz 3 LV Bbg, die in der Verordnung anzugeben ist, die die Rechtsverordnung deckenden Rechtsgrundlagen (vgl. Nierhaus in: Kommentar zum Bonner GG, Art. 80, Stand: Mai 2014, Art. 80, Rn. 322), nicht aber Normen, die die Ermächtigungsgrundlage inhaltlich ausfüllen (vgl. BSG, Urteil vom 27. Mai 2003 - B 7 AL 104/02 R -, BSGE 91, 94, juris Rn. 31; Jarras/Pieroth, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 80 Rn. 16). Anzugeben ist nicht nur das Gesetzeswerk, in dem sich die Ermächtigungsgrundlage findet, sondern es ist erforderlich, dass die ermächtigende gesetzliche Einzelvorschrift in der Verordnung genannt wird (BVerfG, Beschluss vom 1. April 2014 - 2 BvF 1/12, 2 BvF 3/12 -, juris Rn. 99). Wegen der

rechtsstaatlich gebotenen Publizität sind die Rechtsgrundlagen grundsätzlich am Beginn der Verordnung in der Eingangsformel anzugeben (vgl. BMJ, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. Aufl. 2008, Rn. 763 u. 780; Rubel in: Umbach, Mitarbeiter-Kommentar zum GG, 2002, Art. 80 Rn. 32; Nierhaus in: Kommentar zum Bonner GG, Stand: Mai 2014, Art. 80 Rn. 323; Sannwald in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, 11. Aufl. 2008, Art. 80 Rn. 82; BVerfG, Urteil vom 6. Juli 1999 - 2 BvF 3.90 -BVerfGE 101, 1, juris Rn. 162 zur Nennung nur in der amtlichen Begründung der Verordnung; BVerfG, Beschluss vom 1. April 2014 - 2 BvF 1/12, 2 BvF 3/12 -, juris Rn. 100 „am Beginn der Verordnung"). Eine Zitierung der Ermächtigung nur in der Begründung erfüllt das Gebot der Publizität nicht (Lieber/Iwers/Ernst, Verfassung des Landes Brandenburg, 2012, Art. 80 Anm. 7). In die Eingangsformel gehören wegen der Maßgeblichkeit der Rechtslage bei Erlass der Rechtsverordnung (vgl. II. 1.) alle Ermächtigungen, die zum Zeitpunkt der Ausfertigung der Verordnung maßgebend, also schon und noch in Kraft sind (BMJ, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. Aufl. 2008, Rn. 782). Eine Verordnung, die auf mehreren Ermächtigungsgrundlagen beruht, muss diese vollständig zitieren und bei inhaltlichen Überschneidungen mehrerer Ermächtigungsgrundlagen diese gemeinsam angeben (BVerfG, Urteil vom 6. Juli 1999 - 2 BvF 3.90 -, BVerfGE 101, 1, Ls. 1 und Rn. 157; Beschluss vom 1. April 2014 - 2 BvF 1/12, 2 BvF 3/12 -, juris Rn. 100; Lieber/Iwers/Ernst, Verfassung des Landes Brandenburg, 2012, Art. 80 Anm. 7). Eine von der Landesregierung erlassene Rechtsverordnung kann insbesondere dann auf mehreren Ermächtigungsgrundlagen beruhen, wenn sie auch die Rechtssetzungsbefugnis in Anspruch nimmt, durch Rechtsverordnung den Inhalt eines Gesetzes zu ändern oder zu ergänzen. Solche gesetzesändernden oder gesetzesergänzenden Rechtsverordnungen zeigen sich in Ermächtigungen, die der Exekutive die Rechtssetzungsbefugnis geben, formelle Gesetze zu ändern oder gesetzesabweichende Neuregelungen zu erlassen (Ossenbühl in: HStR V, § 103 Rn. 27). Bei einer solchen gesetzesändernden, gesetzesergänzenden oder gesetzesabweichenden Rechtsverordnung bedarf es nicht nur einer Rechtsgrundlage, die zum Erlass einer Rechtsverordnung ermächtigt (Verordnungsgebungskompetenz), sondern auch einer Ermächtigung des Gesetzgebers, durch Rechtsverordnung den Inhalt des Gesetzes zu ändern, zu ergänzen oder eine vom Gesetz abweichende Regelung zu erlassen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 4. Mai 1997 - 2 BvR 509/96, 2 BvR 511/96 -, NJW 1998, 669, juris Rn. 16; Hömig, GG, 10. Aufl. 2013, Art. 80 Rn. 2; Ossenbühl in: HStR V, § 103, Rn. 27 m. w. N.). Das Zitiergebot des Art. 80 Satz 3 LV Bbg fordert daher, dass eine Verordnung, welche die Rechtssetzungsbefugnis in Anspruch nimmt, durch Rechtsverordnung den Inhalt des Gesetzes zu ändern, zu ergänzen oder eine vom Gesetz abweichende Neuregelung zu erlassen, die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage für die das Parlamentsgesetz ändernde Rechtssetzungsmacht in der Verordnung angibt. Durch die Angabe der insoweit in Anspruch genommenen Ermächtigungsgrundlage hat der Verordnungsgeber nachzuweisen, dass er, obwohl er den Inhalt eines Gesetzes ändert, die Prärogative des parlamentarischen Gesetzgebers gewahrt hat. Die Offenlegung der Ermächtigung für die Gesetzesänderung oder -abweichung durch Rechtsverordnung soll zudem dem Adressaten der Verordnung die Kontrolle ermöglichen, ob die Verordnung die Direktiven und den Rahmen der gesetzlichen Ermächtigung eingehalten hat, also mit dem höherrangigen Gesetz übereinstimmt (Kontrollfunktion). Letzteres ist für den Rechtsschutz wesentlich, weil die Adressaten einer Rechtsverordnung anderenfalls zur sachgemäßen Wahrnehmung und ggf. Verteidigung ihrer Rechte bei der Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Verordnung darauf verwiesen wären, die Rechtsordnung auf potentielle Ermächtigungsgrundlagen für die Änderung des

Inhalts des Gesetzes oder die Abweichung von ihm durch Rechtsverordnung durchforsten zu müssen (Rechtsschutzfunktion, vgl. Bauer in: Dreier, GG, Band II, Art. 80, Rn. 43).
cc) Den vorgenannten Anforderungen des Zitiergebotes des Art. 80 Satz 3 LV Bbg wird die Verordnung der Landesregierung über den LEP B-B nicht gerecht. Die Rechtsverordnung beruht auf mehreren Ermächtigungsgrundlagen, die in der Eingangsformel nicht vollständig zitiert werden. Die Eingangsformel der Verordnung gibt zwar zutreffend Art. 8 Abs. 6 LPlV an, wonach die gemeinsamen Landesentwicklungspläne von den Regierungen der vertragschließenden Länder jeweils als Rechtsverordnung mit Geltung für das eigene Hoheitsgebiet erlassen werden. Neben dieser Regelung zur Verordnungsgebungskompetenz werden Art. 1 des Gesetzes zu dem Staatsvertrag der Länder Berlin und Brandenburg über das Landesentwicklungsprogramm 2007 (LEPro 2007) und die Änderung des Landesplanungsvertrages vom 18. Dezember 2007 (GVBl. I S. 235) und § 4 des Brandenburgischen Landesplanungsgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. Dezember 2002 (GVBl. 2003 I S. 9) zur Beteiligung des Landtages zitiert. In der Eingangsformel der Verordnung wird hingegen nicht § 3 Abs. 2 Satz 1 BbgLPlG 2002 als maßgebliche Rechtsgrundlage angeführt, obwohl dies nach den genannten Anforderungen bei gesetzesändernden oder gesetzesabweichenden Rechtsverordnungen von Verfassungs wegen geboten ist. Die Rechtsansicht des Antragsgegners, dass nicht auch § 3 Abs. 2 Satz 1 BbgLPlG, sondern nur Art. 8 Abs. 6 LPlV die Ermächtigungsgrundlage für den Erlass der Rechtsverordnung über den LEP B-BB sei, vermag nicht zu überzeugen. Die Rechtsverordnung über den LEP B-B beruht nämlich auf mehreren Ermächtigungsgrundlagen, denn neben Art. 8 Abs. 6 LPlV ist § 3 Abs. 2 Satz 1 BbgLPlG 2002 die Ermächtigungsgrundlage zum Erlass der Verordnung über den LEP B-B als gesetzesändernde oder gesetzesabweichende Rechtsverordnung (1) und die Landesregierung hat mit der Verordnung über den LEP B-B von der durch diese Ermächtigungsgrundlage erteilten Rechtssetzungsbefugnis, durch Rechtsverordnung vom Gesetz abzuweichen und den Inhalt der höherrangigen gesetzlichen Regelung in § 3 Abs. 1 Nr. 1 BbgLPlG 2002 zu ersetzen, Gebrauch gemacht (2).
(1) Nach der Öffnungsklausel des § 3 Abs. 2 Satz 1 BbgLPlG 2002 gelten die in § 3 Abs. 1 BbgLPlG 2002 enthaltenen Ziele nur so lange fort, bis sie durch Wirksamwerden entsprechender oder widersprechender Ziele in den gemeinsamen Landesentwicklungsplänen nach Artikel 8 des Landesplanungsvertrages ersetzt werden. Die Norm enthält nicht, wie der Antragsgegner meint, lediglich eine Konsequenz oder Folgeregelung für den Fall, dass von den Regierungen der Länder Berlin und Brandenburg gemeinsame Landesentwicklungspläne als Rechtsverordnung nach Art. 8 LPlV aufgestellt werden. § 3 Abs. 2 Satz 1 BbgLPlG 2002 stellt vielmehr eine zu zitierende Rechtsgrundlage im Sinne von Art. 80 Satz 3 LV Bbg dar, da durch diese Norm die den Landesentwicklungsplan mit Geltung für das eigene Hoheitsgebiet erlassende Regierung des Landes Brandenburg ermächtigt wird, unter anderem das in § 3 Abs. 1 Nr. 1 BbgLPlG 2002 festgelegte Ziel der Raumordnung, wonach die Siedlungsstruktur nach dem Prinzip der zentralörtlichen Gliederung zu entwickeln und von einer Stufung in Oberzentren, Mittelzentren und Grundzentren auszugehen ist, durch widersprechende Ziele in den gemeinsamen Landesentwicklungsplänen zu ersetzen und damit durch Rechtsverordnung der Sache nach den Inhalt des höherrangigen formellen Gesetzes zu ändern, also eine von dem Ziel des § 3 Abs. 1 Nr. 1 BbgLPlG 2002 abweichende Neuregelung durch Rechtsverordnung zu erlassen. Das Vorbringen des Antragsgegners, § 3 Abs. 2 Satz 1 BbgLPlG 2002 sei keine Ermächtigung zum Erlass einer Rechtsverordnung, sondern bringe lediglich klarstellend den allgemeinen Rechtsgrundsatz „lex posterior derogat legi priori"

zum Ausdruck, ist unzutreffend. Der ungeschriebene, aber gewohnheitsrechtlich anerkannte Rechtssatz „lex posterior derogat legi priori", wonach einem späteren Gesetz Vorrang vor einem früheren Gesetz derselben Rangordnung zukommt, gilt nur im Verhältnis einer Regelung zu einer zweiten Regelung gleicher Normqualität (vgl. BVerwG, Urteil vom 14. April 2011 - BVerwG 3 C 24.10 -, juris Rn. 26; Urteil vom 18. Mai 2000 - BVerwG 5 C 29.98 -, BVerwGE 111, 200, juris Rn. 25; HessVGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 - 5 A 1343/11 -, juris Rn. 43). § 3 Abs. 2 Satz 1 BbgLPlG 2002 erschöpft sich auch nicht in der Normierung der zeitlichen Reihenfolge der Geltung von Regelungen zu Zielen der Raumordnung, sondern enthält auch die Rechtssetzungsbefugnis, dass der als Rechtsverordnung der Landesregierung zu erlassende Landesentwicklungsplan den höherrangigen gesetzlichen Rechtssatz des Landesparlaments zu einer dreistufigen zentralörtlichen Gliederung des Landes mit Oberzentren, Mittelzentren und Grundzentren „ersetzen", also der Sache nach ändern oder jedenfalls vom ihm abweichen kann. Es handelt sich also um eine gesetzliche Ermächtigung zu einer gesetzesändernden bzw. vom Gesetz abweichenden Verordnung und nicht bloß um eine deklaratorisch-klarstellende Wiederholung des Grundsatzes „lex posterior derogat legi priori". Die Auslegung des Antragsgegners, wonach § 3 Abs. 2 Satz 1 BbgLPlG 2002 lediglich eine Folgeregelung für den Fall enthält, dass gemeinsame Landesentwicklungspläne nach Art. 8 LPlV erlassen werden, erklärt nicht, woraus sich dann die Delegation der Rechtssetzungskompetenz ergeben soll, durch Rechtsverordnung der Landesregierung im Landesentwicklungsplan von dem höherrangigen gesetzlichen Rechtssatz des Landesparlaments in § 3 Abs. 1 BbgLPlG 2002 abzuweichen, ihn also zu ersetzen und damit der Sache nach zu ändern. § 3 Abs. 2 Satz 1 BbgLPlG 2002 ist daher entgegen der Ansicht des Antragsgegners auch keine Regelung, die die Ermächtigungsgrundlage des Art. 8 Abs. 6 LPlV bloß inhaltlich ausfüllt.
(2) Mit der Verordnung über den LEP B-B hat die Landesregierung von der ihr durch § 3 Abs. 2 Satz 1 BbgLPlG 2002 erteilten Rechtssetzungsbefugnis Gebrauch gemacht, durch Rechtsverordnung vom Gesetz abzuweichen und den Inhalt der höherrangigen gesetzlichen Regelung zu den Zielen der Raumordnung in § 3 Abs. 1 Nr. 1 BbgLPlG 2002 zu ändern, weshalb entgegen der in der mündlichen Verhandlung geäußerten Auffassung des Antragsgegners § 3 Abs. 2 Satz 1 BbgLPlG 2002 für einen rechtmäßigen Erlass der Verordnung über den LEP B-B nicht „hinweggedacht" werden kann.
Raumordnung ist auf die Ordnung und Entwicklung des größeren Raumes angelegt. Der Gesetzgeber hat der Raumordnung daher die Kompetenz zur überfachlichen und überörtlichen, zusammenfassenden (integrierenden) Gesamtplanung verliehen und dies mit einem Koordinierungs-, Ordnungs- und Entwicklungsauftrag verbunden (vgl. § 1 Abs. 1 Satz 2 ROG 1998; BVerwG, Urteil vom 16. März 2006 - BVerwG 4 A 1075/04 -, BVerwGE 125, 116, juris Rn. 64). Die Raumordnungspläne sollen dazu Festlegungen zur Raumstruktur enthalten, insbesondere zu der anzustrebenden Siedlungsstruktur; hierzu gehören Zentrale Orte und besondere Gemeindefunktionen, wie Entwicklungsschwerpunkte (vgl. § 7 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Buchst. b und c ROG 1998). In den Landesentwicklungsplänen sind dementsprechend Grundsätze und Ziele der Raumordnung insbesondere zur Raumstruktur und zentralörtlichen Gliederung festzulegen (vgl. Art. 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 LPlV). Dementsprechend regelt § 3 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 BbgLPlG 2002, dass die Siedlungsstruktur nach den Prinzipien der zentralörtlichen Gliederung zu entwickeln ist. Eine weitergehende Vorgabe macht der Parlamentsgesetzgeber in § 3 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 BbgLPlG 2002. Danach ist bei der zentralörtlichen Gliederung von einer Stufung in Oberzentren, Mittelzentren und

Grundzentren auszugehen. Hierdurch wird gesetzlich vorgeschrieben, dass das zentralörtliche System drei Gliederungsebenen aufweisen muss, die als Siedlungsschwerpunkte für ihren Versorgungsbereich räumlich gebündelte Wirtschafts-, Einzelhandels-, Kultur-, Freizeit-, Bildungs-, Gesundheits- und soziale Versorgungsfunktionen erfüllen (vgl. § 3 Abs. 1 Nr. 1 Satz 5 BbgLPlG i. V. m. § 3 LEPro 2007). Das in § 3 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 BbgLPlG 2002 niedergelegte gesetzliche Ziel der dreistufigen zentralörtlichen Gliederung in Oberzentren, Mittelzentren und Grundzentren soll durch die Rechtsverordnung über den Landesentwicklungsplan ersetzt und der Inhalt des Parlamentsgesetzes damit der Sache nach verändert werden. Der Landesentwicklungsplan sieht nämlich als Ziel der Raumordnung ein anderes Zentrale-Orte-System vor. Nach dem dort genannten Ziel 2.1 werden in der Hauptstadtregion Berlin-Brandenburg als zentrale Orte die Metropole, Oberzentren und Mittelzentren einschließlich der Mittelzentren in Funktionsteilung abschließend festgelegt. Die gemäß Art. 8 Abs. 6 Satz 1 LPlV von der Regierung des Landes Brandenburg mit Geltung für das eigene Hoheitsgebiet erlassene Rechtsverordnung über den Landesentwicklungsplan bestimmt damit für den Bereich des Landes eine Siedlungsstruktur mit zentralörtlicher Gliederung in zwei Stufen, nämlich in Oberzentren und Mittelzentren (einschließlich Mittelzentren in Funktionsteilung). Die Stufe des Grundzentrums als Zentrum der Nahbereichsebene gibt es nicht mehr, denn der Landesentwicklungsplan regelt das zentralörtliche System ausdrücklich abschließend und lässt daher auch nicht mehr die Möglichkeit der Festsetzung von Zentralen Orten auf der Ebene der Grundzentren in den Regionalplänen zu. Auch der Umstand, dass der Landesentwicklungsplan die Metropole als weitere Kategorie eines Zentralen Ortes nennt und die Bundeshauptstadt Berlin als solche festlegt (Ziel 2.1., 2.5), ändert nichts an der Bewertung, dass das gesetzliche Ziel des § 3 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 BbgLPlG 2002 durch die angegriffene Rechtsverordnung der Regierung des Landes Brandenburg mit Geltung für ihr eigenes Hoheitsgebiet geändert oder von ihm abgewichen wird, weil die Nahbereichsebene der Grundzentren als Zentrale Orte entfällt und im Land Brandenburg damit von einer zwei- statt dreistufigen zentralörtlichen Gliederung ausgegangen wird.
Dass das in § 3 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 BbgLPlG 2002 enthaltene Ziel der Raumordnung durch die Ziele 2.1, 2.7 und 2.9 des Landesentwicklungsplans geändert und ersetzt werden sollte, wird auch durch die Begründung zur Verordnung über den Landesentwicklungsplan sowie die Begründung der Landesregierung zum Gesetz zu dem Fünften Staatsvertrag vom 16. Februar 2011 über die Änderung des Landesplanungsvertrages und zur Änderung weiterer planungsrechtlicher Vorschriften vom 21. September 2011 bestätigt. In der Begründung zur Verordnung über den Landesentwicklungsplan (GVBl. II, S. 185 [187]) wird ausgeführt, dass mit diesem § 3 Abs. 1 des Brandenburgischen Landesplanungsgesetzes „abgelöst" wird. Danach sollen mit Wirksamwerden der neuen Ziele in der Verordnung über den LEP B-B die in § 3 Abs. 1 BbgLPlG bis dahin für das Land Brandenburg geltenden Ziele ihre Geltung verlieren. Es wird also mit den neuen Zielen von der Landesregierung delegierte Rechtssetzungsmacht in Anspruch genommen, durch Rechtsverordnung vom Gesetz abweichende Ziele zu bestimmen. Auch in der späteren Regierungsbegründung (Landtag Brandenburg, Drs. 5/2886, S. 7) zu Art. 4 des Gesetzes zu dem Fünften Staatsvertrag vom 16. Februar 2011 über die Änderung des Landesplanungsvertrages und zur Änderung weiterer planungsrechtlicher Vorschriften (vom 21. September 2011, GVBl. I Nr. 21, S. 1) wird das Außerkrafttreten des Brandenburgischen Landesplanungsgesetzes mit Wirkung vom 22. September 2011 damit begründet, dass die brandenburgischen Ziele der Raumordnung in § 3 Abs. 1 BbgLPlG

inzwischen durch die gemeinsame Landes-entwicklungsplanung, zuletzt durch den LEP B-B, ersetzt worden seien, was verdeutlicht, dass die Exekutive mit Erlass der Rechtsverordnung vom 31. März 2009 von der Rechtssetzungsbefugnis des § 3 Abs. 2 BbgLPlG 2002 Gebrauch gemacht hat.
Der Umstand, dass durch eine Entscheidung des Landtages, also der Staatsgewalt, die die Gesetzgebung originär ausgeübt (Art. 2 Abs. 4 Satz 1, Art. 75 ff. LV Bbg) das Brandenburgische Landesplanungsgesetz mit Wirkung vom 22. September 2011 außer Kraft getreten ist (vgl. Art. 4 Abs. 1 des Gesetzes vom 21. September 2011, GVBl. I Nr. 21, S. 7) und damit auch das in § 3 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 BbgLPlG 2002 enthaltene Ziel der Stufung der zentralörtlichen Gliederung in Oberzentren, Mittelzentren und Grundzentren aufgehoben wurde, ändert nichts daran, dass die Landesregierung zum Zeitpunkt des Erlasses der Verordnung über den LEP B-B im Jahr 2009 von der durch die Ermächtigungsgrundlage des § 3 Abs. 2 Satz 1 BbgLPlG 2002 erteilten Rechtssetzungsbefugnis Gebrauch gemacht hat, durch Rechtsverordnung den Inhalt der damals noch geltenden höherrangigen gesetzlichen Regelung zu den Zielen der Raumordnung in § 3 Abs. 1 Nr. 1 BbgLPlG 2002 der Sache nach zu ändern oder jedenfalls von ihnen abzuweichen. Wie gezeigt (II. 3. a. bb.) kommt es für die Bewertung, ob die maßgeblichen Rechtsgrundlagen in der Verordnung angegeben sind (Art. 80 Satz 3 LV Bbg), auf die Rechtslage im Zeitpunkt der Ausfertigung und Verkündung an. In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist geklärt, dass der nachträgliche Wegfall der Ermächtigungsgrundlage für den Bestand ordnungsgemäß erlassener Rechtsverordnungen ohne Einfluss ist (vgl. BVerfG, Beschluss vom 10. Mai 1988 - 1 BvR 482/84 u. a. -, BVerfGE 78, 179, juris Rn. 55; Jarass/Pieroth, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 80 Rn. 15 m. w. N.). Umgekehrt ist es für die Frage der Wirksamkeit einer gesetzesändernden Rechtsverordnung, bei deren Erlass die maßgeblichen Rechtsgrundlagen in der Eingangsformel der Verordnung nicht angegeben sind, ohne Belang, dass das durch die Rechtsverordnung geänderte oder ersetzte Gesetz, hier das Brandenburgische Landesplanungsgesetz mit seiner Zielregelung in § 3 Abs. 1 Nr. 1, in Folge einer Rechtsänderung nach Erlass der Verordnung außer Kraft getreten ist. Denn die Wirksamkeit einer Rechtsverordnung darf nicht von Umständen abhängen, die zum Zeitpunkt der Ausfertigung und Verkündung der Verordnung weder aus ihr selbst noch aus der ihr zugrunde liegenden gesetzlichen Ermächtigung ersichtlich sind. Dies entspricht auch der neueren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, wonach Rechtsnormen, die unter Verletzung höherrangigen Rechts zustande gekommen sind, von Anfang an (ex tunc) und ohne weiteres (ipso iure) unwirksam sind; sie bleiben es auch, soweit nicht aufgrund gesetzlicher Sonderregelungen ausnahmsweise etwas anderes gilt (BVerwG, Urteil vom 27. März 2014 - BVerwG 4 CN 3/13 -, juris Rn. 33 zur Normenkontrolle gegen Bebauungspläne), weshalb eine Rechtsnorm nicht aufgrund einer späteren Rechtsänderung wieder „zum Leben erweckt" werden kann.
(3) Der Bewertung, dass die Eingangsformel der Verordnung über den Landesentwicklungsplan dem Zitiergebot nach Art. 80 Satz 3 LV Bbg nicht entspricht, steht auch nicht entgegen, dass - wie dargestellt - im erläuternden und begründenden Teil I der Anlage zur Verordnung über den LEP B-B ausgeführt wird, dass mit dem Landesentwicklungsplan § 3 Abs. 1 BbgLPlG 2002 abgelöst und in einer Fußnote dazu mitgeteilt wird, dass mit den Festlegungen des Plans auf der Grundlage von § 3 Abs. 2 BbgLPlG 2002 die entsprechenden oder widersprechenden Ziele in § 3 Abs. 1 BbgLPlG ersetzt würden. Die Rechtsgrundlage muss - wie ausgeführt (II. 3. a. bb.) - gemäß Art. 80 Satz 3 LV Bbg in der Eingangsformel der Verordnung angegeben werden. Es reicht nicht

aus, dass sie in einer Fußnote in der amtlichen Erläuterung bzw. Begründung zur Verordnung versteckt wird, weil dies die rechtsstaatlich gebotene Publizität der Angabe der Rechtsgrundlage verfehlt (vgl. BVerfG, Urteil vom 6. Juli 1999 - 2 BvF 3.90 - BVerfGE 101, 1, juris Rn. 162; Bauer in: Dreier, GG, Bd. II 2006, Art. 80, Rn. 44;Lieber/Iwers/ Ernst, Verfassung des Landes Brandenburg, 2012, Art. 80 Anm. 7).
b) Unabhängig von der Verletzung des Zitiergebots gemäß Art. 80 Satz 3 LV Bbg verstößt die Verordnung über den LEP B-B mit ihrem zweistufigen System der Zentralen Orte ohne Festlegung von Grundzentren gegen die zum maßgeblichen Zeitpunkt ihrer Ausfertigung und Verkündung noch geltende höherrangige Regelung des § 3 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 BbgLPlG 2002. Wie ausgeführt, hat der Parlamentsgesetzgeber in § 3 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 BbgLPlG 2002 für die zentralörtliche Gliederung das verbindliche Ziel der Raumordnung festgelegt, dass von einer Stufung in Oberzentren, Mittelzentren und Grundzentren auszugehen ist. Diese Vorgabe hält das Zentrale-Orte-System des LEP B-B nicht ein, weil es in dem Ziel 2.1 regelt, dass in der Hauptstadtregion Berlin-Brandenburg als Zentrale Orte die Metropole, Oberzentren und Mittelzentren abschließend festgelegt werden. Für das Hoheitsgebiet des Landes Brandenburg beinhaltet dies die Festlegung einer zweistufigen zentralörtlichen Gliederung ohne die Stufe des Grundzentrums.
Entgegen der Ansicht des Antragsgegners ist das in § 3 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 BbgLPlG 2002 geregelte Ziel nicht auf der Grundlage der Öffnungsklausel des § 3 Abs. 2 Satz 1 BbgLPlG 2002 vom Verordnungsgeber wirksam geändert oder ersetzt worden. Die vorgenannte Regelung ist - wie ausgeführt - als Ermächtigung zu qualifizieren, durch Rechtsverordnung eine vom Gesetz abweichende Regelung zu treffen und damit den Inhalt des Gesetzes zu ersetzen, also der Sache nach zu ändern (vgl. II. 3. a. cc. [1]). Ungeachtet des sich aus Art. 100 Abs. 1 GG ergebenden Verwerfungsmonopoles der Verfassungsgerichte für förmliche Gesetze steht den Fachgerichten das Prüfungsrecht für die Frage zu, ob eine für einen konkreten Rechtsstreit einschlägige Regelung gültig ist (vgl. Jarass/Pieroth, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 100 Rn. 2). Danach genügt die gesetzliche Ermächtigung zum Erlass einer gesetzesabweichenden oder ändernden Rechtsverordnung in § 3 Abs. 2 Satz 1 BbgLPlG 2002 nicht dem Bestimmtheitsgebot des Art. 80 Satz 2 LV Bbg.
Ermächtigungen, durch Rechtsverordnung den Inhalt eines Gesetzes zu ändern oder zu ergänzen oder vom Gesetz abweichende Regelungen zu erlassen, sind zwar grundsätzlich zulässig (vgl. BVerfG, Beschluss vom 4. Mai 1997 - 2 BvR 509/96, 2 BvR 511.96 -, NJW 1998, S. 669, juris Rn. 16; BSG, Urteil vom 2. Juni 2004 - B 7 AL 102/03 R -, SozR 4-4300 § 422 Nr. 1, juris Rn. 21; Ossenbühl in: HStR Band V, § 103, Rn. 27; Nierhaus in: Kommentar zum Bonner GG, Stand Mai 2014, Art. 80 Rn. 230; Sachs, GG, 6. Aufl. 2011, Art. 80 Rn. 11; Hömig, GG, 10. Aufl. 2013, Art. 80 Rn. 2; Jarass/Pieroth, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 80 Rn. 14; Reimer in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkule, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I 2012, S. 649 m. w. N.). In der Staatspraxis hat sich ein Bedürfnis herauskristallisiert, den Gesetzgeber durch Regelungen zu entlasten, welche die Exekutive ermächtigen, durch Rechtsverordnung gesetzliche Vorschriften zu ändern (vgl. z. B. § 1 Abs. 2, 3 und 4 BtMG, § 10 Abs. 1 LadSchlG, § 79 AMG, § 1 Abs. 2 KrWaffKontrG). Der Vorrang des formellen Gesetzes steht solchen gesetzesändernden, gesetzesergänzenden oder gesetzesabweichenden Rechtsverordnungen nicht entgegen, wenn die gesetzesverdrängende Wirkung auf einem ausdrücklich zugunsten der Rechtsverordnung reduzierten - subsidiären -Geltungsanspruch des Gesetzes beruht, die Rechtsverordnung also nur eine ihr aufgrund der gesetzlichen Ermächtigung gestattete Möglichkeit zur Gesetzesausführung nutzt und wenn dafür sachliche Gründe bestehen.
Bei der Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen auf die Exekutive hat der

Brandenburger Landesgesetzgeber allerdings Art. 80 Satz 2 LV Bbg zu beachten. Das Gesetz muss danach Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung bestimmen. An die Konkretisierung solcher Ermächtigungen für gesetzesändernde oder gesetzesergänzende Rechtsverordnungen sind dabei nach Art. 80 Satz 2 LV Bbg besonders strenge Anforderungen zu stellen (vgl. Hömig, GG, 10. Aufl. 2013, Art. 80 Rn. 2). Das Parlament soll sich seiner Verantwortung als gesetzgebende Körperschaft nicht dadurch entäußern können, dass es einen Teil der Gesetzgebungsmacht der Exekutive überträgt, ohne die Grenzen dieser Kompetenzen bedacht und diese nach Tendenz und Programm genau umrissen zu haben (BVerfG, Beschluss vom 20. Oktober 1981 - 1 BvR 640/80 -, BVerfGE 58, 257, juris Rn. 62 m. w. N.). Der Gesetzgeber muss im formellen Gesetz selbst die Entscheidung darüber treffen, welche Fragen durch die Rechtsverordnung geregelt werden sollen; er muss die Grenzen einer solchen Regelung festsetzen und angeben, welchem Ziel die Regelung dienen soll. Es muss sich aus dem Gesetz ermitteln lassen, welches vom Gesetzgeber gesetzte Programm durch die Rechtsverordnung erreicht werden soll, so dass der Normadressat schon aus dieser Rechtsnorm ersehen kann, in welchen Fällen und mit welcher Tendenz von der Ermächtigung Gebrauch gemacht werden wird und welchen Inhalt die aufgrund der Ermächtigung erlassene Rechtsverordnung haben kann (vgl. BVerfG, Beschluss vom 4. Mai 1997 - 2 BvR 509/96, 2 BvR 511/96 -, NJW 1998, 669, juris Rn. 17; BSG, Urteil vom 2. Juni 2004 - B 7 AL 102/03 R -, SozR 4-4300 § 422 Nr. 1, juris Rn. 21). Bei der Ermittlung, ob die Ermächtigungsnorm die geforderte Bestimmtheit aufweist, sind die allgemeinen Auslegungsmethoden anzuwenden (vgl. BVerfG, Beschluss vom 20. Oktober 1981 - 1 BvR 640/80 -, BVerfGE 58, 257, juris Rn. 62; BVerwG, Urteil vom 19. September 2001 - BVerwG 6 C 13/00 -, BVerwGE 115, 125, juris Rn. 16; Rubel in: Umbach, Mitarbeiter-Kommentar zum GG, 2002, Art. 80 Rn. 20; Jarass/Pieroth, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 80 Rn. 11 m.w.N).
Hiernach erweist sich die Ermächtigung des § 3 Abs. 2 Satz 1 BbgLPlG 2002 nach ihrem Ausmaß als nicht hinreichend bestimmt. Nach dieser Vorschrift gelten die in § 3 Abs. 1 BbgLPlG 2002 enthaltenen Ziele nur so lange fort, bis sie durch Wirksamwerden entsprechender oder widersprechender Ziele in den gemeinsamen Landesentwicklungsplänen nach Art. 8 LPlV ersetzt werden. Auch wenn die Norm von „ersetzt" spricht, wird dadurch die Regierung des Landes Brandenburg der Sache nach ermächtigt, in dem nach Art. 8 LPlV als Rechtsverordnung erlassenen Landesentwicklungsplan den Inhalt der gesetzlichen Regelung in § 3 Abs. 1 BbgLPlG 2002 abzuändern oder jedenfalls von ihr abzuweichen.
Legt der Landesgesetzgeber selbst für die Landesplanung - wie in § 3 Abs. 1 BbgLPlG 2002 geschehen - kraft Gesetzes wesentliche Entscheidungen und verbindliche Vorgaben in Form von räumlichen und sachlichen Zielen der Raumordnung fest, insbesondere das Ziel, dass bei der zentralörtlichen Gliederung von einer Stufung in Oberzentren, Mittelzentren und Grundzentren auszugehen ist (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 BbgLPlG 2002), so muss er in der Ermächtigung, durch Rechtsverordnung den Inhalt des Gesetzes zu ändern oder von diesem abzuweichen, auch hinreichend bestimmt das Ausmaß dieser Änderungs- und Abweichungsbefugnis regeln. Wenn die Legislative Gesetzgebungsmacht zur Änderung des Gesetzes auf die Exekutive überträgt, muss sie das Ziel der Regelung, die Tendenz und das Programm der Änderung oder Abweichung zumindest konkretisierend umreißen. Sinn der Regelung des Art. 80 Satz 2 LV Bbg ist es nämlich, das Parlament daran zu hindern, sich seiner Verantwortung als gesetzgebende Körperschaft zu entäußern. Es soll nicht einen Teil seiner Gesetzgebungsmacht der Exekutive übertragen, ohne die Grenzen dieser Befugnis bedacht und diese nach Tendenz und Programm so genau wie möglich

umrissen zu haben (vgl. BVerfG, Beschluss vom 8. Juni 1988 - 2 BvL 9.85, 2 BvL 3.86 - BVerfGE 78, 249, juris Rn. 58). § 3 Abs. 2 Satz 1 BbgLPlG 2002 überlässt es hingegen - entgegen dem Sinn der Regelung des Art. 80 Satz 2 LV Bbg - der Landesregierung, in welchem Ausmaß und mit welchen Zielen § 3 Abs. 1 BbgLPlG 2002 ersetzt wird und legt nicht die Grenzen fest, die sie dabei einzuhalten hat. Der Wortlaut des § 3 Abs. 2 Satz 1 BbgLPlG, wonach die in Absatz 1 enthaltenen Ziele nur so lange fortgelten, bis sie durch Wirksamwerden entsprechender oder widersprechender Ziele in den gemeinsamen Landesentwicklungsplänen nach Art. 8 LPlV ersetzt werden, grenzt das Ausmaß der Ermächtigung nicht ein. Zwar lässt sich aus der Regelung durch eine systematische Interpretation folgern, dass die Ermächtigung, durch Rechtsverordnung den Inhalt des Gesetzes zu ändern, den Zweck hat, im Sinne einer Öffnungsklausel zu ermöglichen, dass das Land Brandenburg mit dem Land Berlin im Interesse einer auf Dauer angelegten gemeinsamen Raumordnung und Landesplanung gemeinsame Grundsätze und Ziele der Raumordnung für den gemeinsamen Planungsraum in gemeinsamen Landesentwicklungsplänen festlegen kann (vgl. Art. 1 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 2 LPlV). Gleichwohl bestimmt die Ermächtigung nicht die Grenzen dieser Kompetenz zur Änderung eines Parlamentsgesetzes durch exekutive Rechtsetzung. Die Antragstellerinnen - wie auch andere Gemeinden - können nicht erkennen und voraussehen, mit welcher Tendenz und mit welchem inhaltlichen raumordnerischen Ziel die Landesregierung § 3 Abs. 1 BbgLPlG 2002 ändern kann. Dies lässt sich auch nicht mit Hilfe der Entstehungsgeschichte der Ermächtigungsnorm hinreichend bestimmen. Die bei Erlass des LEP B-B geltende Fassung des § 3 Abs. 2 Satz 1 BbgLPlG 2002 wurde durch das Gesetz zu dem Zweiten Staatsvertrag über die Änderung des Landesplanungsvertrages und zur Änderung des Brandenburgischen Landesplanungsgesetzes sowie des Gesetzes zur Einführung der Regionalplanung und der Braunkohlen- und Sanierungsplanung im Land Brandenburg vom 15. März 2001 (GVBl. I S. 47) in das Brandenburgische Landesplanungsgesetz aufgenommen. Aus den Gesetzesmaterialien, insbesondere der Begründung der Landesregierung zu Art. 2 Nr. 6 des Gesetzentwurfs (Landtag Brandenburg, Drs. 3/2217, S. 27) lassen sich die Motive des Landesgesetzgebers für diese Regelung nicht entnehmen, so dass auch eine historische Auslegung keinen Hinweis auf eine das Ausmaß der Ermächtigung einschränkende Interpretation bietet.
Das Ausmaß der Ermächtigung wird auch nicht dadurch begrenzt, dass nach Art. 8 Abs. 5 LPlV und § 4 BbgLPlG 2002 der für die Landesplanung zuständige Ausschuss des Landtages vor Erlass der Verordnung zu beteiligen ist. Die Beteiligung des Landtages in Brandenburg ist - wie ausgeführt (II 2. a.) - relativ gering ausgeprägt und führt nicht zu einem entscheidenden Einfluss der Legislative auf den Inhalt der Rechtsverordnung, weshalb schon von daher keine geringeren Anforderungen an die Bestimmtheit der Ermächtigung zu stellen sind. Im Übrigen müsste nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts selbst bei einer Ermächtigung zum Erlass einer „Zustimmungsverordnung" den Anforderungen von Art 80 Satz 2 LV Bbg Genüge getan werden. Die Bestimmtheit der Ermächtigung muss sich aus dem Gesetz und damit unabhängig von den Voraussetzungen ergeben, unter denen die Verordnung der Zustimmung des Landtages bedürfte (vgl. BVerfG, Beschluss vom 12. November 1958 - 2 BvL 4/56 u. a. -, BVerfGE 8, 274, juris Ls. 6 b u. Rn. 176 ff.).
§ 3 Abs. 2 Satz 1 BbgLPlG 2002 lässt sich auch nicht verfassungskonform einschränkend auslegen. Die verfassungskonforme Auslegung einer Norm ist geboten, wenn unter Berücksichtigung von Wortlaut, Entstehungsgeschichte, Gesamtzusammenhang und Zweck mehrere Deutungen möglich sind, von denen jedenfalls eine zu einem

verfassungsmäßigen Ergebnis führt. Grenzen werden der verfassungskonformen Auslegung durch den Wortlaut und den Gesetzeszweck gezogen. Ein Normverständnis, welches mit dem Gesetzeswortlaut nicht mehr in Einklang zu bringen ist, kann durch verfassungskonforme Auslegung ebenso wenig gewonnen werden wie ein solches, das in Widerspruch zu dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers treten würde (BVerfG, Beschluss vom 10. Juni 2009 - 1 BvR 825/08, 1 BvR 831/08 -, BVerfGE 124, 25, juris Rn. 47; Jarass/Pieroth, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 20 Rn. 34 a m. w. N.). Weder aus dem Wortlaut des § 3 Abs. 2 Satz 1 BbgLPlG 2002 noch aus seiner Entstehungsgeschichte, dem Gesamtzusammenhang und dem Zweck der Norm lässt sich eine verfassungskonforme Auslegung herleiten.
Die Frage, ob die landesgesetzliche Ermächtigung des § 3 Abs. 2 Satz 1 BbgLPlG mit Art. 80 Satz 2 LV Bbg vereinbar ist, war nicht dem Verfassungsgericht des Landes Brandenburg zur Entscheidung vorzulegen. Die Zulässigkeit einer Vorlage im Verfahren der konkreten Normenkontrolle richtet sich nach Art. 100 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 113 Nr. 3 LV Bbg und §§ 12 Nr. 3, 42 ff. VerfGG Bbg. Sie setzt voraus, dass die fachgerichtliche Entscheidung von der Gültigkeit des Gesetzes abhängt, die Normgültigkeit also entscheidungserheblich für den Ausgang des Rechtsstreites ist (vgl. LVerfG Bbg, Beschluss vom 17. Juni 2011 - 62/10 -, juris Rn. 48; Umbach/Clemens/Dollinger, BVerfGG, 2. Aufl. 2005, § 80 Rn. 57). Dies ist hier nicht der Fall. Die Gültigkeit des § 3 Abs. 2 Satz 1 BbgLPlG 2002 ist nicht entscheidungserheblich, weil der LEP B-B schon wegen des Verstoßes gegen Art. 80 Satz 3 LV Bbg keinen Bestand haben kann.
4. Die von der Regierung des Landes Brandenburg erlassene Verordnung über den LEP B-B ist gemäß § 47 Abs. 5 Satz 2 VwGO für unwirksam zu erklären.
a) Die festgestellte Verletzung des Zitiergebots des Art. 80 Satz 3 LV Bbg führt zur Nichtigkeit der von der Regierung des Landes Brandenburg erlassenen Verordnung über den LEB B-B mit der Folge, dass sie nach § 47 Abs. 5 Satz 2 VwGO für unwirksam zu erklären ist. Eine Missachtung des Zitiergebots verletzt nämlich nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ein „unerlässliches Element des demokratischen Rechtsstaates". Ein solcher Mangel führt als Rechtsfolge zur Nichtigkeit der Verordnung (BVerfG, Urteil vom 6. Juli 1999 - 2 BvF 3/90 -, BVerfGE 101, 1, juris Ls. 1 b und Rn. 159; vgl. auch OVG Bln-Bbg, Urteil vom 24. März 2010 - OVG 1 A 1.09 -, OVGE 31, 5, juris Rn. 30; Rubel in: Umbach, Mitarbeiter-Kommentar zum GG, 2002, Art. 80 Rn. 32; Bryde in: Münch/Kunig,GG, Art. 80 Rn. 24; Ossenbühl in: Isensee/Kirchhof, HStR V, § 103 Rn. 71; Lieber/Iwers/Ernst, Verfassung des Landes Brandenburg, 2012, Art. 80 Anm. 7). Auch der Einwand des Antragsgegners, eine Verletzung des Zitiergebots sei von der Antragstellerin zu 2. erst mit einem am 11. November 2010 bei Gericht eingegangen Schriftsatz geltend gemacht worden und daher nach der Planerhaltungsvorschrift des Art. 9 Abs. 1 LPlV unbeachtlich, ändert nichts an der Nichtigkeit der Verordnung. Das in Art. 80 Satz 3 der Landesverfassung verankerte Zitiergebot gehört nämlich nicht zu den für Raumordungspläne geltenden Verfahrens- und Formvorschriften im Sinne des Art. 9 Abs. 1 LPlV. Es handelt sich vielmehr um eine verfassungsrechtliche Anforderung, die nicht durch einfachgesetzliche Bestimmungen für unbeachtlich erklärt werden kann (vgl. OVG Bln-Bbg, Urteil vom 24. März 2010 - OVG 1 A 1.09 -, OVGE 31, 5, juris Rn. 21). Aus demselben Grund greift auch die Planerhaltungsvorschrift des § 12 Abs. 1 i. V. m. § 28 Abs. 2 Satz 1 ROG 2008 nicht. Zudem handelt es sich bei der Verletzung des Zitiergebots in Art. 80 Satz 3 LV Bbg nicht um eine Verletzung von Verfahrens- und Formvorschriften „dieses Gesetzes" (§ 12 Abs. 1 ROG 2008), also der im Raumordnungsgesetz geregelten. Denn diese Norm erfasst nicht anderweitige gesetzliche Regelungen, insbesondere solche

über rechtstaatliche Mindeststandards (vgl. dazu Spannowsky/Runkel/Goppel, ROG, 2010, § 12 Rn. 34; Bielenberg/Runkel/Spannowsky, Raumordungs- und Landesplanungsrecht des Bundes und der Länder, Band 2, Stand II/2014, L § 12 Rn. 132).
Hat der Verordnungsgeber das Zitiergebot nicht beachtet, kann die Ergänzung der Eingangsformel um § 3 Abs. 2 Satz 1 BbgLPlG auch nicht nachgeholt werden. Ein Nachschieben von Ermächtigungsgrundlagen ist aus Gründen der von Art. 80 Satz 3 LV Bbg intendierten Rechtsklarheit unzulässig. Eine Verordnung, für die die Ermächtigungsgrundlagen nicht oder nicht vollständig angegeben wurden, muss vielmehr neu erlassen werden (vgl. BMJ, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. Aufl. 2008, Rn. 762), wobei dann hier für die Abwägung (§ 7 Abs. 2 ROG 2008, Art. 8 Abs. 4 i. V. m. Art. 7 Abs. 4 Satz 1 LPlV) die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Beschlussfassung über den (neuen) Raumordnungsplan maßgebend ist (§ 12 Abs. 3 Satz 1 ROG 2008).
b) Die von der Regierung des Landes Brandenburg erlassene Verordnung über den LEP B-B ist gesamtunwirksam.
Grundsätzlich umfasst die stattgebende Entscheidung im Normenkontrollverfahren die gesamte Norm. Im Planungsverfahren stellt die Teilunwirksamkeit zur Gesamtunwirksamkeit eine von besonderen Umständen abhängende Ausnahme dar (BVerwG, Beschluss vom 24. April 2013 - BVerwG 4 BN 22/13 -, juris Orientierungssatz und Rn. 3). Die Unwirksamkeit einzelner Festlegungen einer Norm führen - nach den allgemeinen Grundsätzen über die teilweise Nichtigkeit von Gesetzen und anderen Rechtsvorschriften (vgl. auch § 139 BGB) - ausnahmsweise dann nicht zur Gesamtunwirksamkeit eines Plans, wenn dieser objektiv teilbar ist, also ein isolierbarer Fehler vorliegt. In der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Bebauungsplan ist geklärt, dass Mängel, die einzelnen Festsetzungen eines Bebauungsplans anhaften, dann nicht zu dessen Gesamtnichtigkeit führen, wenn die übrigen Regelungen, Maßnahmen oder Festsetzungen für sich betrachtet noch eine sinnvolle städtebauliche Ordnung im Sinne des § 1 Abs. 3 BauGB bewirken können und wenn die Gemeinde nach ihrem im Planungsverfahren zum Ausdruck gekommenen Willen im Zweifel auch einen Plan dieses eingeschränkten Inhalts beschlossen hätte. Umgekehrt ist eine Gesamtnichtigkeit festzustellen, wenn eine einzelne nichtige Festsetzung mit dem gesamten Bebauungsplan in einem untrennbaren Zusammenhang steht (BVerwG, Beschluss vom 6. November 2007 - BVerwG 4 BN 44/07 -, juris Rn. 3; Urteil vom 19. September 2002 - BVerwG 4 CN 1/02 -, BVerwGE 117, 58, juris Rn. 12; OVG Bln-Bbg, Urteil vom 21. März 2013 - OVG 10 A 1.10 -, juris Rn. 55). Es ist letztlich eine Frage des jeweiligen Einzelfalls, ob eine fehlerhafte Festsetzung zur Gesamt- oder zur Teilnichtigkeit des Planes führt (vgl. BVerwG, Beschluss vom 17. September 2013 - BVerwG 4 BN 40/13 -, juris Rn. 6; Beschluss vom 6. November 2007 - BVerwG 4 BN 44/07 -, juris Rn. 3).
Überträgt man diese Rechtsprechung auf einen Raumordnungsplan, ist auf ihrer Grundlage bei der Verordnung über den LEP B-B keine Ausnahme von der Gesamtunwirksamkeit zu machen. Es liegt kein auf einen Teil der Rechtsverordnung beschränkbarer Fehler vor. Bei dem Verstoß gegen Art. 80 Satz 3 LV Bbg handelt es sich nicht um einen sachlich isolierbaren, sondern der gesamten Verordnung über den LEP B-B anhaftenden Fehler, bei dem die Normadressaten aus der Eingangsformel nicht vollständig erkennen können, welche Rechtsgrundlagen die Landesregierung in Anspruch genommen hat. Im Übrigen betrifft die auf der Grundlage von § 3 Abs. 2 Satz 1 BbgLPlG 2002 erlassene abschließende Regelung über ein zweistufiges Zentrale-Orte-System ohne die Stufe der Grundzentren (vgl. Z 2.1 ff. LEP B-B) eine zentrale Frage des landesweiten Raumordnungsplans, der mit dem sonstigen Normgefüge des LEP B-B, insbesondere den

daran anknüpfenden Rechtsfolgen (z. B. Z 4.5, 4.7, 6.2) in einem derart untrennbaren Verflechtungszusammenhang steht, dass hier eine Gesamtunwirksamkeit zu erklären ist. Von der Gesamtunwirksamkeit des LEP B-B können auch die in Ziffer 6 LEB B-B geregelten Ziele zur Verkehrs- und Infrastrukturentwicklung schon deshalb nicht ausgenommen werden, weil der Verstoß gegen Art. 80 Satz 3 LV Bbg der gesamten Verordnung und damit auch Ziffer 6 LEB B-B anhaftet. Unerheblich ist deshalb das Vorbringen des Antragsgegners zu dem Ziel 6.6 zur Konzentration des Linienflugverkehrs und Pauschalflugreiseverkehrs. Unabhängig davon hat er mit der Argumentation, dass die dortigen Festlegungen sich mit einem Thema beschäftigten, zu dem die Antragstellerinnen nichts vorgetragen hätten, sowie dass diese Festlegungen isoliert bestehen könnten, auch nicht hinreichend dargetan, dass insoweit besondere Umstände vorliegen, die eine Ausnahme von der Gesamtunwirksamkeit durch eine Fortgeltung des Ziels 6.6 Abs. 1 und damit eine Teilunwirksamkeit des LEP B-BB rechtfertigen würden. Da - wie ausgeführt - das Verfahren der Normenkontrolle auch ein Verfahren der objektiven Rechtskontrolle ist, setzt die Unwirksamkeitserklärung einer Rechtsvorschrift nach § 47 Abs. 5 Satz 2 VwGO keine Verletzung eigener Rechte oder eine Betroffenheit der Antragstellerinnen voraus (vgl. BVerwG, Urteil vom 9. April 2008 - BVerwG 4 CN 1/07 -, BVerwGE 131, 100, juris Rn. 13), weshalb es für die Frage der Teil- oder Gesamtunwirksamkeit unerheblich ist, dass die Antragstellerinnen nichts zu dem Ziel 6.6 vorgetragen haben. Hinzu kommt, dass die fehlerhaften Festsetzungen des LEP B-B über das Zentrale-Orte-System mit den daran anknüpfenden Rechtsfolgen in einem untrennbaren Verflechtungszusammenhang mit den in Ziffer 6 geregelten Zielen stehen. Für den auf die Nutzung von Straßen angewiesenen Verkehr wird dies besonders deutlich aus dem Ziel 6.2, wonach auch im Hinblick auf ihre Erreichbarkeit zwischen den Zentralen Orten großräumige und überregionale Verkehrsverbindungen vorrangig zu sichern sind. Die Sicherstellung der Funktionswahrnehmung der Zentralen Orte, insbesondere der Brandenburger Mittelzentren als „Ankerstädte im Raum", steht damit mit den Festlegungen zum Verkehr in einem engen Zusammenhang. Auch das Ziel des 6.6 zum Linienflugverkehr und Pauschalflugreiseverkehr, die danach in Berlin und Brandenburg grundsätzlich nur auf dem Verkehrsflughafen Berlin Brandenburg International zulässig sind („Single-Airport-Konzept"), steht in einem engen Verflechtungszusammenhang mit den übrigen Festlegungen des LEP B-B. Der LEP B-B ist als Raumordnungsplan für das Landesgebiet Brandenburg auf die Ordnung und Entwicklung des Gesamtraumes angelegt. Er ist eine zusammenfassende, integrierende Gesamtplanung, die konkurrierende Ansprüche an die Raumnutzung ausgleichen soll. In dieser Gesamtplanung steht - angesichts von Nutzungskonflikten -die Entwicklung eines raumverträglichen Flugverkehrs in einem engen Zusammenhang mit der an das Zentrale-Orte-System anknüpfenden Steuerung der Entwicklung von Siedlungsflächen insbesondere zu Wohnnutzungen im Hinblick auf den in der Festlegungskarte 1 des LEP B-B festgelegten Gestaltungsraum Siedlung. Hinzu kommt, dass ein mit dem sonstigen Normgefüge des LEP B-B nicht verbundenes, isoliert fortgeltendes Ziel 6.6 Abs. 1 zum Linienflugverkehr und Pauschalflugreiseverkehr kein selbstständig „lebensfähiger Teil" des Plans wäre (vgl. dazu BVerwG, Urteil vom 9. April 2008 - BVerwG 4 CN 1/07 -, BVerwGE 131, 100, juris Rn. 13). Es bliebe ein „Planungstorso", der den gesetzlichen Regelungsauftrag verfehlen würde, landesweit die Raumordnung für das Landesgebiet Brandenburg zu planen. Es gäbe keine überörtliche Gesamtplanung mehr, weil insbesondere die Raumstruktur, die zentralörtliche Gliederung, der potentielle Siedlungsraum und der zu erhaltende Freiraum nicht geregelt sind. Darüber hinaus kann vernünftigerweise nicht ausgeschlossen werden, dass ohne die Verletzung des

Zitiergebots (Art. 80 Satz 3 LV Bbg) auch im Hinblick auf das Ziel 6.6 Abs. 1 der LEP BB in seinen übrigen Teilen einen anderen Inhalt bekommen hätte. Eine bloße Vermutung, dass die Landesregierung den LEP B-B im Zweifel auch mit dem isolierten Inhalt zur Konzentration des Linienflugverkehrs und Pauschalflugreiseverkehrs beschlossen hätte, wenn sie gewusst hätte, dass die Regelungen über das Zentrale-Orte-System und den Gestaltungsraum Siedlung unwirksam sind, reichte als Grundlage einer Teilunwirksamkeit nicht aus. Ein dahingehender, im Planungsverfahren zum Ausdruck gekommener Wille der Landesregierung ist aus der Planbegründung nicht ersichtlich und auch sonst nicht vom Antragsgegner dargetan worden. Zu Vermeidung von Missverständnissen wird darauf hingewiesen, dass die Unwirksamkeit des Ziels 6.6 Abs. 1 LEP B-B als solches nicht dazu führt, dass nach geltender Rechtslage der künftige Luftverkehrsbedarf der Länder Berlin und Brandenburg nicht mehr auf einen Flughafenstandort zu konzentrieren wäre. § 19 Abs. 11 Satz 2 LEPro 2003 ist nämlich weiterhin gültig. Danach soll „der nationale und internationale Luftverkehrsanschluss für Berlin und Brandenburg möglichst auf einen Flughafen konzentriert werden", was die Möglichkeiten der Errichtung eines Flughafensystems auf mehrere Flughäfen beschränkt.
Von der Unwirksamkeitserklärung sind auch nicht die Teile der textlichen und zeichnerischen Festsetzungen der von der Regierung des Landes Brandenburg erlassenen Rechtsverordnung über den LEP B-B auszunehmen, die allein das Hoheitsgebiet des Landes Berlin betreffen, insbesondere die Regelungen über die Bundeshauptstadt Berlin als Metropole (Z 2.5, G 2.6). Davon kann abgesehen werden, weil diesen Festlegungen in der von der Regierung des Landes Brandenburg erlassenen Verordnung über den LEP B-B ohnehin nur deklaratorische Bedeutung zukommt. Der Landesentwicklungsplan wird nach Art. 8 Abs. 6 Satz 1 LPlV von den Regierungen der vertragschließenden Länder jeweils als Rechtsverordnung nur „mit Geltung für das eigene Hoheitsgebiet" erlassen, weshalb die von der Landesregierung Brandenburg erlassenen Festlegungen des LEP B-B zum Hoheitsgebiet des Landes Berlin dort ohnehin nicht gelten.
Der Senat musste auch nicht über den Antrag, die von der Regierung des Landes Brandenburg erlassene Verordnung über den LEP B-B für unwirksam zu erklären, hinausgehen und zusätzlich die vom Senat von Berlin erlassene Verordnung über den LEP B-B vom 31. März 2009 (GVBl. S. 182) für unwirksam erklären. Das Oberverwaltungsgericht hat als Normenkontrollgericht den gestellten Antrag der Antragstellerinnen grundsätzlich zum Ausgangspunkt seiner gerichtlichen Entscheidung zu nehmen. Auch für das Normenkontrollverfahren gilt die Dispositionsmaxime (§ 88 VwGO), d. h. der Antragsteller bestimmt mit seinem Antrag grundsätzlich den Umfang der möglichen Nichtigkeitsklärung von Rechtsvorschriften (vgl. BVerwG, Beschluss vom 18. Juli 1989 - BVerwG 4 NB 3/87 -, BVerwGE 82, 225, juris Rn. 26). Es besteht hier auch aus Gründen des materiellen Rechts kein Anlass, davon abzuweichen. Aus Art. 8 Abs. 6 Satz 1 LPlV folgt, dass die vom Senat von Berlin erlassenen Festlegungen des LEP B-B auf dem Hoheitsgebiet des Landes Brandenburg nicht gelten. Der Antragsgegner hat auch trotz des Umstandes, dass die Bundeshauptstadt im Zentrum der Hauptstadtregion Berlin-Brandenburg liegt, weder dargetan noch ist ersichtlich, dass die für sein Hoheitsgebiet erlassenen Festlegungen des Senats von Berlin in einem untrennbaren Zusammenhang mit der von der Regierung des Landes Brandenburg für ihr Hoheitsgebiet erlassenen Festlegungen stehen, so dass sie zusätzlich für unwirksam zu erklären wären (vgl. dazu BVerwG, Beschluss vom 20. August 1991 - BVerwG 4 BN 63.91 -, NVwZ 1992, 567, juris Ls. 1 u. Rn. 21 ff.). Etwas anderes folgt auch nicht aus Art 8 Abs. 6 Satz 2 LPlV. Die Norm, die ein Inkraftsetzen der Rechtsverordnungen in beiden Ländern am selben Tag vorsieht,

regelt nur den Normalfall, in dem wirksame gemeinsame Landesentwicklungspläne von den Regierungen der vertragschließenden Länder jeweils als Rechtsverordnung mit Geltung für das eigene Hoheitsgebiet parallel erlassen werden. In dem besonderen Fall, in dem die Rechtsverordnung über den LEP B-B eines Landes für unwirksam erklärt wird, bleibt ein späteres Inkraftsetzen der Rechtsverordnung des betroffenen Landes möglich. Im Übrigen wird die vom Senat von Berlin erlassene Verordnung über den LEP B-B den Anforderungen des Art. 64 Abs. 1 Satz 3 der Verfassung von Berlin gerecht, weil sie Art. 8 Abs. 6 LPlV als Rechtsgrundlage angibt. Da das Brandenburgische Landesplanungsgesetz für den Erlass einer Rechtsverordnung im Land Berlin nicht gilt, war eine Ermächtigung für eine gesetzesändernde Rechtsverordnung nicht erforderlich.
c) Trotz der weitreichenden Folgen, die die Unwirksamkeit des LEP B-B für die Raumordnungsplanung im Land Brandenburg, insbesondere im Hinblick auf die Raumstruktur sowie die Steuerung der Siedlungs- und Freiraumentwicklung hat, kommt es nicht in Betracht, von der Unwirksamkeitserklärung nach § 47 Abs. 5 Satz 2 VwGO abzusehen und entsprechend der auf §§ 31 Abs. 2, 79 Abs. 1 BVerfGG beruhenden Praxis des Bundesverfassungsgerichts bei der Behandlung verfassungswidriger Gesetze lediglich die Unvereinbarkeit der Norm mit höherrangigem Recht festzustellen. Hierfür besteht keine gesetzliche Grundlage. Die Verwaltungsgerichtsordnung enthält keine Vorschrift, auf die ein solcher Ausspruch im Normenkontrollverfahren gestützt werden könnte. § 47 Abs. 5 Satz 2 VwGO sieht bei Ungültigkeit einer Rechtsvorschrift nur die Unwirksamkeitserklärung vor (vgl. BVerwG, Urteil vom 9. Juni 2010 - BVerwG 9 CN 1/09 -, BVerwGE 137, 123, juris Rn. 29 m. w. N.).
III.
Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 167 VwGO i. V. m. §§ 708 ff. ZPO.
Die Revision ist nicht zuzulassen, weil keiner der in § 132 Abs. 2 VwGO genannten Gründe vorliegt. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung. Insbesondere die Frage, welche Anforderungen das Zitiergebot an Rechtsverordnungen stellt, die auf mehreren Ermächtigungsgrundlagen beruhen, ist in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bereits hinreichend geklärt (vgl. Urteil vom 6. Juli 1999 - 2 BvF 3.90 -, BVerfGE 101, 1, juris). Die mit der Auslegung und Qualifikation der landesgesetzlichen Regelung des § 3 Abs. 2 Satz 1 BbgLPlG 2002 als weitere Rechtsgrundlage der Verordnung über den LEP-B-B verbundenen Fragen haben schon deshalb keine grundsätzliche Bedeutung, da sie wegen des Außerkrafttretens des Brandenburgischen Landesplanungsgesetzes durch Art. 4 des Gesetzes vom 21. September 2011 (GVBl. I Nr. 21 S. 1) ausgelaufenes Recht zum Gegenstand haben und im Übrigen, ebenso wie die Auslegung der Verordnung über den LEP B-B, nicht reversibles Landesrecht betreffen.
Zitiervorschlag:
OVG Berlin-Brandenburg Urt. v. 16.6.2014 – OVG 10 A 8/10, BeckRS 2014, 52498

BeckRS 2014, 59455

OVG Magdeburg (Senat), Urteil vom 04.06.2014 - 3 L 230/13

Titel:
Haltung eines als gefährlich vermuteten Hundes
Normenketten:
GefHundG §§ 3 II 1, 4 I, 10 II, 15 I
VwGO § 113 I 1

HundEinfVerbrG §§ 2 I 1, 3 II
GG Art.2 I, 20 III, 103 II
EMRK Art. 7

Amtliche Leitsätze:

1. Zur hinreichenden Bestimmtheit des § 3 GefHundG. (amtlicher Leitsatz)
2. § 3 Abs. 2 GefHundG ist verfassungskonform so auszulegen, dass nur die sog. F.1-Generation (1. Filialgeneration) noch als sog. Kampfhundkreuzung im Sinne der gesetzlichen Vorschriften anzusehen ist, wenn also in der Parentalgeneration des Mischlingshundes nachweislich ein reinrassiger sog. Listenhund und ein weiterer Hund vorhanden waren. (amtlicher Leitsatz)
3. Zu den Möglichkeiten der Rassebestimmung bei Mischlingshunden. (amtlicher Leitsatz)

Rechtsgebiete:

Verwaltungsverfahren und -prozess, Sonstiges besonderes Verwaltungsrecht

Schlagworte:

Kampfhundkreuzung, Tierheim, Hunderasse, Staffordshire-Bullterrier, Pitbull, Terrier, Wesenstest, Gefahr, Bekämpfung, Hundesteuer, Hundesteuersatzung, Haltung, Prognosespielraum, Aggressionsverhalten, Bestimmtheitsgebot, Vorhersehbar, Demokratieprinzip, Rasseliste, Mischling, Labrador, DNA-Befund, Rasse

ECLI:

ECLI:DE:OVGST:2014:0604.3L230.13.0A

Rechtskraft:

rechtskräftig

Vorinstanz Datum: 03.05.2013
Spruchkörper: Senat
Hauptschlagwort: Bestimmtheitsgrundsatz, Rasseliste
Normenkette:
Leitsatz:
Tatbestand:
Der Kläger wendet sich gegen die Einordnung seines Hundes als gefährlichen Hund.
Der Kläger ist Halter des Hundes „B.", den er im März 2010 als ca. zweijähriges Tier vom Tierheim A-Stadt erworben hatte. In dem Tierabgabevertrag vom 11. März 2010 wird der Hund als „Fundtier" und als „Labrador-Mix" bezeichnet. Nach einer Auskunft des kommunalen Schadensausgleiches vom 10. Juli 2013 beruhte diese Angabe des Tierheimes auf der Einschätzung des Fachpersonals des städtischen Tierheimes, nämlich einer Diplom-Biologin und eines Tierarztes. Für das Tierheim habe es sich augenscheinlich nicht um eine gefährliche Hunderasse gehandelt. Da sich die Rasse eines Tieres zweifelsfrei nur durch eine Stammbaumbestimmung oder eine genetische Untersuchung feststellen lasse, habe sich das städtische Tierheim nur auf die Erfahrung des Fachpersonals verlassen können.
Mit Schreiben vom 30. Juni 2010 forderte die Beklagte den Kläger auf, seinen Hund im zentralen Register nach § 15 Abs. 1 GefHundG erfassen zu lassen, da der vom Kläger gehaltene Hund einer der Rassen Pitbull Terrier, American Staffordshire Terrier, Staffordshire-Bullterrier, Bullterrier sowie deren Kreuzungen untereinander oder mit anderen Hunden zugehöre. Der Kläger wurde daraufhin gewiesen, dass die Nichterfüllung der Meldepflicht bußgeldbewehrt sei. Er wurde weiter darauf hingewiesen, dass er außerdem einen Wesenstest vorzulegen habe, aus dem sich die Fähigkeit des Hundes zu

sozialverträglichem Verhalten ergebe.
Am 05. Juli 2010 teilte der Kläger der Beklagten telefonisch mit, dass es sich bei dem Hund um einen American Bulldog/Labradormix handele.
Mit Bescheid vom 08. Oktober 2010 zog die Beklagte den Kläger zur Hundesteuer heran und setzte dabei die Steuern für das Halten eines gefährlichen Hundes fest. Hiergegen hatte der Kläger nach erfolglosem Durchlaufen des Widerspruchsverfahrens Klage erhoben. Das Verwaltungsgericht Halle beauftragte mit Beschluss vom 01. März 2012 im Verfahren 5 A 172/10 HAL den Sachverständigen B. mit der Erstellung eines Gutachtens zu der Frage, ob es sich bei dem Hund B. um einen gefährlichen Hund im Sinne des § 3 Abs. 4 der Hundesteuersatzung der Beklagten handele. In dem Rassegutachten des Sachverständigen B. vom 07. Juni 2012 wurde festgestellt, dass der Hund des Klägers ein Mischling der Rassen Labrador und Ca de Bestiar-Kurzhaar sei. Nach Vorlage des Gutachtens hob die Beklagte die angefochtenen Bescheide auf. Das Klageverfahren wurde aufgrund übereinstimmender Erledigungserklärungen eingestellt.
Mit dem hier streitgegenständlichen Bescheid vom 03. März 2011 untersagte die Beklagte dem Kläger das Halten seines Hundes bis zur Vorlage des Wesenstestes. Zur Begründung führte die Beklagte aus, es handele sich bei dem Hund des Klägers um einen gefährlichen Hund, nämlich um einen American Staffordshire Terrier-Mischling, der in § 2 Abs. 1 des Gesetzes zur Beschränkung des Verbringens oder der Einfuhr gefährlicher Hunde in das Inland vom 12. April 2001 aufgeführt sei. Für die erlaubte Haltung des Hundes sei ein Wesenstest nachzuweisen, was bisher nicht erfolgt sei.
Hiergegen legte der Kläger unter dem 08. März 2011 Widerspruch ein, den er damit begründete, dass es sich bei seinem Hund nicht um einen American Staffordshire Terrier-Mischling handele.
Der Kläger hat zwischenzeitlich die erfolgreiche Ablegung eines Wesenstestes unter dem 06. April 2011 nachgewiesen.
Am 26. September 2011 hat der Kläger beim Verwaltungsgericht Halle Klage erhoben. Er hat zur Begründung im Wesentlichen vorgetragen, dass er seinen Hund als Labrador-Mischling aus dem Tierheim erworben habe, was sich auch aus dem Tierabgabevertrag vom 11. März 2010 ergebe. Es handele sich nicht um einen vermutet gefährlichen Hund, wie sich auch aus dem vom Sachverständigen B. erstellten Gutachten ergebe.
Der Kläger hat beantragt,
den Bescheid der Beklagten vom 03. März 2011 aufzuheben.
Die Beklagte hat beantragt,
die Klage abzuweisen.
Zur Begründung hat die Beklagte im Wesentlichen ausgeführt, dass im Juli 2010 durch den amtlichen Tierarzt L. festgestellt worden sei, dass eine Zuordnung zu den in der Hundesteuersatzung der Beklagten als gefährliche Hunde aufgeführten Rassen nicht auszuschließen sei. Im Ergebnis einer weiteren tierärztlichen Untersuchung sei die Feststellung getroffen worden, dass eine Zuordnung zu den Rassen Pitbull-Terrier, American Staffordshire Terrier, Staffordshire Bullterrier und Bullterrier bzw. deren Kreuzungen untereinander oder mit anderen Hunden nicht auszuschließen sei. Die Klage sei unzulässig, da nach Ablegen des Wesenstestes sich der streitgegenständliche Bescheid erledigt habe. Der Kläger könne sich auch nicht auf ein berechtigtes Interesse für die Führung einer Fortsetzungsfeststellungsklage berufen.
Das Verwaltungsgericht hat Beweis erhoben durch Einholung eines Gutachtens des Sachverständigen A.. Dieser stellte in seinem Gutachten vom 05. Dezember 2012 fest, dass der Hund des Klägers zu überwiegenden Teilen der Rasse American Pit Bull Terrier

zuzuordnen sei. Als weitere eingekreuzte Rassen vermutete der Sachverständige die Rassen American Staffordshire Terrier oder Ca de Bestiar-Kurzhaar.
Mit Urteil vom 03. Mai 2013 hat das Verwaltungsgericht die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass die Klage zulässig sei. Der angefochtene Bescheid vom 03. März 2011 entfalte weiterhin eine belastende Wirkung, da im Falle der Bestandskraft des Bescheides die von der Beklagten festgestellte Rassezugehörigkeit auch im Register nach § 15 Abs. 1 GefHundG einzutragen wäre. Die Klage sei jedoch nicht begründet. Der angefochtene Bescheid sei hinsichtlich der hier allein noch streitigen Feststellung, dass es sich bei dem Hund des Klägers um einen gefährlichen Hund im Sinne des § 3 Abs. 2 Satz 1 GefHundG handele, rechtmäßig. Der Kläger halte einen American Pitbull Terrier und damit einen gefährlichen Hund im Sinne des § 3 Abs. 2 Satz 2 GefHundG. Der Begriff der Kreuzung sei in einem umfassenden Sinne zu verstehen, nämlich dass jeder Mischlingshund, indem sich Anteile der sog. Kampfhunde befänden, und zwar unabhängig davon, ob dies auf den Willensakt eines Menschen zurückgehe und unabhängig davon, in welcher Generation es zu der Einmischung dieses Anteils gekommen sei, unter die Vorschriften falle. Zur Überzeugung des Gerichts stehe fest, dass es sich bei dem Hund des Klägers nach den überwiegend erkennbaren Rassekomponenten um eine Kreuzung mit maßgeblicher Beteiligung eines Hundes der Rasse American Pitbull Terrier handele. Nach dem Gutachten des Sachverständigen A. auf der Grundlage der von diesem benannten Phänotypkomponenten, nämlich dem Erscheinungsbild, dem Wesen des Hundes, seinen Bewegungen und seinem Gangwerk sei dieser in nachvollziehbarer Weise und im Wesentlichen im Einklang mit den Beschreibungen zu dieser Hunderasse zu seiner Rassezuordnung gekommen. Er habe in seinem schriftlichen Gutachten sowie bei der Erläuterung des Gutachtens in der mündlichen Verhandlung in nachvollziehbarer Weise dargelegt, dass der Hund aufgrund seiner phänotypischen Merkmale zu überwiegenden Teilen einem Hund der Rasse American Pitbull Terrier zuzuordnen sei. Auch wenn es in der Bundesrepublik Deutschland keinen verbindlichen Rassestandard für die Rasse American Pitbull Terrier gebe, hindere dies die Rassezuordnung nicht. Insoweit komme es allein auf deren tatsächliche Existenz als Hunderasse an, die unabhängig davon sei, ob es Zuchtstandards gebe. Dieses Ergebnis werde auch nicht durch das Gutachten des Sachverständigen B. aus dem Vorverfahren in Zweifel gezogen. Die sich aus dem Gutachten des Sachverständigen B. ergebende Feststellung, es handele sich um einen Mischling aus den Rassen Ca de Bestiar und Labrador, vermöge nicht zu überzeugen und sei nicht geeignet, das Gutachten des Sachverständigen A. in Frage zu stellen. Hinsichtlich des Gutachtens des Sachverständigen B. seien Fehler und Ungereimtheiten aufgetreten, die dieser auch in der mündlichen Verhandlung eingeräumt habe. Das Gericht sei nicht gehalten gewesen, von Amts wegen weitere Ermittlungen anzustellen oder Gutachten einzuholen, da der Sachverhalt geklärt gewesen sei und weiterer Aufklärungsbedarf nicht bestehe. Da auch nicht ersichtlich bzw. vom Kläger plausibel vorgetragen worden sei, dass anderen Gutachtern andere Methoden zur Rassefeststellung zur Verfügung stünden als den mit der Angelegenheit bislang befasst gewesenen Fachleuten und eine genetische Zuordnung von Hunden zu einer bestimmten Rasse bisher nicht möglich sei, sei die Würdigung beschränkt auf die Frage, ob der Hund des Klägers aufgrund seiner phänotypischen Merkmale ein Hund der in der Liste genannten Rassen sei. Dies sei nach dem Gutachten des Sachverständigen A. der Fall.
Mit der vom Senat mit Beschluss vom 18. März 2014 zugelassenen Berufung trägt der Kläger vor, dass sich aus den Beratungen des Bundesrates zum Gesetz über die Bekämpfung gefährlicher Hunde nicht schlussfolgern lasse, dass der Gesetzgeber

bezüglich der Rassebestimmung tatsächlich die Rassestandards der FCI zur Anwendung bringen wollte, denn auch andere Zuchtverbände, z. B. der United Kennel Club (UKC) in den USA, verfügten über einen Rassestandard z. B. für den Bullterrier. Allein der Verweis des Bundesrates innerhalb einer Empfehlung im laufenden Gesetzgebungsverfahren genüge nicht, um dem Normadressaten zu vermitteln, dass bezüglich der Zuordnung eines Hundes die Rassestandards der FCI zur Anwendung kommen sollten. So fehle es insbesondere an einer Bezugnahme auf die Rassestandards innerhalb des Gesetzestextes. Ebenso sei nicht ersichtlich, dass die FCI-Standards nur statisch zur Anwendung gelangen sollten. Gleitende Verweise auf private Regelwerke seien aus verfassungsrechtlichen Gründen unzulässig. Schließlich seien die Rassestandards der Zuchtverbände auch zu unbestimmt. Zudem sei zu beachten, dass im vorliegenden Fall zwei Gutachten mit verschiedenen Ergebnissen vorlägen. Die Sachverständigen hätten auch nach der Vernehmung und ergänzenden Erläuterung in der mündlichen Verhandlung an ihren jeweiligen Einschätzungen festgehalten. Hinsichtlich der sachverständigen Beurteilung des Sachverständigen A., auf welchen das Verwaltungsgericht seine Entscheidung gestützt habe, sei zu berücksichtigen, dass dieser seit 1992 nicht mehr als Leistungsrichter bei Hundeschauen aufgetreten sei. Es sei insgesamt festzustellen, dass, wenn überhaupt, nur ein in Sachsen-Anhalt anerkannter Rassestandard die Merkmale bestimmen könne, nach dem es sich bei dem klägerischen Hund um einen sog. Listenhund der Rasse American Pitbull Terrier handele. Ein solcher Rassestandard für den American Pitbull Terrier sei indes im Gegensatz zu den meisten Hunderassen weder in Sachsen-Anhalt noch vom Dachverband der Hundevereine in der Bundesrepublik Deutschland (VDH) noch vom internationalen Hundeverband FCI anerkannt. Soweit der Gutachter A. in seinem Gutachten letztlich darauf abstelle, dass in einem amerikanischen Hundezüchterverband ein Rassestandard existiere, für den die Beschreibung des klägerischen Hundes einschlägig sei und dieser Standard immerhin in der Schweiz anerkannt sei, so sei dies für das allgemeine Polizeirecht des Landes Sachsen-Anhalt ohne Bedeutung. Soweit das Verwaltungsgericht auf die Begründung des Regierungsentwurfes des Gesetzes zur Bekämpfung gefährlicher Hunde abgestellt habe, stehe dies dem Ergebnis den Ausführungen des Klägers nicht entgegen. So sei dort lediglich ausgeführt worden, dass sowohl reinrassige als auch Mischlingshunde von dem Verbringungsverbot für gefährliche Hunde erfasst seien. Dies bedeute jedoch nur, dass alle der genannten Listenhunde sowie eine Kreuzung eines reinrassigen Listenhundes mit einem anderen Hund erfasst sein sollten. Es spreche einiges dafür, dass nur die sog. F.1-Generation eines Kampfhundes und eines weiteren Hundes noch als Kampfhundkreuzung im Sinne der gesetzlichen Vorschriften anzusehen sei, weil in weiter entfernten Generationen keine verlässlichen Anhaltspunkte für eine spezifische Gefährlichkeit mehr vorlägen. Hinzu komme, dass der Hund hinsichtlich der Augenform nicht dem Rassestandard des UKC für einen American Pitbull Terrier entspreche.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Verwaltungsgerichts Halle - 1. Kammer - vom 03. Mai 2013 abzuändern und den Bescheid der Beklagten vom 03. März 2011 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Nach Auffassung der Beklagten sei die landesrechtliche Regelung des § 3 Abs. 2 Satz 1 GefHundG i. V. m. § 2 HundVerbrEinfG mit den Grundsätzen über die verfassungsrechtliche Bestimmtheit von Normen nach Art. 20 Abs. 3 GG vereinbar. Es sei hinreichend geklärt, dass bei der Bestimmung von phänotypischen Merkmalen auf

anerkannte Rassestandards von Zuchtverbänden zurückgegriffen werden dürfe. Dies gelte auch für die Bestimmung eines Pitbull Terriers anhand des Rassestandard des United Kennel Clubs. Nach Auffassung der Beklagten handele es sich bei dem Hund des Klägers um einen gefährlichen Hund i. S. d. § 3 Abs. 2 GefHundG, da er nach den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen A. aufgrund seiner phänotypischen Erscheinung überwiegend der Rasse American Pitbull Terrier zuzuordnen sei. Dass die Beklagte zu Beginn des Verwaltungsverfahrens noch von der Zuordnung zur Rasse eines American Staffordshire Terrier ausgegangen sei, sei vor dem Hintergrund, dass es sich bei dem American Pitbull Terrier und dem American Staffordshire Terrier ursprünglich um Varietäten einer Rasse gehandelt habe, plausibel. Die Einholung seines Obergutachtens sei nicht erforderlich, da der Sachverhalt durch das Gutachten des Sachverständigen A. hinreichend geklärt sei. Die vom Kläger angeregte Einholung eines genetischen Gutachtens könne zur weiteren Sachverhaltsaufklärung nichts beitragen, da die derzeit am Markt tätigen Unternehmen im Höchstfalle nur hinsichtlich 191 Hunderassen Vergleichsmaterial vorzuliegen hätten. Für die Rassen Ca de Bestiar und American Pitbull Terrier liege ausweislich der im Internet veröffentlichten Informationen bei keinem der Unternehmen Vergleichsmaterial vor.

Entscheidungsgründe

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts vom 03. Mai 2013 ist zulässig und begründet.

Die Klage ist zulässig. Der Zulässigkeit der Klage steht nicht das Fehlen der Durchführung eines Vorverfahrens nach § 68 Abs. 1 Satz 1 VwGO entgegen. Denn der Beklagte hat sich sachlich vollumfänglich auf die Klage eingelassen, was nach ständiger Rechtsprechung dazu führt, dass die Klage dann auch ohne Vorverfahren zulässig ist (vgl. BVerwG, Urt. v. 23.10.1980 - 2 A 4.78 -, juris).

Das Verwaltungsgericht ist ferner zutreffend davon ausgegangen, dass der angefochtene Bescheid weiterhin eine belastende Wirkung entfaltet, da im Falle der Bestandskraft des Bescheides die von der Beklagten festgestellte Rassezugehörigkeit auch im Register nach § 15 Abs. 1 des Gesetzes zur Vorsorge gegen die von Hunden ausgehenden Gefahren vom 23. Januar 2009 (GefHundG, GVBl. LSA S. 22) einzutragen wäre. Zwar hat der Kläger mittlerweile einen Wesenstest i. S. d. § 10 Abs. 1 GefHundG für den Hund vorgelegt, aus dem sich die Fähigkeit des Hundes zum sozialverträglichen Verhalten ergibt. Insoweit ist das Halten des Hundes nunmehr erlaubt und kann nicht mehr als ordnungswidrig angesehen werden. Mit der Vorlage des Wesenstests wird die in dem angefochtenen Bescheid enthaltene Feststellung, dass es sich bei dem Hund des Klägers um einen vermutet gefährlichen Hund i. S. d. § 3 Abs. 2 GefHundG handelt, jedoch nicht gegenstandslos. Die Rassezuordnung hat z. B. Bedeutung für die Heranziehung zu (erhöhter) Hundesteuer sowie für Verhaltenspflichten in einigen kommunalen Gefahrenabwehrverordnungen.

Die Klage ist auch begründet. Der Bescheid der Beklagten vom 03. März 2011 ist rechtswidrig und verletzt den Kläger in seinen Rechten (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO).

Die Beklagte ist zu Unrecht davon ausgegangen, dass es sich bei dem Hund des Klägers um eine Kreuzung von Hunden der Rasse Pitbull Terrier, American Staffordshire-Terrier, Staffordshire-Bullterrier, Bullterrier untereinander oder mit anderen Hunden handelt.

Nach § 3 Abs. 2 GefHundG wird bei den in § 2 Abs. 1 des Gesetzes zur Beschränkung des Verbringens oder der Einfuhr gefährlicher Hunde in das Inland vom 12. April 2001 (Hundeverbringungs- und -einfuhrbeschränkungsgesetz - HundVerbrEinfG -, BGBl. I S. 530) genannten Hunden die Gefährlichkeit vermutet. Nach § 2 Abs. 1 HundVerbrEinfG

dürfen Hunde der Rassen Pitbull Terrier, American Staffordshire-Terrier, Staffordshire-Bullterrier und Bullterrier sowie deren Kreuzung untereinander oder mit anderen Hunden nicht in das Inland eingeführt oder verbracht werden. Eine landesrechtliche Regelung, die die listenmäßige Gefährdungsvermutung für Hunde durch weitere Rassen ergänzt, existiert in Sachsen-Anhalt nicht. Die Haltung der in § 3 Abs. 2 GefHundG genannten Hunde ist nur dann erlaubt, wenn gemäß § 4 Abs. 1 GefHundG durch Vorlage eines Wesenstests i. S. d. § 10 Abs. 2 GefHundG binnen sechs Monaten nach Beginn der Haltung des Hundes gegenüber der zuständigen Behörde die Fähigkeit des Hundes zu sozialverträglichem Verhalten nachgewiesen worden ist. Gemäß § 16 GefHundG handelt derjenige ordnungswidrig, der vorsätzlich oder fahrlässig entgegen § 4 Abs. 1 GefHundG in Verbindung mit § 10 Abs. 2 Satz 1 einen gefährlichen Hund nach § 3 Abs. 2 Satz 1 ohne Nachweis eines Wesenstests hält.
Grundsätzlich erfährt die Aufstellung einer sog. Rasseliste von als gefährlich anzusehenden Hunden und das unter Vorbehalt stehende Verbot der Haltung der in der Liste aufgeführten Hunde seine Rechtfertigung in dem mit dem Gesetz verfolgten Zweck der Gefahrenvorsorge. Das Bundesverfassungsgericht hat mit Urteil vom 16. März 2004 (1 BvR 1778/01, juris) das vom Bundesgesetzgeber erlassene Einfuhr- und Verbringungsverbot in § 2 Abs. 1 Satz 1 HundEinfVerbrG für bestimmte in sog. Rasselisten zusammengefassten Hunderassen auch im Hinblick auf den verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz nach Art. 20 Abs. 3 GG als verfassungsgemäß angesehen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass dem Gesetzgeber bei der Einschätzung von Gefahren, die der Allgemeinheit drohten, und bei der Beurteilung der Maßnahmen, die der Verhütung und Bewältigung dieser Gefahren dienen sollten, ein weiter Einschätzungs- und Prognosespielraum zustehe, dessen Grenzen erst überschritten seien, wenn die gesetzgeberischen Erwägungen so fehlsam seien, dass sie vernünftigerweise keine Grundlage für derartige Maßnahmen abgeben könnten. Die der angegriffenen Regelung in abstrakter Betrachtung zugrunde gelegte Annahme, dass Hunde der Rassen Pitbull Terrier, American Staffordshire-Terrier, Staffordshire-Bullterrier und Bullterrier für Leib und Leben von Menschen so gefährlich seien, dass ihre Einfuhr und ihr Verbringen in das Inland unterbunden werden müssten, sei vertretbar und nicht offensichtlich unrichtig. Obgleich nach dem derzeitigen wissenschaftlichen Erkenntnisstand allein aus der Zugehörigkeit eines bestimmten Hundes zu einer bestimmten Rasse nicht auf dessen Gefährlichkeit geschlossen werden könne, sei der Gesetzgeber doch berechtigt, zum Schutz des menschlichen Lebens und der menschlichen Gesundheit gesetzliche Vorkehrungen zu treffen, wenn genügend Anhaltspunkte dafür vorlägen, dass Hunde bestimmter Rassen - und sei es auch erst im Zusammenwirken mit anderen Faktoren - für diese Schutzgüter in besonderer Weise gefährlich werden könnten. Für Hunde der in der Vorschrift genannten Rassen habe der Gesetzgeber vom Vorhandensein derartiger Anhaltspunkte ausgehen können. Die Fachwissenschaft schließe nicht generell aus, dass die Gefährlichkeit von Hunden genetische Ursachen haben könne, und rechne die sog. Kampfhunderassen - auch vor dem Hintergrund der Geschichte ihrer Zucht - zu den Hunderassen, deren Aggressionsverhalten nicht ohne Problematik sei. Bedenken im Hinblick auf das Rechtsstaatsprinzip seien gegen § 2 Abs. 1 Satz 1 HundVerbrEinfG nicht zu erheben. Insbesondere verstoße die Vorschrift nicht gegen das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot. Sie bezeichne die Hunde, deren Einfuhr und Verbringen in das Inland unterbunden werden soll, hinreichend klar nach der Zugehörigkeit zu den in ihr genannten Rassen. Ob die rechtsstaatlichen Anforderungen an die Normenbestimmtheit auch hinsichtlich der daneben aufgeführten Kreuzungen erfüllt sind, hat das Bundesverfassungsgericht

hingegen ausdrücklich offen gelassen.
Es ist dem Gesetzgeber im Rahmen seines Gestaltungsspielraums grundsätzlich unbenommen, bei der näheren Bestimmung des Begriffs „Rasse" bei Hunden auf Kriterien zurückzugreifen, die von anerkannten Fachverbänden entwickelt worden sind. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die Einteilung der verschiedenen Rassen bei Hunden nicht nach naturwissenschaftlichen Methoden (z. B. Induktion, Deduktion, Verifikation und Falsifikation, Reduktion) ermittelt worden ist, sondern auf normativen Entscheidungen von Interessenverbänden beruht.
Der größte internationale Hundefachverband ist die Fédération Cynologique Internationale (FCI) mit Sitz in Thuin/Belgien. Die FCI garantiert innerhalb ihrer Organisation die gegenseitige Anerkennung der Abstammungsurkunden (Pedigrees) der Länder. Derzeit erkennt die FCI 343 verschiedene Rassen an. Jede von ihnen ist das „Eigentum" eines bestimmten Landes, welches als Ursprungsland bzw. Patronatsland der Rasse bezeichnet wird. Diese Ursprungsländer erstellen in Zusammenarbeit mit der Standardkommission und der Wissenschaftlichen Kommission der FCI die Standards für ihre Rassen (veröffentlicht unter www...be). In diesen Standards wird eine Rasse anhand phänotypischer, also äußerlich beobachtbarer und messbarer Merkmale beschrieben. Die Rasse ist auch nach den von der FCI angewandten Kriterien eine Gruppe von Individuen, die gemeinsame Merkmale aufweisen, die sie von anderen Vertretern ihrer Spezies unterscheiden, und die durch Vererbung übertragbar sind. Die Rassestandards werden als Grundlage bei der Zuchteignungsprüfung herangezogen, um die Übereinstimmung des Hundes mit den äußerlichen Merkmalen und Wesenseigenschaften seiner Rasse zu bewerten (vgl. zum Vorgehenden: de...org/..-i/Hunderasse). Funktion dieser Rassestandards, wie sie sowohl von der FCI als auch von anderen nationalen Hundezuchtvereinigungen wie z. B. dem United Kennel Club (UKC), der anders als der FCI einen Rassestandard für den American Pitbull Terrier entwickelt hat, verwendet werden, ist nicht die möglichst trennscharfe Abgrenzung des Phänotyps verschiedener Hunderassen. Nach dem Modellstandard der FCI (Erster FCI-Modellstandard, verabschiedet auf der Generalversammlung in Jerusalem 28./29. Juni 1987 und vom Vorstand in W. im Juli 2009 revidiert, veröffentlicht auf www...be) sollen die Rassestandards Dokumente darstellen, welche den Rasse-Urtyp methodisch beschreiben. In diesem Standard soll nur das beschrieben werden, was mit bloßem Auge erkannt werden kann. Insgesamt soll ein Rassestandard darstellen, welche Kriterien von Züchtern und Wertungsrichtern verwendet werden, um zu bewerten, ob der rassereine Hund ein Temperament hat, das eine Beurteilung ermöglicht, ob er die typischen Merkmale seiner Rasse besitzt bzw. ob er sich fehlerfrei bewegt. Der Rassestandard stellt daher ein Dokument für den korrekten Rassetyp und ein Schema für die Beurteilung von rassereiner Zucht dar. Aus den Rassestandards wird auch deutlich, dass das Fehlen eines phänotypischen Merkmals oder die nicht standardgerechte Ausformung eines solchen phänotypischen Merkmals nicht dazu führt, dass ein bestimmter Hund nicht als der betreffenden Rasse zugehörig angesehen wird, sondern (nur) dazu, dass der Hund auf Leistungsschauen nicht zu prämieren ist bzw. nicht weiter in der Zucht zu verwenden ist, um eine „standardgerechte" Weiterführung der Zuchtlinien zu gewährleisten. Auch in dem offiziellen Rassestandard für den American Pitbull Terrier des UKC (welcher nicht dem FCI angehört) heißt es zum Zweck der Rassestandards, dass diese als Richtlinien für Züchter dienen sollen, welche die Qualität ihrer Zuchtlinien wahren und pflegen wollen. Gleichzeitig sollen die Rassestandards auch als Richtlinien für Wertungsrichter auf Leistungsschauen dienen (vgl. www...com/Web.nsf/Breeds/AmericanPitBullTerrier12012012).

Von dieser (generellen) Definition von Hunderassen und der inhaltlichen Bezugnahme auf die von Hundeverbänden entwickelten Standards ist offenbar auch der Bundesgesetzgeber bei der Beschlussfassung über das Hundeverbringungs- und -einfuhrbeschränkungsgesetzes ausgegangen: In der Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung gefährlicher Hunde heißt es (BT-Drs. 14/4451, S. 13): „Im Entwurf des Gesetzes zur Beschränkung des Verbringens gefährlicher Hunde in das Inland werden in § 1 Abs. 1 drei Hunderassen genannt. Aus hiesiger Sicht fehlt der Bullterrier. Das Fehlen des Bullterriers stellt einen Wertungswiderspruch dar, da diese wie auch die aufgeführten Rassen zur gleichen Gruppe gehören (vgl. FCI - Gruppe III - der bullartigen Terrier). Der Bullterrier unterscheidet sich weder in Größe, Gewicht oder Art noch Abstammung wesentlich von den dort aufgeführten Hunderassen, so dass die Aufzählung um den Bullterrier ergänzt werden müsste, ohne den Staffordshire-Bullterrier zu streichen." Im Bericht und der Beschlussempfehlung des Innenausschusses des Bundestages zu dem Gesetz heißt es (BT-Drs. 14/4920, S.11): „Zusätzlich erfasst ist in Absatz 1 Satz 1 die Rasse „Bullterrier". Die im Entwurf vorgesehene Regelung des § 1 Abs. 2 - alt - ist nicht vollziehbar im Hinblick auf die unterschiedlichen Regelungen der Länder, die vielfach die Einordnung eines Hundes als gefährlich an eine Begutachtung und weitere Voraussetzungen knüpfen. In der Praxis wird nicht zu gewährleisten sein, dass an der Grenzkontrollstelle aufgrund einer nach dem jeweils einschlägigen Landesrecht vorgesehenen Einzelfallüberprüfung die Einordnung eines Hundes als gefährlich oder nicht erfolgen kann. Vielmehr muss es für die zuständigen Behörden anhand objektiver, leicht zu überprüfender Kriterien feststellbar sein, ob der betreffende Hund dem Einfuhr- und Verbringungsverbot unterliegt. Vollziehbar erscheinen daher nur Regelungen, die sich zum einen an bestimmten, grundsätzlich allgemein als gefährlich eingestuften Hunderassen ausrichten (Absatz 1 Satz 1 - neu -)." Der Entwurf eines Gesetzes zur Vorsorge gegen die von Hunden ausgehenden Gefahren des Landes (LT-Drs. 5/1011) enthält keine nähere Ausführungen zur Frage, von welchen Kriterien bei der Bestimmung einer Hunderasse auszugehen ist.

Selbst wenn man die Regelung in § 2 HundVerbrEinfG hinsichtlich der vier dort aufgeführten Hunderassen bei einer Heranziehung der von Hundeverbänden entwickelten Rassestandards als hinreichend bestimmt ansieht, lässt dies nicht zwingend den Schluss zu, dass die Regelung über die Einbeziehung von Kreuzungen der dort aufgeführten Hunderassen (mit anderen Hunden) gleichfalls hinreichend bestimmt ist und auch ansonsten dem Rechtsstaatsprinzip genügt.

Das aus dem Rechtsstaatsprinzip abzuleitende Gebot der hinreichenden Bestimmtheit und Klarheit der Norm fordert vom Normgeber, seine Regelungen grundsätzlich so genau zu fassen, dass der Betroffene die Rechtslage, d. h. Inhalt und Grenzen von Gebots- oder Verbotsnormen in zumutbarer Weise erkennen und sein Verhalten danach ausrichten kann. Der Normgeber darf dabei grundsätzlich auch auf unbestimmte Rechtsbegriffe zurückgreifen, wenn die Kennzeichnung der Normtatbestände mit beschreibenden Merkmalen nicht möglich ist. Die Auslegungsbedürftigkeit einer Norm steht ihrer Bestimmtheit grundsätzlich nicht entgegen; allerdings müssen sich aus Wortlaut, Zweck und Zusammenhang der Regelung objektive Kriterien gewinnen lassen, die einen verlässlichen, an begrenzende Handlungsmaßstäbe gebundenen Vollzug der Norm gewährleisten (vgl. BVerfG, Urt. v. 27.07.2005 - 1 BvR 668/04 -, juris). Wenn - wie hier - eine bußgeldbewehrte Verbots- bzw. Gebotsvorschrift im Streit steht, muss sich diese zudem an den strengeren Anforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG bzw. Art. 7 EMRK messen lassen. Art. 103 Abs. 2 GG enthält ein besonderes Bestimmtheitsgebot. Der

Gesetzgeber ist danach verpflichtet, die Voraussetzungen der Strafbarkeit oder Bußgeldbewehrung so konkret zu umschreiben, dass Anwendungsbereich und Tragweite der Straf- oder Ordnungswidrigkeitentatbestände zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln lassen. Diese Verpflichtung dient einem doppelten Zweck. Sie soll einerseits sicherstellen, dass die Normadressaten vorhersehen können, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist. Sie soll andererseits gewährleisten, dass der Gesetzgeber über die Strafbarkeit oder die Bußgeldvoraussetzungen selbst entscheidet. Insoweit enthält Art. 103 Abs. 2 GG einen strengen Gesetzesvorbehalt, der es der vollziehenden und der rechtsprechenden Gewalt verwehrt, die normativen Voraussetzungen einer Bestrafung oder einer Verhängung von Geldbußen festzulegen (vgl. BVerfG, Beschl. v. 17.11.2009 - 1 BvR 2717/08 -, juris). Das schließt allerdings nicht eine Verwendung von Begriffen aus, die der Deutung durch den Richter bedürfen. Auch im Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht steht der Gesetzgeber vor der Notwendigkeit, der Vielgestaltigkeit des Lebens Rechnung zu tragen. Ferner ist es wegen der Allgemeinheit und Abstraktheit von Straf- und Bußgeldnormen unvermeidlich, dass in Einzelfällen zweifelhaft sein kann, ob ein Verhalten noch unter den gesetzlichen Tatbestand fällt oder nicht. Zweifel in solchen Grenzfällen aber führen allein nicht zur Unvereinbarkeit der Vorschrift auch mit Art. 7 EMRK, solange sie sich für die große Mehrzahl aller Fälle als klar genug erweist. Der Begriff der Vorhersehbarkeit hängt dabei weitgehend vom Inhalt der Vorschrift ab, um die es geht, dem Sachbereich der Regelung sowie der Anzahl und dem Kreis der Personen, an die sie sich richtet. Vorhersehbar kann eine gesetzliche Vorschrift auch dann sein, wenn der Betroffene Rechtsrat einholen muss, um in einem den Umständen nach vernünftigem Ausmaß die Folgen eines bestimmten Verhaltens abzuschätzen (zur Auslegung von Art. 7 EMRK: EGMR, Urt. v. 06.10.2011 - 50425/06 -" Soros/Frankreich" -, NJW-RR 2012, 1502).
In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber weder selbst Rassebeschreibungen im HundVerbrEinfG bzw. GefHundG aufgenommen noch geregelt hat, welche privaten Verbände nach welchen formellen und materiellen Maßgaben Rassestandards bestimmen dürfen. Es ist dem Gesetzgeber im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz zwar nicht grundsätzlich untersagt, hinsichtlich der Definition bestimmter Rechtsbegriffe auf seine eigene Rechtsetzungsbefugnis zu verzichten und - der Sache nach - auf Regelungen privater Verbände zu verweisen. Eine solche Praxis ist jedoch nur unter engen Voraussetzungen zulässig (vgl. Bundesministerium der Justiz, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. Aufl. Teil B, Ziffer 4.3. Rdnr. 242 f.). Private Regelungen - z. B. Zuchtregelungen von privaten Züchtervereinigungen - dürfen dann nicht zur Grundlage staatlicher Maßnahmen mit grundrechtsbeschränkender Wirkung gemacht werden, wenn sie gemäß den rechtsstaatlichen Anforderungen nicht hinreichend bestimmt sind (vgl. BVerfG, Beschl. v. 30.12.1993 - 1 BvR 1368/90 -, juris und Beschl. v. 25.05.1993 - 1 BvR 345/83 -, juris, jeweils zu Formulierungen in Satzungen von Zuchtverbänden über das Zuchtziel von Pferderassen).
Verweist der staatliche Normgeber nämlich (sinngemäß) auf Regelungen Dritter, darf das nicht in einer Weise geschehen, dass der Bürger schrankenlos einer Normsetzungsgewalt ausgeliefert ist, die ihm gegenüber weder staatlich noch mitgliedschaftlich legitimiert ist. Das widerspräche sowohl dem Rechtsstaatsprinzip, wonach Einschränkungen der Freiheit des Bürgers, soweit sie überhaupt zulässig sind, nur durch oder aufgrund staatlicher Gesetze erfolgen dürfen, als auch dem Demokratieprinzip, wonach die Ordnung eines nach dem Grundgesetz staatlicher Regelung offen stehenden Lebensbereichs auf eine Willensentschließung der vom Volke bestellten Gesetzgebungsorgane zurückgeführt

werden muss. Nur soweit der Inhalt der von einem Privaten erlassenen Regelungen, auf die staatliche Rechtsnormen verweisen, im Wesentlichen feststeht, genügt die verweisende Norm den Anforderungen, die sich aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaats- und dem Demokratieprinzip ergeben. In der Rechtsprechung des Bundesverfassungs- und Bundesverwaltungsgerichts ist weiter geklärt, dass die hinlängliche Publizität von allgemeinverbindlichen, mit Außenwirkung ausgestatteten Rechtsregeln ein für alle Normsetzungsakte geltendes rechtsstaatliches (Wirksamkeits-) Erfordernis ist. Dieses Publizitätserfordernis gilt ebenso für im Verweisungswege inkorporierte Regelungen; auch sie müssen für den Betroffenen verlässlich und ohne unzumutbare Erschwernis zugänglich sein (vgl. zu Verweisungen auf tarifvertragliche Regelungen: BVerfG, Beschl. v. 25.02.1988 - 2 BvL 26/84 - juris und Urt. v. 14.06.1983 - 2 BvR 488/80 - juris jeweils m. w. N.; BVerwG, Urt. v. 27.06.2013 - 3 C 21.12 -, juris; OVG Münster, Urt. v. 06.12.2013 - 9 A 543/11 -, juris).
Der Begriff der Kreuzung, wie er in § 3 Abs. 2 GefHundG i. V. m. § 2 Abs. 1 HundVerbrEinfG verwandt wird, genügt auch unter Anwendung der gängigen Auslegungen (Wortlaut, Systematik, Sinn und Zweck der Regelung, historische Auslegung) nur im Wege einer verfassungskonformen Auslegung den vorgenannten Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes.
Mit dem Begriff „Kreuzung" oder auch Mischling, Bastard oder Hybride wird dem Wortsinn nach in dem hier maßgeblichen biologisch-zoologischen Sinn allgemein ein aus der Verpaarung von Tieren unterschiedlicher Arten oder Rassen hervorgegangenes Tier bezeichnet (vgl. de...org/...Genetik). Für die Verwendung des Begriffes „Kreuzung" ist es dabei ohne Bedeutung, in welcher Generation und mit welchem Erbteil das Tier von dem einer Tierart oder Tierrasse zuzuordnenden Vorfahren abstammt. Auch in der Hundezucht wird der Begriff „Kreuzung" zur Kennzeichnung eines von dem Hund einer bestimmten Art oder Rasse (Hunderasse) abstammenden Hundes unabhängig davon verwendet, mit welchem Grad das Tier mit dem Vorfahren verwandt ist und mit welchem Anteil dieser an dem Erbgut des Abkömmlings vertreten ist. Eine Unterscheidung erfolgt insoweit lediglich durch die Einordnung in bestimmte Generationen (vgl. HessVGH, Urt. v. 14.03.2006 -11 UE 1426/04 -, juris). Insoweit lässt der Wortlaut der Regelung offen, ob es für die Beurteilung eines Hundes als gefährlicher Hund i. S. d. § 2 HundVerbrEinfG darauf ankommt, ob gerade in der Elterngeneration oder in irgendeiner weiter zurückliegenden Generation ein Hund der in § 2 HundVerbrEinfG aufgeführten Rassen eingekreuzt worden ist oder ob nur dann von einer Kreuzung im Sinne dieser Vorschrift auszugehen ist, wenn phänotypisch noch die Merkmale eines dieser Hunde „signifikant" feststellbar sind.
Auch die systematische Auslegung führt nicht weiter, da der Gesetzgeber den Begriff nur in § 2 HundVerbrEinfG verwandt hat und andere Vorschriften des Gesetzes auch indirekt nicht auf den Regelungsinhalt dieser Vorschrift verweisen. Auch das Tierzuchtrecht der Europäischen Union (welches derzeit nur für Rinder, Schweine, Schafe, Ziegen und Equiden gilt) enthält keine nähere Begriffsbestimmung zu Kreuzungen oder Hybriden in Bezug auf Hunde.
Auch die Auslegung nach Sinn und Zweck der Regelung ergibt kein eindeutiges Ergebnis. Sinn und Zweck sowohl der Regelung des § 3 Abs. 2 GefHundG als auch der Regelung in § 2 HundVerbrEinfG ist die Vorsorge in Bezug auf die von Hunden ausgehenden Gefahren. Insoweit ist es nach der gesetzgeberischen Intention ausreichend, allerdings auch geboten, dass ein Gefahrenverdacht in Bezug auf die generell als gefährlich vermuteten Hunderassen besteht. Auch wenn die Fachwissenschaft offenbar darin übereinstimmt, dass das aggressive Verhalten eines Hundes und seine darauf beruhende Gefährlichkeit nicht

allein genetisch bedingt sind, schließt sie doch auch nicht generell aus, dass die Gefährlichkeit genetische Ursachen haben kann. Es ist unbestritten, dass Hunderassen wie (American) Pitbull Terrier, American Staffordshire Terrier und Bullterrier im Hinblick auf angeborene Verhaltensbereitschaften ein Potenzial zur Erzeugung gefährlicher Hunde darstellen (vgl. BVerfG, Urt. v. 16.03.2004 - 1 BvR 1778/01 -, juris, Rdnr. 75, m. w. N. unter Hinweise auf die einschlägigen fachwissenschaftlichen Veröffentlichungen). Hingegen liegen auch nach den Darlegungen der Beklagten keine gesicherten fachwissenschaftlichen Kenntnisse zu der Frage vor, bis zu welchem genetischen Anteil einer gefährlichen Hunderasse die Kreuzung noch als abstrakt gefährlich gelten kann (vgl. OVG LSA, Urt. v. 12.02.2008 - 4 L 384/05 -, juris dort zur Rechtmäßigkeit einer Hundesteuersatzung).
Aus der Gesetzgebungsgeschichte lassen sich keine näheren Erkenntnisse zur Auslegung gewinnen, da in der Begründung zu § 1 HundVerbrEinfG lediglich ausgeführt wird, dass Absatz 1 ein grundsätzlich unbedingtes Verbot enthält, die dort genannten gefährlichen Hunde - sowohl reinrassig als auch als Mischlinge - in das Inland zu verbringen (BT-Drs. 14/4451 S. 8).
Der Vergleich mit anderen Bundesländern zeigt, dass diese, soweit sie überhaupt Rasselisten eingeführt haben, entweder auf die bundesrechtliche Regelung verweisen oder den Begriff der Kreuzung näher definiert haben (vgl. z. B. § 1 Abs. 3 des Bremischen Gesetzes über das Halten von Hunden vom 02. Oktober 2001 [BremGbl. 2001, 331]). Einige landesrechtliche Regelungen enthalten zudem eine materielle Beweislastregelung, welche in Zweifelsfällen dem Hundehalter die Pflicht zum Nachweis auferlegt, dass es sich bei dem in Rede stehenden Hund nicht um einen sog. Kampfhund bzw. eine Kreuzung mit einem sog. Kampfhund handelt (vgl. z. B. § 3 Abs. 2 des Hundegesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen vom 18. Dezember 2002, GV NRW 2002, 656; § 3 Abs. 2 des Thüringer Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung vor Tiergefahren vom 22. Juni 2011, GVBl. 2011, 93).
In der Rechtsprechung werden zur Auslegung des Begriffes „Kreuzung" zu den verschiedenen landesrechtlichen Regelungen unterschiedliche Auffassungen vertreten.
Die weitest gehendste Auffassung geht davon aus, dass es für die Zuordnung eines Hundes zu einer Kreuzung mit einem sog. Listenhund ausreicht, wenn sich feststellen lässt, dass in irgendeiner vorgehenden Generation einer der in der Liste aufgeführten Hunde eingekreuzt worden ist. Zur Begründung wird im Wesentlichen darauf verwiesen, dass der Gesetzeswortlaut (des Bundesgesetzes) eine weitergehende Beschränkung auf bestimmte Elterngenerationen nicht gebiete (HessVGH, Urt. v. 14.03.2006, a. a. O.).
Eine andere Auffassung geht davon aus, dass von einer Kreuzung mit einem in einer Rasseliste aufgeführten Hund dann auszugehen ist, wenn ein Hund nach seiner äußeren Erscheinung trotz Einkreuzung anderer Hunde die Merkmale unabhängig vom Verwandtschaftsgrad mindestes eines der in der Rasseliste genannten Hunderassen zeigt bzw. das äußere Erscheinungsbild „noch" zu erkennen ist (OVG Brandenburg, Urt. v. 20.06.2002 - 4 D 89/00.NE -, juris, aufgehoben durch BVerwG, Urt. v. 20.08.2003 - 6 CN 2.02 -, juris; OVG Münster, Urt. v. 17.06.2004 - 14 A 953/02 -, juris, dem nachgehend und bestätigend BVerwG, Beschl. v. 22.12.2004 - 10 B 21.04 - juris; OVG LSA, Urt. v. 12.02.2008, a. a. O.; OVG Hamburg, Beschl. v. 18.08.2008 - 4 Bs 72/08 -, juris;
Eine engere Auffassung geht davon aus, dass ein Hund nur dann als Kreuzung im Sinne der vorgenannten Vorschriften anzusehen ist, wenn die „maßgeblichen" oder „besonders charakterisierenden" Merkmale des Rassestandards bzw. des Erscheinungsbildes der in der Rasselisten aufgezählten Hunderassen „markant" bzw. „signifikant" in Erscheinung treten (VG Karlsruhe, Urt. v. 05.12.2008 - 6 K 2295/08 -, juris; VG Stuttgart, Urt. v. 09.10.2007

- 5 K 4369/06 -, juris; VGH Mannheim, Urt. v. 16.10.2001 - 1 S 2346/00 -, juris; Verfassungsgerichtshof Rheinland-Pfalz, Urt. v. 04.07.2001 - VGH B 12/00 u. a. -, juris und 24.10.2001 - VGH B 8/01 -, juris; Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin, Urt. v. 12.07.2001 - 152/00 -, juris; OVG Hamburg, Beschl. v. 11.12.2000 - 2 Bs 311/00 -, juris).
Soweit sich die vorgenannten Entscheidungen mit der Frage der Bestimmtheit des Begriffs „Kreuzung" in den einschlägigen Vorschriften über gefährliche Hunde befassen, orientieren sich diese Entscheidungen jedoch ausnahmslos am allgemeinen Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 20 Abs. 3 GG und nicht an den strengeren Anforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG. Die Regelungen über Kreuzungen mit den sog. Listenhunden seien nach der oben aufgeführten Rechtsprechung hinreichend bestimmt, da das Gesetz an erkennbare phänotypische Merkmale anknüpfe, die den Rückschluss auf die ausreichende Beteiligung einer Rasse zuließen. Ob dieser Rückschluss im Einzelfall gelinge, sei keine Frage der Bestimmtheit der Norm, sondern deren Anwendung im Einzelfall. Im Regelfall könne - ggf. unter Zuhilfenahme von sachkundigen Amtstierärzten oder anderen Sachverständigen - hinreichend sicher festgestellt werden, dass ein Hund nach seinem äußeren Erscheinungsbild trotz Einkreuzung anderer Rassen die markanten Merkmale einer der gelisteten Hunderassen zeige (OVG Hamburg, Beschl. v. 18.08.2008 - 4 Bs 72/08 -, juris; HessVGH, Urt. v. 27.01.2004 - 11 N 520/03 -, juris; VGH Mannheim, Urt. v. 16.10.2001, a. a. O.; Verfassungsgerichtshof Rheinland-Pfalz, Urt. v. 04.07.2001, a. a. O.; juris; Verfassungsgerichtshof Berlin, Urt. v. 12.07.2001, a. a. O.).
Nach einer engen Auslegung ist nur die sog. F.1-Generation (1. Filialgeneration) noch als Kampfhundkreuzung im Sinne der gesetzlichen Vorschriften anzusehen, wenn also in der Parentalgeneration nachweislich ein reinrassiger sog. Listenhund und ein weiterer Hund vorhanden waren, weil in weiter entfernten Generationen keine verlässlichen Anhaltspunkte für eine spezifische Gefährlichkeit mehr vorliegen. Die Gegenauffassung, die darauf abstelle, ob bei einem Mischling die Merkmale einer oder mehrerer gelisteter Rassen noch signifikant in Erscheinung treten, vermöge, abgesehen von der Unschärfe des Begriffs der signifikanten Merkmale einer Hunderasse, nicht zu erklären, weshalb sich allein aus phänotypischen Ähnlichkeiten eine spezifische Gefährlichkeit ableiten lasse (vgl. BayVGH, Beschl. v. 17.07.2009 - 10 B 09.89 -, juris, VG Potsdam, Beschl. v. 27.03.2013 - 3 L 104/13 -, juris).
Der Senat folgt der letztgenannten Auffassung. Das Bundesverfassungsgericht hat in dem vorgenannten Urteil vom 16. März 2004 ausgeführt, dass die Aufnahme von bestimmten Hunderassen in sog. Rasselisten dann rechtmäßig ist, wenn ein Anlass zum Handeln des Gesetzgebers gegeben ist. Der Gesetzgeber darf zum Schutz des menschlichen Lebens und der menschlichen Gesundheit gesetzliche Vorkehrungen treffen, wenn genügend Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass Hunde bestimmter Rassen - und sei es auch erst im Zusammenwirken mit anderen Faktoren der genannten Art - für diese Schutzgüter in besonderer Weise gefährlich werden können. Für Hunde der hier in Rede stehenden Rassen konnte der Gesetzgeber vom Vorhandensein derartiger Anhaltspunkte ausgehen. Den Gesetzgebungsmaterialien lässt sich wie oben schon ausgeführt jedoch nur entnehmen, dass der Gesetzgeber allgemein „Mischlinge", also Kreuzungen von sog. Listenhunde untereinander oder mit anderen Hunden, in den Anwendungsbereich des Hundeverbringungs- und -einfuhrbeschränkungsgesetzes einbezogen wissen wollte. Dass der Landesgesetzgeber oder der Bundesgesetzgeber davon ausgegangen sind, dass auch bei Kreuzungen, bei denen lediglich in einer der F.1-Elterntiergeneration vorausgehenden Parentalgenerationen ein Elterntier einer der in § 2 Abs. 1 HundVerbrEinfG genannten

Rassen angehört hat, genügende Anhaltspunkte dafür bestehen, dass auch diese Hunde - ggf. erst im Zusammenwirken mit anderen Faktoren der genannten Art - für diese Schutzgüter in besonderer Weise gefährlich werden können, lässt sich nicht belegen.
Eine verfassungskonforme enge Auslegung des Begriffs der Kreuzung ist noch aus anderen Gründen geboten. Kann bei reinrassigen sog. Listenhunden noch eine Gesamtschau aller phänotypischen Merkmale ausreichend sein, um ggf. durch einen Sachverständigen eine zweifelsfreie Zuordnung zu einer bestimmten Rasse zu ermöglichen, kommt es bei Mischlingshunden darauf an, dass einzelne phänotypische Merkmale eines reinrassigen Hundes zweifelsfrei als prägend für den Phänotyp des Mischlingshundes zugeordnet werden können.
Wie oben bereits ausgeführt, beruht die Rasseeinteilung bei Hunden nicht auf naturgesetzlichen Gesetzmäßigkeiten, sondern auf den normativen Entscheidungen von Interessenverbänden. Für die Frage, wann bei einem Mischlingshund einzelne phänotypische Merkmale einer bestimmten Hunderasse, namentlich einer der in § 2 Abs. 1 HundVerbrEinfG aufgeführten Rassen, zweifelsfrei als prägend angesehen werden können, fehlt es an normativen Entscheidungen der Interessenverbände. Die von der FCI entwickelten Standards weisen zum Teil Überschneidungen auf, welche bereits eine zweifelsfreie Zuordnung von phänotypischen Merkmalen zu einer bestimmten Rasse nicht immer zulassen. Ferner enthalten die Rassestandards keine Bestimmung darüber, was als besonders prägend für eine Rasse angesehen werden kann. Aufgeführt werden neben essentiellen, jedoch als gleichrangig anzusehenden phänotypischen Merkmalen nur bestimmte „Fehler", welche bei der Bewertung eines Hundes im Rahmen einer Zuchtentscheidung oder einer Leistungsschau negativ zu berücksichtigen sind.
So weisen die Standards für den Bull Terrier (Standard Nr. 11) als auch für die in § 2 Abs. 1 HundVerbrEinfG weiter aufgeführten Rassen Staffordshire Bull Terrier (Standard Nr. 76) und American Staffordshire Terrier (Standard Nr. 286) hinsichtlich einzelner phänotypischer Merkmale zudem begrifflich unbestimmte und nicht hinreichend objektivierbare Begriffe auf.
Hinsichtlich des Bull Terriers wird in dem Standard ausgeführt: „Augen: Erscheinen schmal, schräg eingesetzt und dreieckig, gut eingebettet, schwarz oder so dunkelbraun wie möglich um nahezu wie schwarz zu wirken, mit einem durchdringenden Glitzern."
Hinsichtlich des Staffordshire Bull Terrier heißt es: „Augen: Dunkel bevorzugt, können aber einen gewissen Bezug zur Haarfarbe haben. Rund und von mittlerer Größe; so eingesetzt, dass sie geradeaus blicken. Dunkle Lidränder. … Ohren: Rosen- oder Halbstehohr, weder groß noch schwer. Vollständiges Schlapp- oder Stehohr höchst unerwünscht. … Rute: Mittlere Länge, tiefer Ansatz auslaufend in eine Spitze und ziemlich tief getragen. Soll nicht stark gebogen sein, eher vergleichbar mit einem Pumpenschwengel alter Form."
Hinsichtlich des American Staffordshire Terrier heißt es z. B.: „Farbe: Jede Farbe, einfarbig, mehrfarbig oder gefleckt ist zulässig, jedoch soll mehr als 80% Weiß, Schwarz mit Brand und leberfarben nicht gefördert werden. … Größe: Größe und Gewicht sollten zueinander in richtiger Proportion stehen. Eine Schulterhöhe von ca. 46 bis 48 cm für die Rüden und 43 bis 46 cm für die Hündinnen ist zu bevorzugen."
Auch hinsichtlich der hier in Rede stehenden Rassen (Ca de Bestiar, Labrador Retriever) finden sich vergleichbar unbestimmte Beschreibungen. Für den Ca de Bestiar (Mallorquinischer Schäferhund) heißt es in dem FCI-Standard Nr. 321:
„Augen: Eher klein, leicht mandelförmig; sie treten weder hervor noch liegen sie tief in den Augenhöhlen; sie sind nicht allzu weit auseinanderliegend, zentriert, leicht schräg

eingesetzt, lebhaft; ihre Farbe reicht von Rosmarin-honigfarben (recht hell) bis zu Johannisbrot-honigfarben (dunkel); Ausdruck rätselhaft, mit gleichzeitig intelligentem und traurigem Blick, aus dem auch Misstrauen spricht. Die Augenlider sind dünn, schwarz und schräg, eng am Augapfel anliegend."
Hinsichtlich des Labrador Retrievers (FCI-Standard Nr. 122) heißt es: „Augen: Mittelgroß, dabei Intelligenz und gutes Wesen zeigend, braun oder haselnussfarben. … Ohren: Nicht groß oder schwer, dicht am Kopf anliegend, hoch und ziemlich weit hinten angesetzt."
Auch der vom Verwaltungsgericht berücksichtigte Standard des schweizerischen American Pitbull Terrier Club (der insbesondere hinsichtlich der Augenform vom aktuellen Standard des United Kennel Club abweicht) enthält einige unbestimmte Begriffe: „Der Kopf des APBT (American Pit Bull Terrier) ist einmalig und ein Schlüsselelement der Zucht. Er ist groß und breit, strahlt Kraft und Stärke aus, ist jedoch nicht unproportional zur Körpergröße. Von vorne betrachtet ist er wie ein breiter, stumpfer Keil geformt. Von der Seite gesehen sind Kopf und Schnauze parallel zueinander und durch einen gut definierten, mäßig tiefen Halt verbunden. Der supraorbitale Augenbereich ist klar definiert, jedoch ohne besondere Ausprägung. Der Kopf ist gut gemeißelt, eine harmonische Mischung aus Kraft, Eleganz und Charakter. Die Augen sind von mittlerer Größe, rund bis mandelförmig (im aktuellen Standard des UKC nur rund zulässig). Sie liegen weit genug auseinander und niedrig am Schädel. Außer blau (was als ernsthafter Fehler gilt) werden alle Augenfarben gleichermaßen akzeptiert. Der weiße Augapfel sollte nicht sichtbar sein."zer5
Vor diesem Hintergrund wird z. B. von Tierärzten eine Rassebestimmung bei Hunden anhand von phänotypischen Merkmalen, die von Zuchtverbänden bestimmt worden sind, generell als wenig geeignet bzw. ungeeignet für eine hinreichend valide Zuordnung zu einer bestimmten Rasse angesehen. So hat der Vizepräsident der Tierärztekammer des Landes Sachsen-Anhalt Dr. K. (zugleich auch Mitglied des Bundesvorstandes Praktizierender Tierärzte) auf einem Symposium zur Evaluierung des Hundegesetzes Sachsen-Anhalt in Aschersleben am 30. Mai 2013 ausgeführt, dass die Zuordnung zu einer Rasse in der Praxis schwierig sei. Es gebe derzeit keine praktikable Methode, Hunde sicher einer bestimmten Rasse zuzuordnen. Man gehe immer vom Phänotyp des Hundes aus, welcher oft sehr variabel sei (vgl. www.mi._Hundegesetz.pdf). Diese Einschätzung deckt sich mit Untersuchungen, die in den letzten Jahren in den USA insbesondere zur Rassebestimmung bei Mischlingshunden durchgeführt worden sind. Bei einer Untersuchung im Jahr 2012 wurde bei 20 Mischlingshunden zunächst eine DNA-Untersuchung durchgeführt, um die genetisch dominierende Rasse zu ermitteln. Danach wurde 900 Personen, welche als z. B. Veterinärmediziner, Züchter, Wertungsrichter oder Betreiber von Tierheimen besondere Erfahrungen im Umgang mit Hunden haben, das Alter, das Geschlecht und das Gewicht des zu begutachtenden Hundes mitgeteilt sowie ein einminütiges Video des jeweiligen Hundes vorgeführt und um eine Einschätzung gebeten, welche Rasse nach den phänotypischen Merkmalen als dominant angesehen wird. Bei 14 der 20 Hunde erkannten weniger als 50% der Befragten die Rasse als prägend, die sich aus dem DNA-Befund ergab. Lediglich bei sieben Hunden konnten sich die Befragten zu mehr als 50% auf eine als dominant erkannte Rasse verständigen, bei drei von diesen sieben Hunden stimmte das Ergebnis nach der phänotypischen Bewertung allerdings nicht mit dem genetischen Testergebnis überein. Im Rahmen dieser Untersuchung wurde darauf hingewiesen, dass Hunde zwischen 20.000 und 25.000 Gene haben, wovon weniger als 1% für die Ausgestaltung der phänotypischen Merkmale (wie Ohrform, Fellfarbe und Kopfform) verantwortlich sind. So könne ein Hund genetisch zu 50% einem Deutschen

Schäferhund entsprechen, gleichwohl könnten bei diesem Hund die genetischen Regionen, welche für die Fellfarbe, Größe, Ohrproportionen und Länge der Schnauze eines typischen Deutschen Schäferhundes verantwortlich sind, völlig fehlen (vgl. Voith et al., Comparison of Visual and DNA Breed Identification of Dogs and Inter-Observer Reliability, American Journal of Sociological Research 2013, S. 17 f; veröffentlicht unter: article.sapub.org/10.5923.j.sociology.20130302.02.html). Eine ähnliche Untersuchung an der Universität von Florida mit 110 Mischlingshunden kam zu einem vergleichbaren Ergebnis (vgl. sheltermedicine.vetmed.ufl.edu/library/research-studies/current-studies/dog-breeds).
Der Senat hat nach Würdigung der im Verfahren abgegebenen sachkundigen Einschätzungen weder mit der notwendigen Überzeugungsgewissheit feststellen können, dass es sich bei dem Hund des Klägers um eine Kreuzung i. S. d. § 3 Abs. 2 GefHundG i. V. m. § 2 Abs. 1 HundVerbrEinfG handelt, noch hat der Senat die Gewissheit erlangen können, dass es sich nicht um eine solche Kreuzung handelt.
Nach Einschätzung des Fachpersonals des städtischen Tierheimes der Beklagten, einer Diplom-Biologin und eines Tierarztes, gehört der Hund des Klägers „augenscheinlich" nicht zu einer gefährlichen Rasse im Sinne des Gefahrhundegesetzes. Einschränkend haben diese aber ausgeführt, dass sich die Rasse eines Tieres zweifelsfrei nur durch eine Stammbaumbestimmung oder eine genetische Untersuchung feststellen lasse. Eine Stammbaumbestimmung schied im vorliegenden Fall aus, da es sich bei dem Hund des Klägers um ein Fundtier handelt, bei dem Elterntiere nicht bekannt sind.
Die Mitarbeiter des Fachbereiches Sicherheit der Beklagten hatten bei einer persönlichen Inaugenscheinnahme eine Zugehörigkeit zur Rasse American Staffordshire Terrier vermutet, ohne bestreiten zu wollen, dass es sich bei dem Hund des Klägers um einen Mischlingshund handelt. Insoweit lassen die im Verwaltungsverfahren von der Beklagten angestellten Ermittlungen keine eindeutige Zuordnung des hier in Rede stehenden Hundes zu.
Nach Überzeugung des Gerichts lassen auch die eingeholten Sachverständigengutachten weder die Feststellung zu, dass es sich bei dem Hund des Klägers um eine Kreuzung i. S. d. § 3 Abs. 2 GefHundG i. V. m. § 2 Abs. 1 HundVerbrEinfG handelt, noch dass dies auszuschließen ist.
Der Sachverständige B. war nach seinem schriftlichen Gutachten, den ergänzenden Ausführungen im Termin der mündlichen Verhandlung und auch nach der Konfrontation mit der Gegenauffassung des Sachverständigen A. bei seiner Auffassung geblieben, dass es sich bei dem Hund des Klägers um einen Mischling der Rassen Labrador und Ca de Bestiar und damit nicht um eine Kreuzung i. S. d. § 3 Abs. 2 GefHundG i. V. m. § 2 Abs. 1 HundVerbrEinfG handelt. Der Senat hat wie das Verwaltungsgericht zunächst kein Zweifel daran, dass der Sachverständige B. wie auch der Sachverständige A. über eine jahrzehntelange Erfahrung im Umgang mit Hunden, insbesondere auch als international anerkannte Zucht- und Leistungsrichter verfügen. Über eine wissenschaftliche Ausbildung (etwa als Biologe oder Tierarzt) verfügen allerdings weder der Sachverständige B. noch der weitere vom Verwaltungsgericht bestellte Gutacher A.. Bei der Würdigung der Sachverständigengutachten ist der Umstand zu berücksichtigen, dass in Sachsen-Anhalt - anders als in anderen Bundesländern - der Begriff der Kreuzung in § 3 Abs. 2 GefHundG nicht näher gesetzlich definiert worden ist und die Zuordnung von Mischlingshunden zu einer bestimmten (prägenden) Rasse nicht auf Methoden beruht, die Ergebnis eines wissenschaftlichen Erkenntnisprozesses sind.
Nach Überzeugung des Senates hat der Sachverständige B. auch bei seiner ergänzenden

Befragung im Termin der mündlichen Verhandlung nicht darlegen können, anhand welcher wissenschaftlichen oder sonstigen objektivierbaren Kriterien er die Einschätzung gewonnen hat, dass es sich bei dem Hund des Klägers um einen Mischling der Rassen Ca de Bestiar und Labrador handelt. Er hat sich nach seinen Erläuterungen im Termin der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht hinsichtlich der Rassebeschreibungen bereits nicht an den Standards der FCI orientiert, sondern hat seiner Bewertung zugrunde legt, was für ihn - subjektiv - dem typischen Erscheinungsbild einer Hunderasse entspricht.
Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts ist das Gutachten des Sachverständigen A. nicht als vorzugswürdig zu erachten. Der Sachverständige A. hat auch nach der Auseinandersetzung mit den Gegenargumenten des Sachverständigen B. im Termin der mündlichen Verhandlung an seiner Auffassung festgehalten, dass es bei sich dem Hund des Klägers nach den Merkmalen Phänotyp, Bewegung und Wesen zu überwiegenden Teilen, mindestens 75% um einen American Pitbull Terrier handele. Als weitere eingekreuzte Rasen „vermute" er die Rassen American Staffordshire Terrier und Ca de Bestiar, welche anteilsmäßig jedoch zu vernachlässigen seien. Der Sachverständige A. hat sich nach eigenen Angaben bei seiner Einschätzung an den Standards des Schweizerischen American Pitbull Terrier Club orientiert, die jedoch nicht völlig mit den oben bereits angeführten aktuellen Standards des United Kennel Club für den American Pitbull Terrier übereinstimmen. Nach welchen Maßstäben er allerdings den Schluss hat ziehen können, dass der Phänotyp des Hundes des Klägers zu „75%" dem eines American Pitbull Terrier entspreche, hat er nicht dargelegt. Auch der Rassestandard des Schweizerischen American Pitbull Terrier Club für den American Pitbull Terrier enthält keine Kriterien, der eine solche prozentuale Zuordnung plausibel erscheinen lässt. Zudem enthält das Gutachten des Sachverständigen A. auch nach den ergänzenden Ausführungen im Termin der mündlichen Verhandlung keine vergleichende Gegenüberstellung mit den Merkmalen der Rassestandards der FCI zu den Rassen Ca de Bestiar und Labrador. Da phänotypische Merkmale nach den vorgenannten wissenschaftlichen Untersuchungen bei Hunden dominant-rezessiv vererbt werden, ist auch der Einwand des Sachverständigen B. gegen die Argumentation des Sachverständigen A. nachvollziehbar, dass einzelne äußerliche Merkmale, die bei den Elterntieren typisch sind, je nachdem, welcher Rasse der Rüde oder die Hündin angehörten, in der F.1-Generation nicht auftreten. Insoweit sind die Ausführungen des Sachverständigen B. plausibel, der vom Sachverständigen A. hervorgehobene Umstand, dass beim Fell des klägerischen Hundes die Unterwolle fehlt, lasse noch nicht den zwingenden Schluss zu, dass ein Labrador als prägendes Elterntier ausgeschlossen werden kann.
Das Gericht brauchte angesichts der vorliegenden inhaltlich divergierenden Gutachten kein Obergutachten einzuholen. Der vom Kläger als Obergutachter vorgeschlagene Sachverständige D. aus T. ist ausgebildeter Sozialpädagoge. Die für die Rassebegutachtung besondere Sachkunde leitet er für sich u. a. als Leiter eines Hundetrainingszentrums ab. Es ist für den Senat nicht ersichtlich, dass der vorgeschlagene Obergutachter über einen im Vergleich zu den beiden bereits bestellten Sachverständigen überlegenen oder weitergehenden Sachverstand verfügt und deshalb geeignet und in der Lage wäre, ein Obergutachten zu erstatten.
Der Senat hält grundsätzlich die Einholung eines genetischen Gutachtens für eine geeignete Maßnahme, um in Zweifelsfällen bei Mischlingshunden bestimmen zu können, ob eine Kreuzung im oben dargestellten Sinne mit einem der § 2 Abs. 1 HundVerbrEinfG genannten Hunde vorliegt. Eine hinreichend verlässliche Rassenzuordnung mittels eines

DNA-Testes ist nach dem derzeitigen Wissenstand trotz beachtlicher Fortschritte in den letzten Jahren (vgl. hierzu: Gunreben, Hölzer, Müller, Genetische Rassezuordnung von Hunden, Kleintiermedizin 2011, 72) jedoch noch nicht in allen Fällen möglich, da derzeit nur von ca. der Hälfte der von der FCI erfassten Hunderassen Vergleichsmaterial in den Unternehmen vorliegt, welche DNA-Tests für Hunde durchführen. Auch im vorliegenden Fall war die Einholung eines genetischen Gutachtens nicht möglich, da bei den (weltweit) tätigen Unternehmen, die genetische Tests für Mischlingshunde anbieten, trotz der fortschreitenden wissenschaftlichen Entwicklung derzeit noch kein genetisches Vergleichsmaterial für die Rassen Ca de Bestiar und American Pit Bull Terrier vorliegt, welche im vorliegenden Fall als Elterntiere des Hundes des Klägers in Betracht kommen können (vgl. die Rasseliste bei www...de/...galantos-hund.html).
Nach Überzeugung des Senats liegt damit eine Non-liquet-Situation vor, in der nach Beweislastgrundsätzen zu entscheiden ist. Zwar lässt allein der Umstand, dass mehrere Gutachter unterschiedliche Antworten auf die vom Gericht gestellten Fragen geben, noch nicht den Schluss zu, der Sachverhalt sei unaufklärbar (vgl. BVerwG, Urt. v. 28.04.2011 - 2 C 55.09 -, juris). Angesichts der fehlenden rechtlichen Konkretisierungen in Sachsen-Anhalt für die Rassezuordnung bei Kreuzungen in § 3 Abs. 2 GefHundG sowie des Umstands, dass eine Rassezuordnung nach dem Phänotyp nicht auf wissenschaftlich hergeleiteten Erkenntnissen beruht und im vorliegenden Fall eine wissenschaftlich fundierte genetische Rassenbestimmung nach dem derzeitigen Stand der Forschung (noch) nicht möglich ist, sieht der Senat keine weitere Möglichkeit den entscheidungserheblichen Sachverhalt weiter aufzuklären.
Es finden damit die im öffentlichen Recht allgemein geltenden Regeln der materiellen Beweislast Anwendung. Sie beantworten die Frage, wer den Prozess verliert, wenn unaufklärbar bleibt, ob ein Tatbestandsmerkmal erfüllt ist. Sowohl im Zivil- als auch im öffentlichen Recht gilt als Grundregel das sogenannte „Günstigkeitsprinzip". Danach trägt jeder den Rechtsnachteil für die Nichterweislichkeit der ihm günstigen Tatbestandsmerkmale einer Norm. Auf die Anfechtungsklage angewendet bedeutet dies, dass die erlassende Behörde die materielle Beweislast für die Tatsachen trifft, die nach der zugrunde liegenden Norm Voraussetzung für die belastende Rechtsfolge sind, die durch den angegriffenen Verwaltungsakt angeordnet wird (vgl. BVerwG, Urt. v. 27.09.1982 - 8 C 62.81 -, juris). Diese Grundregel gilt allerdings nur subsidiär. Sie ist dann nicht anwendbar, wenn das materielle Recht eine andere Beweislastverteilung vorsieht. Dazu muss sich der Norm entnehmen lassen, dass ihre Rechtsfolge auch eintreten soll, wenn das Tatbestandsmerkmal unerweislich bleibt, insofern also ein non liquet eintritt (vgl. BVerwG, Beschl. v. 16.05.2013 - 8 B 70.12 -, juris). Anders als in anderen Bundesländern ist in § 3 Abs. 2 GefHundG keine Beweislastumkehr zulasten des Hundehalters vorgesehen, so dass im vorliegenden Fall die Beklagte für den Umstand, dass es sich bei dem Hund des Klägers um eine Kreuzung i. S. d. § 3 Abs. 2 GefHundG i. V. m. § 2 Abs. 1 HundVerbrEinfG handelt, die Beweislast trifft. Da die Beklagte den Nachweis für die Erfüllung dieses Tatbestandsmerkmals nicht erbracht hat, war der streitgegenständliche Bescheid vom 03. März 2011 aufzuheben.
Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 167 VwGO, 708 Nr. 10, 711 ZPO.
Gründe für die Zulassung der Revision (§ 132 Abs. 2 VwGO) liegen nicht vor.
Zitiervorschlag:
OVG Magdeburg Urt. v. 4.6.2014 – 3 L 230/13, BeckRS 2014, 59455

OVG Magdeburg (3. Senat), Beschluss vom 14.10.2013 - 3 M 229/13

Titel:
Sicherstellung und Verwahrung von gefährlichen Hunden
Normenketten:
HundVerbrEinfG 2
LSA-GefHundG 3 II
LSA-SOG 45
Amtlicher Leitsatz:
1. Ein Miniatur Bullterrier, welcher vom Erscheinungsbild her dem von der FCI bestimmten Standard für diese Hunderasse entspricht, ist nicht als Bullterrier i. S. d. § 2 Abs. 1 Satz 1 HundVerbrEinfG anzusehen. (amtlicher Leitsatz)
Rechtsgebiete:
Sonstiges besonderes Verwaltungsrecht, Verwaltungsverfahren und -prozess
Schlagworte:
Gefährliche Hunde, Vermutung, Miniatur Bullterrier
Fundstellen:
LSK 2014, 050304
NVwZ-RR 2014, 139
ECLI:
ECLI:DE:OVGST:2013:1014.3M229.13.0A
Rechtskraft:
rechtskräftig

Leitsatz:
Gründe:
Die Beschwerde hat nur in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg.
Das Verwaltungsgericht hat zu Recht die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin vom 11. April 2013 gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 9. April 2013 hinsichtlich der Ziffer 1. wiederhergestellt und zu Ziffer 2. angeordnet, soweit die Hunde mit den Transpondernummern ...12 und ...07 betroffen sind.
Nach § 45 Nr. 1 SOG LSA können Sicherheitsbehörden und die Polizei eine Sache sicherstellen, um eine gegenwärtige Gefahr abzuwehren. Eine gegenwärtige Gefahr im Sinne des § 45 Nr. 1 SOG LSA liegt nach § 3 Nr. 3 Buchst. b SOG LSA dann vor, wenn ein schädigendes Ereignis bereits begonnen hat oder unmittelbar oder in allernächster Zeit mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit bevorsteht. Eine solche gegenwärtige Gefahr für die öffentliche Sicherheit kann auch dann vorliegen, wenn ein Hundehalter einen sog. Listenhund i. S. d. § 3 Abs. 2 GefHundG hält, ohne dass gemäß § 4 Abs. 1 GefHundG durch Vorlage eines Wesenstests i. S. d. § 10 Abs. 2 GefHundG binnen sechs Monaten nach Beginn der Haltung des Hundes gegenüber der zuständigen Behörde die Fähigkeit des Hundes zu sozialverträglichem Verhalten nachgewiesen worden ist.
Das Verwaltungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass nach der nur gebotenen summarischen Prüfung die Voraussetzungen für die Sicherstellung und Verwahrung der beiden vorgenannten Hunde der Antragstellerin nach § 45 SOG LSA nicht vorliegen, da diese von der Antragstellerin gehaltenen Miniatur Bullterrier nicht zu den in § 2 Abs. 1 des Gesetzes zur Beschränkung des Verbringens oder der Einfuhr gefährlicher Hunde in das Inland vom 12. April 2001 (Hundeverbringungs- und -einfuhrbeschränkungsgesetz - HundVerbrEinfG -, BGBl. I S. 530) genannten Hunden zählen, deren Gefährlichkeit gemäß

§ 3 Abs. 2 GefHundG vermutet und deren Haltung nur unter den in § 4 Abs. 1 GefHundG genannten Voraussetzungen erlaubt ist.
Hinsichtlich des Hundes mit der Transpondernummer ...55 wird sich der angefochtene Bescheid nach summarischer Prüfung hingegen voraussichtlich als rechtmäßig erweisen, da dieser Hund nicht dem Rassestandard eines Miniatur Bullterriers, sondern aufgrund der Widerristhöhe von 38,5 cm den Merkmalen eines Standard-Bullterriers entspricht, welcher zu den in § 2 Abs. 1 HundVerbrEinfG aufgeführten Rassen zählt, auf welche § 3 Abs. 2 GefHundG verweist. Nach § 2 Abs. 1 HundVerbrEinfG dürfen Hunde der Rassen Pitbull Terrier, American Staffordshire-Terrier, Staffordshire-Bullterrier und Bullterrier sowie deren Kreuzung untereinander oder mit anderen Hunden nicht in das Inland eingeführt oder verbracht werden. Eine landesrechtliche Regelung, die die listenmäßige „Gefährlichkeit" der Hunde durch weitere Rassen ergänzt, existiert in Sachsen-Anhalt nicht.
Es ist dem Gesetzgeber im Rahmen seines Gestaltungsspielraums grundsätzlich unbenommen, bei der Bestimmung des Begriffs „Rasse" auf Kriterien zurückzugreifen, die von anerkannten Fachverbänden entwickelt worden sind. Der größte Hundefachverband ist die F. C. Internationale (FCI) mit Sitz in T./Belgien. Dieser Verband umfasst z. Zt. 87 Mitglieds- und Partnerländer (nur ein Verband pro Land). Die FCI garantiert innerhalb ihrer Organisation die gegenseitige Anerkennung der Abstammungsurkunden (Pedigrees) der Länder. Derzeit erkennt die FCI derzeit 343 verschiedene Rassen an. Jede von ihnen ist das „Eigentum" eines bestimmten Landes, welches als Ursprungsland der Rasse bezeichnet wird. Diese Ursprungsländer erstellen in Zusammenarbeit mit der Standard- und der Wissenschaftlichen Kommission der FCI die Standards für ihre Rassen (veröffentlicht unter www.f...be). In diesen Standards wird eine Rasse anhand phänotypischer, also äußerlich beobachtbarer und messbarer Merkmale beschrieben und damit zugleich eine Zuordnung eines einzelnen Hundes zu dieser Rasse vorgenommen. Die Rasse ist auch nach den von der FCI angewandten Kriterien eine Gruppe von Individuen, die gemeinsame Merkmale aufweisen, die sie von anderen Vertretern ihrer Spezies unterscheiden, und die durch Vererbung übertragbar sind. Die Gruppe wird wie folgt definiert: „Verschiedene Rassen, die eine Reihe von eindeutig zu unterscheidenden, durch Vererbung übertragbaren, gemeinsamen Merkmalen aufweisen". Die Varietät hingegen stellt eine Untergruppe innerhalb einer Rasse dar, deren Vertreter sich alle durch ein gemeinsames, vererbbares Merkmal von den anderen Vertretern ihrer Rasse unterscheiden. Die Rassestandards werden als Grundlage bei der Zuchteignungsprüfung herangezogen, um die Übereinstimmung des Hundes mit den äußerlichen Merkmalen und Wesenseigenschaften seiner Rasse zu bewerten (vgl. zum Vorgehenden: de.w...org/.../Hunderasse).
Von dieser Definition von Hunderassen ist offenbar auch der Bundesgesetzgeber bei der Beschlussfassung über das Hundeverbringungs- und -einfuhrbeschränkungsgesetzes ausgegangen: In der Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung gefährlicher Hunde heißt es (BT-Drs. 14/4451, S. 13): „Im Entwurf des Gesetzes zur Beschränkung des Verbringens gefährlicher Hunde in das Inland werden in § 1 Abs. 1 drei Hunderassen genannt. Aus hiesiger Sicht fehlt der Bullterrier. Das Fehlen des Bullterriers stellt einen Wertungswiderspruch dar, da dieser wie auch die aufgeführten Rassen zur gleichen Gruppe gehören (vgl. FCI - Gruppe III - der bullartigen Terrier). Der Bullterrier unterscheidet sich weder in Größe, Gewicht oder Art noch Abstammung wesentlich von den dort aufgeführten Hunderassen, so dass die Aufzählung um den Bullterrier ergänzt werden müsste, ohne den Staffordshire-Bullterrier zu streichen."
Sowohl der für den Bullterrier geltende Standard Nr. 11 als auch der für den Miniatur

Bullterrier nach seiner Anerkennung am 9. Juli 2011 ab dem 1. Januar 2012 geltende Standard Nr. 359 (veröffentlicht unter www.f..be) orientieren sich an mehreren äußerlichen Merkmalen (Kopf, Hals, Körper, Rute, Gangwerk, Haarkleid, Größe). Die Rassestandards für den Bullterrier und den Miniatur Bullterrier unterscheiden sich nur hinsichtlich der Größe, insofern als bei einem Miniatur Bullterrier eine Widerristhöhe von 35,5 cm nicht überschreiten „soll". Für den Bullterrier sieht der Rassestandard weder eine Mindest- noch eine Höchstgröße vor.
Soweit die Antragsgegnerin in diesem Zusammenhang beanstandet, dass die auch vom Verwaltungsgericht vorgenommene Auslegung des Begriffs „Rasse" unter Hinweis auf Regelwerke von privaten (ausländischen) Zuchtvereinigungen im Ergebnis dazu führen könnte, dass juristische Personen des Privatrechts Entscheidungen des Gesetzgebers abändern oder umgehen könnten, greift dieser Einwand im Ergebnis nicht durch.
Bei der Auslegung des § 2 HundVerbrEinfG bzw. § 3 Abs. 2 GefHundG ist der verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz zu beachten. Das aus dem Rechtsstaatsprinzip abzuleitende Gebot der hinreichenden Bestimmtheit und Klarheit der Norm fordert vom Normgeber, seine Regelungen grundsätzlich so genau zu fassen, dass der Betroffene die Rechtslage, d. h. Inhalt und Grenzen von Gebots- oder Verbotsnormen in zumutbarer Weise erkennen und sein Verhalten danach ausrichten kann. Der Normgeber darf dabei grundsätzlich auch auf unbestimmte Rechtsbegriffe zurückgreifen, wenn die Kennzeichnung der Normtatbestände mit beschreibenden Merkmalen nicht möglich ist. Die Auslegungsbedürftigkeit einer Norm steht ihrer Bestimmtheit grundsätzlich nicht entgegen; allerdings müssen sich aus Wortlaut, Zweck und Zusammenhang der Regelung objektive Kriterien gewinnen lassen, die einen verlässlichen, an begrenzende Handlungsmaßstäbe gebundenen Vollzug der Norm gewährleisten (vgl. BVerfG, Urt. v. 27.07.2005 - 1 BvR 668/04 -, juris). Wenn - wie hier - eine bußgeldbewehrte Verbotsvorschrift (§ 16 Abs. 1 Nr. 5 GefHundG) betroffen ist, muss sich diese zudem an den strengeren Anforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG bzw. Art. 7 EMRK messen lassen. Art. 103 Abs. 2 GG enthält ein besonderes Bestimmtheitsgebot. Der Gesetzgeber ist danach verpflichtet, die Voraussetzungen der Strafbarkeit oder Bußgeldbewehrung so konkret zu umschreiben, dass Anwendungsbereich und Tragweite der Straf- oder Ordnungswidrigkeitentatbestände zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln lassen. Diese Verpflichtung soll einerseits sicherstellen, dass die Normadressaten vorhersehen können, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist. Sie soll andererseits gewährleisten, dass der Gesetzgeber über die Strafbarkeit oder die Bußgeldvoraussetzungen selbst entscheidet. Insoweit enthält Art. 103 Abs. 2 GG einen strengen Gesetzesvorbehalt, der es der vollziehenden und der rechtsprechenden Gewalt verwehrt, die normativen Voraussetzungen einer Bestrafung oder einer Verhängung von Geldbußen festzulegen (vgl. BVerfG, Beschl. v. 15.09.2011 - 1 BvR 519/10 -, juris und v. 17.11.2009 - 1 BvR 2717/08 -, juris, jeweils m. w. N.). Der Gesetzgeber hat weder selbst Rassebeschreibungen im HundVerbrEinfG bzw. GefHundG aufgenommen noch geregelt, welche privaten Verbände nach welchen formellen und materiellen Maßgaben Rassestandards bestimmen dürfen. Es ist dem Gesetzgeber zwar nicht grundsätzlich untersagt, hinsichtlich der Definition bestimmter Rechtsbegriffe auf seine eigene Rechtssetzungsbefugnis zu verzichten und - der Sache nach - auf Regelungen privater Verbände zu verweisen. Eine solche Praxis ist jedoch nur unter engen Voraussetzungen zulässig (vgl. Bundesministerium der Justiz, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. Aufl. Teil B, Ziffer 4.3. Rdnr. 242 f.). Private Regelungen - z. B. Zuchtregelungen von privaten Züchtervereinigungen - dürfen dann nicht zur Grundlage staatlicher Maßnahmen mit

grundrechtsbeschränkender Wirkung gemacht werden, wenn sie gemäß den rechtsstaatlichen Anforderungen nicht hinreichend bestimmt sind (vgl. BVerfG, Beschl. v. 30.12.1993 - 1 BvR 1368/90 -, juris und Beschl. v. 25.05.1993 - 1 BvR 345/83 -, juris, jeweils zu Formulierungen in Satzungen von Zuchtverbänden über das Zuchtziel von Pferderassen). Auch darf eine Verweisung von staatlichen Gesetzen auf private Regelungen nicht dazu führen, dass der Bürger schrankenlos der normsetzenden Gewalt eines privaten Verbandes ausgeliefert wird, der ihm gegenüber weder staatlich-demokratisch noch mitgliedschaftlich legitimiert sind. Nur soweit der Inhalt der privaten Regelungen, auf die staatliche Rechtsnormen verweisen, im Wesentlichen feststeht, kann von einem unzulässigen Verzicht des Gesetzgebers auf seine Rechtsetzungsbefugnisse nicht die Rede sein (vgl. BVerfG, Urt. v. 14.06.1983 - 2 BvR 488/80 -, juris; BVerwG, Urt. v. 27.06.2013 - 3 C 21.12 -, juris).
Gemessen an diesen Maßstäben stellt die Antragsgegnerin mit dem Hinweis auf die Definition des Begriffs „Hunderasse" durch private Züchterverbände allenfalls die Verfassungsmäßigkeit der von ihr herangezogenen Ermächtigungsgrundlage, nicht aber die Richtigkeit der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung in Frage.
Für das Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes geht der Senat davon aus, dass § 2 Abs. 1 HundVerbrEinfG, § 3 Abs. 2 GefHundG i. V. m. den von der FCI bestimmten Rassestandards für Bullterrier und Miniatur Bullterrier verfassungskonform so ausgelegt werden kann, dass die „Soll-Bestimmung" für die maximale Widerristhöhe eines Miniatur Bullterriers den Regelfall darstellt, welcher die Abgrenzung zwischen den beiden Hunderassen ermöglicht.
Soweit die Antragsgegnerin mit der Beschwerdebegründung weiter ausführt, dass für die Zuordnung der hier streitgegenständlichen Hunde zu den in § 2 HundVerbrEinfG genannten Rassen der Zeitpunkt der Geburt der Hunde in den Jahren 2007 und 2010 maßgeblich sei und zu diesem Zeitpunkt der Miniatur Bullterrier keine von der FCI als eigenständig anerkannte Rasse darstellte, greift dieser Einwand nicht durch. Es lässt sich weder dem Wortlaut noch der Gesetzgebungsgeschichte hinreichend eindeutig entnehmen, dass der Gesetzgeber in § 2 HundVerbrEinfG statisch auf die bei Inkrafttreten des Gesetzes geltenden Rassestandards der FCI Bezug genommen hat und zudem das Geburtsdatum eines Hundes als maßgeblich für die Rassezuordnung angesehen hat. Der Wortlaut der Vorschrift lässt ohne weiteres auch eine Auslegung dahingehend zu, dass die im Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung geltenden (und veröffentlichten) Rassestandards maßgeblich sind. Auch der Gesetzgebungsgeschichte lässt sich nicht zweifelsfrei entnehmen, dass der Gesetzgeber im Jahr 2001 für die Zuordnung von Hunden zu den in § 2 HundVerbrEinfG aufgeführten Rassen statisch auf einen vorgefundenen Bestand an Hunderassen verwiesen hat und nicht dynamisch auch nach Inkrafttreten des Gesetzes eintretende Veränderungen bei den Rassestandards berücksichtigt wissen wollte. Wie oben bereits ausgeführt, hat der Gesetzgeber zwar auf die Rassestandards der Gruppe III der FCI (Bullartige Terrier) verwiesen und zur Begründung der Aufnahme des Bullterriers in die Rasseliste die phänotypische Vergleichbarkeit dieser Rasse mit den anderen in der Liste aufgeführten Rassen angeführt. Dieser Verweis erfasst jedoch bereits nicht alle in § 2 HundVerbrEinfG aufgeführten Hunderassen, da die FCI bislang nur den für American Staffordshire Terrier (Standard Nr. 286) und Staffordshire Bull Terrier (Standard Nr. 76) einen Rassestandard definiert hat, welcher seit 2001 unverändert geblieben ist. Im Übrigen wird nach dem FCI-Standard für den American Staffordshire Terrier für diesen eine Schulterhöhe von 43 bis 48 cm „bevorzugt". Ein „Sollgewicht" wird nicht angegeben. Bei einem Staffordshire Bull Terrier

(FCI-Standard Nr. 76) wird als „erwünschte" Widerristhöhe eine Spanne 35,5 bis 40,5 cm angegeben. Hinsichtlich des Gewichts wird je nach Geschlecht des Hundes eine Spanne von 12,7 bis 17 kg angegeben. Für den ebenfalls in § 2 HundVerbrEinfG genannten Pit Bull Terrier fehlte zum Inkrafttreten des Gesetzes und fehlt auch aktuell ein Rassestandard der FCI. Insofern geht für den Pit Bull Terrier der Verweis in der Stellungnahme des Bundesrates auf die Standards der FCI fehl. Nur für den (American) Pit Bull Terrier hat der in den USA ansässige United Kennel Club, welcher nicht der FCI angehört, einen Rassestandard festgelegt. In diesem Rassestandard ist z. B. eine Mindestwiderristhöhe nicht bestimmt worden. Hinsichtlich des Gewichts wird je nach Geschlecht des Hundes eine Spanne von 13,5 bis 27 kg angegeben. (vgl. de.w...org/.../...). In Ansehung der in den vorgenannten FCI-Standards für den American Staffordshire Terrier und Staffordshire Bull Terrier aufgeführten Mindestgrößen und -gewichte legt die Antragsgegnerin nicht dar, ob der Gesetzgeber auch Hunde der Rasse Miniatur Bullterrier, welche phänotypisch nach Größe und Gewicht deutlich von den Mindestgrößen und -gewichte nach unten hin abweichen, in den Kreis der von § 2 Abs. 1 Satz 1 HundVerbrEinfG erfassten Hunde einbezogen wissen wollte.
Auch der Einwand der Antragsgegnerin, dass es sich jedenfalls bei den hier in Rede stehenden Miniatur Bullterriern um Kreuzungen der in § 2 Abs. 1 Satz 1 HundVerbrEinfG aufgeführten Rassen handele, bei denen gemäß § 3 Abs. 2 GefHundG ebenfalls die Vermutung der Gefährlichkeit besteht, greift nicht durch. Die Argumentation der Antragsgegnerin, dass es sich bei dem Miniatur Bullterrier jedenfalls bis 2011 auch nach Auffassung der FCI nur um eine Varietät des (Standard-) Bullterrier gehandelt habe und daher die Elterntiere der hier in Rede stehenden Miniatur Bullterrier jedenfalls im Zeitpunkt der Geburt der Hunde ausschließlich als (Standard) Bullterrier anzusehen gewesen seien, was zur Folge habe, dass die streitgegenständlichen Hunde als ein aus einer Kreuzung mit zumindest einem (Standard-) Bullterrier hervorgegangener Hund anzusehen seien, stellt die erstinstanzliche Entscheidung nicht in Frage. Die Antragsgegnerin legt mit der Beschwerdebegründung nicht dar, dass erst mit der Anerkennung durch die FCI eine neue Hunderasse gleichsam „konstitutiv" entsteht. Nach den Statuten der FCI können Hunde von Rassen, die von der FCI und den in der FCI zusammengeschlossenen Verbänden (noch) nicht anerkannt sind, an Ausstellungen und Zuchtschauen, die von der FCI und den ihr angeschlossenen Verbände ausgerichtet werden, nicht teilnehmen. Ferner ist mit der Anerkennung der Hunderasse durch die FCI die gegenseitige Anerkennung der Zuchtbücher der Mitglieds- und Partnerverbände verbunden. Insofern hat die Anerkennung einer Hunderasse durch die FCI zwar Auswirkungen im Bereich der Zucht und des Haltens eines Hundes. Sie hat aber nicht aber die zwingende Folge, dass eine nach gemeinsamen phänotypischen Merkmalen gegenüber anderen Hunden abgrenzbare Gruppe von Hunden vor der Anerkennung durch die FCI nicht als eigenständige Hunderasse angesehen werden kann.
Hinzu kommt, dass auch schon vor 2011 in der veterinärmedizinischen Praxis (vgl. Steinfeldt: „Kampfhunde". Geschichte, Einsatz, Haltungsprobleme von „Bull-Rassen". Diss. med. vet. Hannover 2002, S. 67) und in der behördlichen Praxis in anderen Bundesländern zwischen den Rassen Bullterrier und Miniatur Bullterrier unterschieden wurde (sog. Hundebericht Nordrhein-Westfalen vom 17.05.2011 für das Berichtsjahr 2010, S. 8: seit dem Jahr 2009 Einstufung der Rasse Miniatur Bullterrier als sog. kleiner Hund: www.l...de/.../.../.../.../...pdf). Auch in der o. g. Dissertation von St. wird ausgeführt: „Der Miniatur Bull Terrier hat seinen Ursprung in den kleinen, zur Rattenbekämpfung eingesetzten frühen Bull-Rassen. Erste Exemplare wurden bereits um

das Jahr 1900 in Amerika auf Ausstellungen gezeigt, dennoch konnte sich die Rasse anfangs nicht recht durchsetzen. Nach der Gründung des Miniature Bull Terrier Clubs durch den Engländer Colonel Glyn im Jahre 1938 gewann die kleine Variante des Bull Terriers allmählich eine größere Anhängerschaft, ohne jedoch bis heute dessen jährlich registrierte Welpenzahlen zu erreichen." Nach der in der Hundezucht seit Jahren bestehenden Abgrenzung zwischen (Standard-) Bullterrier und Miniatur-Bullterrier ist der Miniatur-Bullterrier daher nicht lediglich als kleine Variante des Standard-Bullterriers zu verstehen, sondern wird seit der Wiederbelebung der Züchtung im 20. Jahrhundert in seinem Ursprungsland Großbritannien als eigenständige Rasse geführt.
Gemessen an den vorgenannten Maßstäben erfüllt der Hund mit der Transpondernummer ...55, welcher nach der von der Antragsgegnerin am 10. April 2013 durchgeführten und von der Antragstellerin nicht in Frage gestellten Messung eine Widerristhöhe von 38,5 cm aufweist, nicht den Rassestandard eines Miniatur Bullterriers, sondern entspricht vielmehr dem Standard eines Bullterriers. Soweit die Antragstellerin unter Verweis auf ein Urteil des Verwaltungsgerichts Aachen vom 27. Dezember 2006 (Az.: 6 K 903/05, juris) darauf verweist, dass die Rassebestimmung nicht durch eindeutig und unverrückbar festgelegte Größen- und Gewichtsparameter erfolgt, sondern anhand einer wertenden Betrachtung des gesamten äußeren Erscheinungsbildes des Hundes vorzunehmen ist, ist festzustellen, dass dieses Urteil sich noch nicht mit den von der FCI definierten Rassestandards für den Bullterrier und den Miniatur Bullterrier auseinandersetzen konnte, welche sich nur hinsichtlich der Größe der Hunde unterscheiden.
Entgegen der Auffassung der Antragstellerin ist die Sicherstellung des Hundes mit der Transpondernummer ...55 nicht deshalb ermessensfehlerhaft, weil eine andere Ordnungsbehörde in einem anderen beim Senat anhängigen Verfahren (3 M 255/13) bei einem sog. Listenhund von einer Sicherstellung nach § 45 Abs. 1 SOG LSA abgesehen und stattdessen bei Nichtvorlage des Wesenstests innerhalb der gesetzlichen Frist des § 4 Abs. 1 Satz 2 GefHundG einen Leinen- und Maulkorbzwang verfügt hat. Die Antragstellerin setzt sich bereits nicht mit der vom Gesetzgeber vorgesehenen unterschiedlichen Vorgehensweise bei einem im Einzelfall gefährlichen Hund i. S. d. § 3 Abs. 3 GefHundG und einem vermutet gefährlichen Hund i. S. d. § 3 Abs. 2 GefHundG auseinander. Ein sog. Listenhund i. S. d. § 3 Abs. 2 GefHundG darf gehalten werden, wenn die Hundehalterin oder der Hundehalter durch einen Wesenstest nach § 10 GefHundG gegenüber der zuständigen Behörde nachgewiesen hat, dass der Hund zu sozialverträglichem Verhalten in der Lage ist, so dass von dem Hund keine Gefahren für die öffentliche Sicherheit ausgehen. Erhöhte Anforderungen an den Halter des Hundes entsprechend den für gefährliche Hunde gemäß § 3 Abs. 3 GefHundG geltenden Vorschriften (Erlaubnispflicht nach § 4 Abs. 2 und §§ 5 f. GefHundG, insbesondere der grundsätzliche Leinen- und Maulkorbzwang nach Erteilung der Erlaubnis gemäß § 11 GefHundG) ergeben sich aus den Vorschriften des GefHundG nicht. Auch die nach den Vorschriften des § 3 Abs. 3 GefHundG für im Einzelfall gefährliche Hunde geltende erheblich absenkte Eingriffsschwelle genügt im Falle sog. Listenhunde weder für Maßnahmen gegenüber dem Hund noch für solche gegenüber dem Halter oder Hundeführer. Denn zum Ausgleich der hier schon an die Rasse des Hundes anknüpfenden vermuteten Gefährlichkeit des Hundes, die nur durch einen erfolgreich abgelegten Wesenstest widerlegt werden kann, hat der Gesetzgeber bewusst auf weitere Einschränkungen der Hundehaltung verzichtet. Ein erfolgreicher Wesenstest indiziert in diesen Fällen abschließend, dass von dem Hund und seiner Haltung und Führung keine Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ausgehen (vgl. Beschl. d. Senates v. 21.01.2013 - 3 M 591/12 -, juris). Mithin stellt bereits das Halten eines sog.

Listenhundes ohne Vorlage eines Wesenstestes innerhalb der gesetzlichen Frist eine Störung der öffentlichen Sicherheit i. S. d. § 3 Nr. 1 SOG LSA dar, welche mit einer Sicherstellung des Hundes in verhältnismäßiger, d. h. in geeigneter und zumutbarer Weise begegnet werden kann. Auf eine möglicherweise abweichende Ermessenspraxis einer anderen Behörde kann sich die Antragstellerin gegenüber der Antragsgegnerin nicht berufen.
Die Kostenentscheidung beruht auf § 155 Abs. 1 Satz 1 VwGO. Der Streitwertfestsetzung für das Beschwerdeverfahren folgt der erstinstanzlichen Wertfestsetzung.
Dieser Beschluss ist unanfechtbar, § 152 Abs. 1 VwGO; §§ 68 Abs. 1 Satz 5, 66 Abs. 3 Satz 3 GKG.
Zitiervorschlag:
OVG Magdeburg Beschl. v. 14.10.2013 – 3 M 229/13, BeckRS 2013, 58128

BeckRS 2016, 6632

OLG Düsseldorf (3. Kartellsenat), Beschluss vom 03.07.2013 - VI-3 Kart 20/12 (V)

Titel:
Umlage, Abnahmestelle, Stromverbrauch, Netzentgelte, Entgelt
Normenketten:
StromNEV § 19 Abs. 2 S. 2
StromNEV § 30 Abs. 2 Nr. 6
KWKG § 9
EnWG § 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 3
EnWG § 36
Rechtsgebiete:
Sonstiges Bürgerliches Recht, Sonstiges besonderes Verwaltungsrecht, Kartellrecht, EG-Kartellrecht
Schlagworte:
Umlage, Abnahmestelle, Stromverbrauch, Netzentgelte, Entgelt
nachfolgend:
BGH, Beschluss vom 07.12.2015 - EnVR 53/13 (rechtskräftig)
BGH, Beschluss vom 07.12.2015 - EnVR 53/15 (rechtskräftig)
ECLI:
ECLI:DE:OLGD:2013:0703.VI3KART20.12V.00
Rechtskraft:
unbekannt

KI-generierte Zusammenfassung:
Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat die Festlegung der Bundesnetzagentur zur § 19 StromNEV-Umlage aufgehoben, da die zugrundeliegende Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV nichtig ist. Die Änderung überschreitet die Grenzen der Verordnungsermächtigung und verstößt gegen höherrangiges Recht.
Die Entscheidung begründet das Gericht damit, dass die vollständige Befreiung stromintensiver Netznutzer von den Netzentgelten nicht von der Ermächtigungsgrundlage gedeckt ist und gegen die Entgeltgrundsätze des § 21 Abs. 1 EnWG verstößt. Die Befreiung stellt keine angemessene, diskriminierungsfreie und transparente Netznutzungsentgeltbildung dar und ist

daher nicht sachgerecht. Die Nichtigkeit der Verordnungsänderung erfasst diese in vollem Umfang und führt somit zur Aufhebung der gesamten Festlegung.

Auf die Beschwerde der Beschwerdeführerin wird die Festlegung der Beschlusskammer 8 der Bundesnetzagentur vom 14. Dezember 2011 - BK 8-11/024 - aufgehoben.
Die Bundesnetzagentur trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen der Beschwerdeführerin.
Der Beschwerdewert wird auf € 50.000 festgesetzt.
Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.
Gründe:
A.
Die Beschwerdeführerin ist ein bundesweit tätiger Vertrieb zur Belieferung von Kunden mit Strom und Gas; in der Gemeinde … ist sie zudem Grundversorger i. S. d. § 36 EnWG.
Mit ihrer Beschwerde wendet sie sich gegen die Festlegung der Beschlusskammer 8 der Bundesnetzagentur vom 14.12.2011, mit der diese gegenüber allen Betreibern von Elektrizitätsversorgungsnetzen gemäß § 3 Nr. 2 EnWG Einzelheiten der „§ 19 StromNEV-Umlage in Abweichung von § 17 Abs. 8 StromNEV" festgelegt hat. Der Beschluss wurde am 21.12.2011 im Amtsblatt der Bundesnetzagentur veröffentlicht. Die Beschwerdeführerin ist mit Beschluss der Bundesnetzagentur vom 13.12.2011 zum Festlegungsverfahren förmlich beigeladen worden.
Hintergrund für die Festlegung der Umlage ist die mit Wirkung vom 04.08.2011 in Kraft getretene Änderung des § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV. § 19 Abs. 2 Satz 1 StromNEV sieht vor, dass für atypisches Nutzungsverhalten in Abweichung von § 16 StromNEV individuelle Netzentgelte vereinbart werden können. Nach § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV a. F. war ein individuelles Entgelt außerdem dann anzubieten, wenn die Stromabnahme aus dem Netz der allgemeinen Versorgung für den eigenen Verbrauch an einer Abnahmestelle die Benutzungsstundenzahl von jährlich mindestens 7.000 Stunden erreicht und der Stromverbrauch an dieser Abnahmestelle jährlich 10 Gigawattstunden übersteigt; das zu bildende individuelle Entgelt hatte den Beitrag des Letztverbrauchers zu einer Senkung oder Vermeidung der Erhöhung der Netzkosten dieser und aller vorgelagerten Netzebenen widerzuspiegeln. Es durfte nicht weniger als 20% des veröffentlichten Netzentgelts betragen und sollte nur genehmigt werden, wenn sich die Netzentgelte aller übrigen Nutzer dieser und aller nachgelagerten Netz- und Umspannebenen dadurch nicht wesentlich erhöhen. Nach der Neufassung des Satz 2 sollen Netznutzer grundsätzlich von den Netzentgelten befreit werden, wenn sie die Schwellenwerte einer Benutzungsstundenzahl von 7.000 Stunden und eines Stromverbrauchs von 10 Gigawattstunden an einer Abnahmestelle überschreiten. Die Vereinbarung eines individuellen Netzentgelts nach Satz 1 wie auch die Befreiung nach Satz 2 bedürfen der Genehmigung der Regulierungsbehörde. Mit der Befreiung werden im Wesentlichen Unternehmen großer Industriezweige begünstigt. Für das Jahr 2011 waren im Geschäftsbereich der Bundesnetzagentur 281 Befreiungsanträge stromintensiver Unternehmen zu verzeichnen, wobei die Genehmigungen mit Wirkung ab dem 01.01.2011 erteilt worden sind.
Durch die Netzentgeltbefreiungen bzw. Netzentgeltermäßigungen gemäß § 19 Abs. 2 Satz 1, 2 StromNEV entstehen den Verteilernetzbetreibern Erlösausfälle. Insoweit sieht die Neufassung des § 19 Abs. 2 StromNEV in Satz 6 vor, dass die Betreiber von Übertragungsnetzen verpflichtet sind, den nachgelagerten Verteilernetzbetreibern die entgangenen Erlöse zu erstatten. Diese Zahlungen sowie eigene entgangene Erlöse durch

Befreiungen bzw. Ermäßigungen von den Netzentgelten nach Satz 1 und 2 sind nach § 19 Abs. 2 Satz 7 StromNEV über eine finanzielle horizontale Verrechnung unter den Übertragungsnetzbetreibern auszugleichen; § 9 des KWKG findet entsprechende Anwendung.
Durch die angegriffene Festlegung vom 14.12.2011 hat die Bundesnetzagentur einen Umlagemechanismus entsprechend den Vorgaben der Absätze 4 bis 7 des § 9 KWKG näher ausgestaltet. Danach sind die Netzbetreiber u. a. verpflichtet, von allen Netzverbrauchern bzw. Lieferanten eine Umlage zu erheben und an den jeweiligen Übertragungsnetzbetreiber ihrer Regelzone weiterzuleiten. Die Höhe der Umlage sollen die Netzbetreiber auf dem Preisblatt sowie auf ihrer jeweiligen Internetseite veröffentlichen. Nach Ziffer 10 der Festlegung sind die Vorgaben aus der Festlegung ab dem 01.01.2012 umzusetzen. Entgangene Erlöse aus dem Kalenderjahr 2011 werden - so die Festlegung weiter - nicht vom Umlagemechanismus erfasst, Mindererlöse nach § 19 Abs. 2 StromNEV für das Jahr 2011 können Verteilernetzbetreiber nicht gegenüber den Übertragungsnetzbetreibern geltend machen; für Verteiler- bzw. Übertragungsnetzbetreiber werden diese Sachverhalte entsprechend § 5 ARegV im Regulierungskonto berücksichtigt. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den angegriffenen Beschluss Bezug genommen.
Weder der Verordnungswortlaut noch die darauf beruhende Festlegung wurden bei der Europäischen Kommission notifiziert.
Gegen die Festlegung hat die Beschwerdeführerin form- und fristgerecht Beschwerde mit dem Ziel der Aufhebung der Festlegung eingelegt.
Die Beschwerdeführerin meint, die Festlegung sei schon formell, jedenfalls aber materiell rechtswidrig.
Für die Festlegung fehle es schon an einer wirksamen Ermächtigungsgrundlage. Eine Ermächtigungsgrundlage lasse sich nicht aus § 30 Abs. 2 Nr. 6 StromNEV herleiten. § 30 Abs. 2 Nr. 6 StromNEV ermächtige nur dazu, mittels einer Festlegung „sachgerechte" Entgelte in Abweichung von § 17 Abs. 8 StromNEV festzulegen. Dies gebe keine uneingeschränkte Ermächtigung zur Einführung eines „neuen" Entgelts, denn nach § 24 Satz 1 Nr. 2 EnWG sei in einer Verordnung zu regeln, in welchen Fällen und unter welchen Voraussetzungen Methoden zur Bestimmung von Netznutzungsentgelten festgelegt würden. Die Umlage stelle mangels Gegenleistung auch schon kein „Entgelt" i. S. d. § 30 Abs. 2 Nr. 6 StromNEV dar. Die Schaffung einer Umlage sei auch nicht sachgerecht. Entgelte könnten auch als Bestandteil des Arbeitsentgelts weitergegeben werden, also durch eine Erhöhung des allgemeinen Netzentgelts. Jedenfalls aber fehle es an einer wirksamen Ermächtigung im EnWG oder in der StromNEV zur Einführung eines Wälzungsmechanismus. Da diese Einführung für die Netzbetreiber wesentlich sei, hätte es einer ausdrücklichen Ermächtigung bedurft. Die Einführung der § 19 StromNEV-Umlage verstoße zudem gegen das Gebot der transparenten Preisgestaltung. Für den Letztverbraucher sei nicht nachvollziehbar, warum er neben dem Netzentgelt zusätzlich eine Umlage zahlen solle und welcher Teil der Netzkosten über die Netzentgelte und welcher über die Umlage finanziert werde.
Unabhängig davon sei aber auch § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV, den die Festlegung näher ausgestalte, rechtswidrig. Die Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV genüge schon nicht den verfassungsrechtlichen Vorgaben, wonach zwischen dem parlamentarischen Gesetzesvorhaben und der Änderung der Verordnung ein Sachzusammenhang bestehen müsse. Auch in materieller Hinsicht verstoße die Netzentgeltbefreiung in § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV gegen höherrangiges Recht.

Für die pauschale Entgeltbefreiung, ohne Rücksicht auf den individuellen Beitrag des jeweiligen Netznutzers zur Netzstabilität, finde sich schon keine Ermächtigungsgrundlage. § 24 Satz 1 Nr. 1 EnWG ermächtige nur zur Festlegung der Methoden zur Bestimmung des Netznutzungsentgelts unter Beachtung der Grundsätze des § 21 Abs. 1 EnWG. Bei der Befreiung handele es sich indessen nicht um eine Methode zur Berechnung von Entgelten. Ein pauschaler vollständiger Erlass für bestimmte Letztverbraucher sei nicht vorgesehen und könne auch nicht hineingelesen werden. Hinsichtlich Inhalt, Zweck und Ausmaß habe der Gesetzgeber umso konkreter zu sein, je größer der Eingriff in grundrechtlich geschützte Bereiche sei und je stärker der begünstigende Charakter der Regelung ist. Eine vollständige Befreiung von den Netzentgelten als Methode der Netzentgeltberechnung bzw. individuelles Netzentgelt wäre daher allenfalls in solchen Fällen durch § 24 Satz 1 Nr. 1 EnWG gedeckt, wenn der Befreiung nachweislich ein entsprechender Beitrag zur Netzstabilität oder Vermeidung höher Netzkosten gegenüberstünde. Dies treffe aber nicht ausnahmslos auf alle Netznutzer zu, die infolge der Herabsetzung auf 7.000 Benutzungsstunden einen Anspruch auf Befreiung hätten. Hinzukomme, dass die übrigen Netznutzer, die entsprechende Belastung in Höhe von 440 Mio. € zu tragen hätten. Die pauschale Befreiung von den Netzentgelten stelle damit auch kein individuelles Netzentgelt i. S.v. § 24 Satz 1 Nr. 3 EnWG dar, da sie die individuelle Entlastungswirkung der einzelnen Netznutzer außer Acht lasse. Ohnehin sei nach der gesetzgeberischen Wertung für den Netzzugang ein Netzentgelt zu zahlen. Die StromNEV-Umlage stelle jedoch kein Netzentgelt i. S. d. EnWG dar.
Auch verstoße die pauschale Befreiung bestimmter Netznutzer von der Netzentgeltzahlung nach § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV gegen die Vorgaben des § 21 Abs. 1 EnWG. Die pauschale Befreiung ohne Berücksichtigung eines Beitrags zur Netzstabilität stelle ein unangemessenes Netznutzungsentgelt dar. Eine Absenkung des Netznutzungsentgelts von Bandlastkunden könne nur in dem Ausmaß erfolgen, wie tatsächlich höhere Netzkosten vermieden bzw. nachweislich einen Nutzen für die Netzstabilität herbeigeführt werden. Eine vollständige Befreiung würde daher voraussetzen, dass diese Netznutzer den Netzbetreiber „gar nichts kosten". Dem stünde entgegen, dass große Letztverbraucher auch bei hoher Benutzungsstundenzahl eine größere Netzinfrastruktur erforderlich machten. Zudem stelle die Befreiung nach § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV eine Diskriminierung der nichtbefreiten Letztverbraucher dar. Jede preisliche Differenzierung bedürfe einer sachlichen Rechtfertigung. Die Befreiung greife jedoch ab Überschreiten der Grenzwerte „rückwirkend" ab der ersten Kilowattstunde mit der Folge, dass bei einem knappen Unterschreiten keine Vergünstigung, bei einem knappen Überschreiten indessen die volle Vergünstigung erfolge. Das Überschreiten mit mehr als 7.000 Benutzungsstunden sei indessen nicht zwingend netzstabilisierend, bei knapp darunterliegenden Netznutzern komme jedoch eine netzstabilisierende Wirkung in Betracht. Sachgerecht wäre es daher, entsprechend § 9 Abs. 2 KWKG eine Begünstigung lediglich für die Strommengen auszusprechen, die jenseits des Schwellenwerts liegen.
Die vollständige Befreiung von Netzentgelten verstoße daher auch gegen verfassungsrechtliche Vorgaben, insbesondere Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Art. 19 Abs. 3 Grundgesetz. Für die Ungleichbehandlung sei keine ausreichende Rechtfertigung ersichtlich. Die vollständige Befreiung verstoße weiter gegen den Wesentlichkeitsvorbehalt. Aufgrund der ökonomischen Auswirkungen der vollständigen Netzentgeltbefreiung, wegen der Abkehr von im EnWG vorgesehenen Grundsätzen, die keine Befreiung vorsehen, und der Einschränkung des Umweltverträglichkeitsziels des EnWG hätte es eines Parlamentsgesetzes bedurft.

Schließlich verstoße die pauschale und undifferenzierte Befreiung von den Netzentgelten gegen Art. 34 des Vertrages gegen die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), da sie eine Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung darstelle. Zwar seien auch in anderen Mitgliedsstaaten Netzentgeltvergünstigungen oder -befreiungen wegen netzstabilisierender Wirkung üblich, nicht aber eine vollständige Befreiung. Vor diesem Hintergrund sei durch Vorlage an den Europäischen Gerichtshof gem. Art. 267 AEUV zu klären, ob durch die vollständige und pauschale Reduzierung eine mittelbare Einfuhrbeschränkung vorliege.
Jedenfalls aber sei die Festlegung rechtswidrig, weil sie objektivrechtlich nicht von § 19 Abs. 2 StromNEV gedeckt sei. Bezüglich der entgangenen Erlöse des Kalenderjahres 2011 missachte die Festlegung die Vorgaben des § 19 Abs. 2 Satz 6 StromNEV. Der dort vorgesehene Erstattungsanspruch sei untrennbar mit den Erlösausfällen verbunden. Eine zutreffende Auslegung der Norm müsse zu einem Gleichlauf von Erlösausfällen und Erstattungsansprüchen führen. Alle entgangenen Erlöse seien von den Übertragungsnetzbetreibern zu erstatten. Die Regelung der Erlösausfälle 2011 über das Regulierungskonto bedeute für den Netzbetreiber einen erheblichen Liquiditätsverlust und zugleich einen Eingriff in seine wirtschaftliche Handlungsfreiheit.
Auch die Verlagerung des Insolvenzrisikos verstoße gegen § 19 Abs. 2 Satz 6 StromNEV und damit gegen höherrangiges Recht. Die Beschlusskammer habe unter Tenor 6 geregelt, dass die Übertragungsnetzbetreiber verpflichtet seien, im Folgejahr eine Ist-Abrechnung der tatsächlich entgangenen Erlöse durchzuführen. Dabei gehe sie davon aus, dass die aus Insolvenzen resultierenden, nicht einholbaren Forderungen nicht zu den tatsächlich entgangenen Erlösen zählten und das Insolvenzrisiko damit grundsätzlich vom Verteilernetzbetreiber zu tragen sei. Dies verstoße gegen den Wortlaut des § 19 Abs. 2 Satz 6 StromNEV, denn danach seien die Übertragungsnetzbetreiber verpflichtet, „entgangene Erlöse, die aus individuellen Netzentgelten nach Satz 1 und Befreiungen von Netzentgelten nach Satz 2 resultieren", zu erstatten. Resultieren bedeute dabei, dass etwas das Ergebnis einer Sache sei bzw. sich aus einer Sache ergebe. Erlösausfälle aufgrund von Befreiungen/individuellen Netzentgelten seien nach der gesetzlichen Regelung zunächst hinzunehmen. Während des Kalenderjahres erhalte der Netzbetreiber daher keine Zahlungen mit der Folge, dass er auch im Falle der sich abzeichnenden Insolvenz keine Vorsorge treffen könne, um den Ausfall zu verhindern oder den Umfang zu begrenzen. Schlimmstenfalls könne der Letztverbraucher sogar erst durch die Nachforderung insolvent werden. Dieses erhöhte Risiko eines erheblichen Forderungsausfalls im Falle der Insolvenz resultiere aus der Regelung des § 19 Abs. 2 Satz 1, Satz 2 StromNEV und stelle insoweit ein spezifisches Risiko dar. Es müsse vom Erstattungsanspruch umfasst sein, denn vom Verordnungsgeber sei nicht gewollt, dass der Netzbetreiber an den Kostenlasten der Regelung beteiligt werde.
Schließlich sei der Beschluss vom 14.12.2011 auch unverhältnismäßig, da die festgelegten Vorgaben nicht auf den mildesten Eingriff begrenzt seien. Auch hinsichtlich der einzelnen Fristen für die Veröffentlichungspflichten gehe der Beschluss bei weitem über das Erforderliche hinaus. Ohne ersichtlichen Grund entferne sich der Beschluss von der grundsätzlichen Systematik, dass zum 15. Oktober eines jeden Jahres die wesentlichen variablen Entgelte für das Folgejahr feststehen müssten. Dies gelte auch für die Netzentgelte gem. § 20 Abs. 1 Satz 1 EnWG und die EEG-Umlage gem. § 3 Abs. 2 AusglMechAV. Eine Frist, bis zu welchem Datum die Übertragungsnetzbetreiber die Höhe der § 19 StromNEV-Umlage zu veröffentlichen haben, sehe die Festlegung nicht vor. Dies stehe im Widerspruch dazu, dass die Netzbetreiber zum 15.10. jeden Jahres ihr Preisblatt

zu veröffentlichen hätten. Schließlich sei der Beschluss auch deshalb unangemessen, weil die Beschlusskammer die Interessen der Verteilernetzbetreiber und Lieferanten gegenüber denen der Übertragungsnetzbetreiber nicht in Ausgleich bringe. Durch den Beschluss vom 14.12.2011 erhielten die Übertragungsnetzbetreiber Rechts- und Planungssicherheit zulasten der Verteilernetzbetreiber und Lieferanten. Die Ausschlussfrist für die Prognosemeldung bis zum 21.12.2011 führe dazu, dass Prognosefehler zulasten der Verteilernetzbetreiber gingen. Die fehlende Frist für die Festlegung der § 19 StromNEV-Umlage für Übertragungsnetzbetreiber führe dazu, dass auch in den Folgejahren eine Preisanpassung zum 01. Januar jeden Jahres problematisch werden könne.
Die Rechtswidrigkeit der Festlegung habe auch eine Verletzung ihrer Rechte zur Folge. Sie trage - dies ist unstreitig - die Mehrkosten der § 19 Umlage i. H. v. 0,151 Ct./kWh derzeit selbst. Bei einem prognostizierten Stromabsatz ... ergebe sich hieraus schon rein rechnerisch eine Mehrbelastung von ... für 2013 werde sich die Mehrbelastung noch erhöhen. Grund dafür sei zum einen, dass ihr die vertraglichen Regelungen eine Weitergabe der zusätzlichen Belastung nicht ermöglichten, denn sie habe in der Vergangenheit hauptsächlich Lieferverträge mit Preisgarantie angeboten, wovon lediglich die Preiselemente EEG-Umlage, KWK-Zuschlag und Netzentgelte ausgenommen seien. Außerdem sei ihr die Einpreisung bzw. Weitergabe im wettbewerbsintensiven Marktumfeld wirtschaftlich kaum möglich. Preiserhöhungen setzten eine Änderungskündigung des Lieferanten oder im Falle des Bestehens eines einseitigen Preisanpassungsrechts ein Kündigungsrecht des Kunden voraus. Die Kunden seien aber alle im Wettbewerb geworben und daher als Wechselkunden besonders preisintensiv. Mit jeder Preisanpassung sei daher die Kündigung/Beendigung der Lieferbeziehung durch /mit vielen Kunden verbunden. Schließlich seien Preisanpassungen auch mit einem erheblichen administrativen Aufwand verbunden. Sie veranschlage ... pro Anschreiben und ... pro telefonischer Nachbearbeitung. Bei ... ergäben sich so Zusatzbelastungen i. H. v. mindestens . . .
Die Beschwerdeführerin beantragt,
den Beschluss der Beschwerdegegnerin vom 14.12.2011 „Festlegung der § 19 StromNEV-Umlage in Abweichung von § 17 Abs. 8 StromNEV" (Aktenzeichen BK 8-11-024) aufzuheben.
Die Bundesnetzagentur beantragt,
die Beschwerde zurückzuweisen.
Sie verteidigt die angegriffene Festlegung unter Wiederholung und Vertiefung ihrer Gründe.
Entsprechend dem Hinweis des Senatsvorsitzenden vom 19.12.2012 zur Beschränkung des Vortrags auf die Ermächtigungsgrundlage trägt sie zur Rechtmäßigkeit der Verordnungsänderung vor: Die Regelung sei rechtmäßig, denn der Verordnungsgeber habe weder die Grenzen der Verordnungsermächtigung überschritten noch habe er gegen die Grundsätze des § 21 EnWG verstoßen.
Die Regelungen des § 19 Abs. 2 S. 2 und S. 3 StromNEV seien auch nach dessen Änderung im August 2011 von der Verordnungsermächtigung in § 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 EnWG gedeckt. Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG verlange, dass eine Verordnungsermächtigung Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung bestimme. Damit werde nicht vorgeschrieben, dass auch die Einzelheiten der durch eine Rechtsverordnung zu treffenden Regelung in die Ermächtigungsnorm aufzunehmen sind. Gerade in vielschichtigen und komplexen Bereichen des Wirtschaftsverwaltungsrechts, zu denen die Energieregulierung zähle, seien geringere Anforderungen an eine hinreichende Bestimmtheit der Ermächtigungen zu stellen. Im Übrigen sei dem Verordnungsgeber gerade im

Regulierungsrecht ein Gestaltungsspielraum zuzugestehen. Daher seien bei solchen vielschichtigen Sachverhalten flexiblere und weniger strenge Anforderungen an die Bestimmtheit der Ermächtigung zu stellen.
Die Verordnungsermächtigung des § 24 S. 1 Nr. 3 EnWG gebe den Rahmen der Verordnung vor, mit der der Verordnungsgeber regeln könne, in welchen Sonderfällen der Netznutzung und unter welchen Voraussetzungen die Regulierungsbehörde individuelle Netzentgelte genehmigen oder untersagen dürfe. Durch das Abstellen auf „Sonderfälle der Netznutzung" erkenne der Gesetzgeber an, dass es neben dem typischen Netzkunden auch atypische Fälle gebe, die nicht billigerweise unter das im Übrigen für alle Netznutzer gleichermaßen geltende System fallen sollten. Durch den Begriff des individuellen Netzentgelts gebe der Gesetzgeber zugleich vor, dass in der Verordnung eine Abweichung vom typischen Fall der Netznutzung auch auf der Rechtsfolgenseite, nämlich bei der finanziellen Kompensation zu regeln ist. Darin sei zugleich die Wertung enthalten, dass die Gegenleistung in diesem speziellen Fall von der allgemeinen Entgeltbildung abweiche und damit zum individuellen Netzentgelt werde. Durch das Abstellen auf die unbestimmten Rechtsbegriffe der individuellen Netzentgelte und der Sonderfälle der Netznutzung habe der Gesetzgeber dem Verordnungsgeber einen Gestaltungsspielraum und eine Einschätzungsprärogative hinsichtlich der zugrunde liegenden komplexen Verhältnisse der Elektrizitätswirtschaft und der hierauf anwendbaren komplexen Regulierungsmethoden zugestanden. In Anbetracht dessen sei es dem Gericht verwehrt, die Einschätzung der regelungsbefugten Exekutive durch eine an der Zweckmäßigkeit oder an der Interessenlage der Beschwerdeführerin ausgerichteten eigenen Einschätzung zu ersetzen. Mit der konkreten Regelung halte der Verordnungsgeber sich innerhalb des von der Ermächtigung gezogenen Rahmens. Es handele sich um eine rechtmäßige Ausgestaltung der Befugnis, für atypische Netznutzungen eine der Situation angemessene individuelle Kompensation zu bestimmen. Bei den Voraussetzungen des § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV handle es sich um Sonderfälle der Netznutzung, denn die besonders intensive Netznutzung entspreche gerade der Abweichung von der typischen Netznutzung, die § 24 S. 1 Nr. 3 EnWG verlange. In einem solchen Fall sei es dem Verordnungsgeber erlaubt, diskriminierungsfreie und angemessene Netzentgelte auf anderem Wege zu ermitteln und damit das ob und wie einer individuellen finanziellen Kompensation zu gestalten. Die Befreiung von den Netzentgelten habe der Verordnungsgeber statuiert, weil stromintensive Unternehmen mit einer hohen Bandlast netzstabilisierend wirkten, was nicht ernstlich bezweifelt werden könne. Durch eine hohe Benutzungsstundenzahl der Bandlastkunden mit einer gleichmäßigen Leistungsentnahme könnten Netzbetreiber von einer kontinuierlichen Auslastung der Netzinfrastruktur durch den Bandlastkunden ausgehen. Dies sei je nach Situation für die Prognose der jeweiligen Netzlast sowohl im Verteilnetz als auch im Übertragungsnetz positiv. Eingriffe in den Netzbetrieb könnten gegebenenfalls reduziert werden. Darüber hinaus trügen die stromintensiven Netzkunden durch den gleichmäßig hohen Strombezug regelmäßig zur Netzstabilität bei, indem Schwankungen der übrigen Netzkunden relativiert würden. Die Feststellung dieser Wirkungsmechanismen sei von der Einschätzungsprärogative des Verordnungsgebers gedeckt. Dann sei es von seinem Gestaltungsspielraum erfasst, wie stark er diese netzstabilisierende Wirkung bei der Reduzierung von Netzentgelten berücksichtige. Vor diesem Hintergrund sei es unschädlich, dass sich der Verordnungsgeber in § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV in einem ersten Schritt für eine Reduktion auf Null entschieden habe. Dabei sei zu beachten, dass der befreite Netzkunde in einem zweiten Schritt die § 19-Umlage und damit auch ein weiteres geldwertes Entgelt zahle. Denn der Netzkunde sei zwar von

der Zahlung aller im Zusammenhang mit der Netznutzung stehenden leistungs- und arbeitsabhängigen Netzentgelte befreit. Andere Entgelte, etwa für Zählen und Messen, seien von der Netzentgeltbefreiung aber gerade nicht umfasst. Der Verordnungsgeber habe ein bloß reduziertes Netzentgelt nicht als hinreichend betrachtet, sondern es für sachgerecht gehalten, die betroffenen Unternehmen bei Vorliegen der Voraussetzungen zunächst pauschal zu befreien. Der Verordnungsgeber halte sich im Rahmen des vorgegebenen Gestaltungsspielraums, wenn er die insgesamt netzstabilisierende Wirkung höher bewerte als die möglicherweise durch die Entnahme verursachten Netzkosten.
Auch nach Sinn und Zweck des § 24 S. 1 Nr. 3 EnWG ergebe sich kein Unterschied zwischen der Vereinbarung eines gegebenenfalls sehr geringen individuellen Netzentgelts und einer Befreiung. Der Gesetzgeber bezwecke mit seiner Ermächtigung in erster Linie, von den allgemeinen Entgelten abweichende Sondernetzentgelte unter einen Prüfungsvorbehalt zu stellen. Diese Prüfung durch die Regulierungsbehörde sei auch im Fall einer Befreiung vorgeschaltet, so dass die finanzielle Kompensation verschiedene Größenordnungen bis hin zu Null einnehmen könne.
Es sei auch nicht ersichtlich, dass sich der Gesetzgeber eine vollständige Befreiung habe vorbehalten wollen. Nur weil er im Fall des § 118 Abs. 6 EnWG neu errichtete Stromspeicheranlagen habe anreizen wollen und daher unmittelbar im Gesetz selbst von den Entgelten für den Netzzugang freigestellt habe, bedeute das noch nicht, dass dies für alle Fälle von Netzentgeltbefreiungen zwingend im EnWG selbst erfolgen müsse.
Darüber hinaus sei zu beachten, dass sich für die stromintensiven Betriebe im Ergebnis die in § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV als Befreiung bezeichnete Ermäßigung der Netzentgelte finanziell nicht als hundertprozentige Befreiung auswirke. Die Regelung bestehe im Ergebnis aus einer entlastenden wie auch belastenden Regelung: während die Kosten der Befreiung in der vor dem 04.08.2011 geltenden Fassung den allgemeinen Netznutzungsentgelten zugerechnet und somit auf das jeweilige Netzgebiet verteilt wurden, finde nun eine Umlageregelung Anwendung, die die Umlage auch zulasten der befreiten Unternehmen vorsehe. Daher handle es sich für die befreiten Unternehmen im Ergebnis weiterhin lediglich um eine im Vergleich zur alten Regelung nochmals erhöhte Reduzierung der Gesamtbelastung. Die Umlage sei so hoch, dass im Ergebnis auch die formell und nach der Begrifflichkeit des § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV befreiten Unternehmen an den Netzkosten beteiligt würden.
Die Befreiung verstoße auch nicht gegen das in § 21 Abs. 1 EnWG verankerte Gebot der Nichtdiskriminierung. Das Diskriminierungsverbot ziele ebenso wie die Richtlinie 2003/54/EG vom 26.06.2003 und die Richtlinie 2009/72/EG darauf ab, den Wettbewerb auf der dem Netzbetrieb vorgelagerten Stufe - der Stromerzeugung - und der nachgelagerten Stufe - dem Stromvertrieb - zu ermöglichen und zu gewährleisten. Die Schaffung von Wettbewerb auf dem Elektrizitätsmarkt sei das zentrale Anliegen des europäischen Gemeinschaftsgesetzgebers und ziehe sich wie ein roter Faden durch die maßgeblichen Richtlinien, deren Umsetzung das EnWG im Allgemeinen und § 21 EnWG im Besonderen diene. Die Zielrichtung spiegele sich im Wortlaut des Gesetzes wieder. Demgegenüber verbiete es weder das Gemeinschaftsrecht, noch das Diskriminierungsverbot des § 21 EnWG, in Fällen atypischer Netznutzung diese Netznutzer anders zu behandeln, als andere. Dass dies grundsätzlich zulässig und sogar gewollt sei, zeige die Vorschrift des § 24 S. 1 Nr. 3 EnWG, die in diesen Fällen individuelle Entgelte erlaube. Entscheidend sei, dass die vermeintliche Ungleichbehandlung der befreiten Letztverbraucher den Wettbewerb auf der vor- und nachgelagerten Ebene nicht gefährde. Es gehe auch nicht um eine Ungleichbehandlung von außerhalb des assoziierten Unternehmens stehenden

Unternehmen. Ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot liege daher nicht vor. Darüber hinaus handele es sich bei dem Befreiungstatbestand um eine diskriminierungsfreie Ausgestaltung. Die Ungleichbehandlung sei wegen der Sondersituation dieser Netznutzer jedenfalls gerechtfertigt. Diese wiesen im Gegensatz zu den nicht befreiten Netznutzern ein besonderes Nutzungsverhalten auf. Es handle sich somit um Sonderformen der Netznutzung, die nach der Einschätzung des Gesetz- und des Verordnungsgebers einer Ungleichbehandlung bedürften.
Es sei auch eine angemessene Entgeltbildung gewährleistet. Der gemeinschaftsrechtlich vorgegebene und durch § 21 EnWG umgesetzte Grundsatz der Angemessenheit der Entgelte solle sicherstellen, dass der Marktzugang zum Erzeugungs- und Versorgungsmarkt nicht durch unangemessene Bedingungen für den Netzzugang behindert werde. Im Verhältnis zum Netzkunden bedeute dies, dass die Netzentgelte nicht so hoch sein dürften, dass sie den Zugang zum vorgelagerten Erzeugungs- und dem nachgelagerten Versorgungsmarkt ungerechtfertigt behindern. Davon könne trotz eines höheren zu entrichtenden Betrags für Netzentgelt und Umlage nicht ausgegangen werden. Der Kern des Erfordernisses der Angemessenheit der Entgelte sei der Grundsatz der Kostenorientierung, auf den sich der Netzbetreiber berufen könne. Europarechtlicher Kern dieses Grundsatzes sei es, den Netzbetreibern durch die Tarifgestaltung die notwendigen Netzinvestitionen zu ermöglichen und somit die Lebensfähigkeit der Netze zu gewährleisten. Dies setzte voraus, dass der regulatorische Rahmen eine Refinanzierung dieser Investitionen ermögliche. Dem trage die streitgegenständliche Umlage gerade Rechnung.
Sie - die Bundesnetzagentur - sei nach § 29 Abs. 1 EnWG i. V. m. § 30 Abs. 2 Nr. 6 StromNEV auch dazu ermächtigt gewesen, in Abweichung von § 17 Abs. 8 StromNEV Einzelheiten des durch § 19 Abs. 2 StromNEV i. V. m. § 9 KWKG vorgegebenen Umlagemechanismus zum Ausgleich von entgangenen Erlösen aufgrund von individuellen Netzentgelten nach § 19 Abs. 2 S.1 StromNEV und Befreiungen nach § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV festzulegen.
Die Festlegung gewährleiste angemessene und damit sachgerechte Entgelte für die Betreiber von Stromnetzen. Dieser müsse die Erlöse, die ihm aufgrund ermäßigter individueller Netzentgelte und Befreiungen entgehen, refinanzieren können. Dies gewährleiste die Festlegung, indem sie den in § 19 Abs. 2 StromNEV und § 9 KWKG vorgesehenen Wälzungs- und Umlagemechanismus zum Ausgleich der entgangenen Erlöse nachvollziehe und konkretisiere.
Eine Kompetenz zur Regelung der vorliegenden Materie ergebe sich auch mit Blick auf § 30 Abs. 1 Nr. 8 StromNEV. Nach dieser Vorschrift könne die Regulierungsbehörde sogar Festlegungen zur Höhe der sich aus dem Belastungsausgleich nach § 9 Abs. 7 KWKG ergebenden Zuschläge treffen. Andere Zuschläge seien bei Verordnungserlass namentlich nicht bekannt gewesen. Um den sich schnell wandelnden Bedürfnissen des komplexen Elektrizitätswirtschaftsbereichs gerecht zu werden, sei der Regulierungsbehörde nach § 30 Abs. 2 Nr. 6 StromNEV für weitere Entgelte in Abweichung zu § 17 Abs. 8 StromNEV eine entsprechende Kompetenz zur Entgeltfestlegung eingeräumt worden.
Sie sei auch deswegen nach § 30 Ab s. 2 Nr. 6 StromNEV zur Festlegung des Umlagemechanismus zum Ausgleich entgangener Erlöse nach § 19 Abs. 2 StromNEV ermächtigt, weil dieser Mechanismus in § 19 Abs. 2 StromNEV i. V. m. § 9 KWKG vorgesehen sei. Da der Verordnungsgeber in § 19 Abs. 2 S.7 HS.2 StromNEV auf den Wälzungsmechanismus in § 9 KWKG verwiesen habe, sei die Umlage bereits kraft Gesetzes zulässig.

Der Einwand, die Umlage sei kein Entgelt, weil sie nicht der Abgeltung einer Gegenleistung diene, greife nicht durch. Dieser Einwand verkenne, dass § 30 Abs. 2 Nr. 6 StromNEV die Regulierungsbehörde dazu ermächtige, Festlegungen zu treffen, die eine sachgerechte Entgeltbildung ermöglichten. So könne die Regulierungsbehörde insbesondere Regelungen treffen, die in Abweichung von den Vorschriften der StromNEV die Sachgerechtigkeit der vorgesehenen Entgelte sicherstelle. Dies werde durch die Verordnungsbegründung bestätigt. Dort weise der Verordnungsgeber darauf hin, dass es nicht zielführend erscheine, sämtliche Regelungen, die für die Gewährleistung angemessener Entgelte erforderlich sind, in der Verordnung festzuschreiben. Daraus gehe gerade nicht hervor, dass die Regulierungsbehörde auf die Festlegung neuer Entgelte beschränkt sein solle. Vielmehr sei von einem Ermessen auszugehen, das sich vor allem an der Sachgerechtigkeit und Angemessenheit der Entgelte zu orientieren habe. Nach dem Willen des Verordnungsgebers solle die Regulierungsbehörde befugt sein, „die zur Gewährleistung angemessener Entgelte erforderlichen Entscheidungen" zu treffen. Um eine solche Entscheidung handele es sich bei der streitgegenständlichen Festlegung, so dass offen bleiben könne, ob die Umlage ein Entgelt, Preisbestandteil oder etwas gänzlich anderes sei.
Ungeachtet dessen lasse sich die Umlage aber auch unter den Begriff des Entgelts fassen. Sie sei jedenfalls kein Netzentgelt, sondern allenfalls ein anderes Entgelt und diene dem Ausgleich von Entlastungen besonderer Netzkunden nach § 19 Abs. 1 S. 1 und S. 2 StromNEV. Bei ihrer Einordnung als Entgelt sei insbesondere die Äquivalenz der Gegenleistung gewährleistet.
Eine Festlegung gemäß § 30 Abs. 2 Nr. 6, 17 Abs. 8 StromNEV müsse kein Netzentgelt i. S.v. § 1 StromNEV zum Gegenstand haben; es genüge ganz allgemein die Festlegung eines Entgelts oder sonstiger Entscheidungen zur Gewährleistung allgemeiner Entgelte. Selbst wenn der Senat nicht der Auffassung folgen wolle, dass die Regelungen von der Verordnungsermächtigung in § 24 S. 1 Nr. 3 EnWG gedeckt sind, führe dies nicht zur vollständigen Aufhebung des streitgegenständlichen Beschlusses. Gleiches gelte für den Fall, dass ihre Ermächtigung verneint würde, nach § 29 Abs. 1 EnWG, § 30 Abs. 2 Nr. 6 StromNEV einen Umlagemechanismus zum Ausgleich von entgangenen Erlösen aufgrund Befreiungen festzulegen. In beiden Konstellationen sei zu berücksichtigen, dass die Festlegung hinsichtlich ihres Regelungsgegenstands teilbar sei. Jedenfalls die Umlage entgangener Erlöse aus der Vereinbarung individueller Netzentgelte nach § 19 Abs. 2 S. 1 StromNEV sei rechtmäßig, denn die Regelung entspreche im Wesentlichen der vor der Verordnungsänderung geltenden Rechtslage.
Durch den Beschluss werde der Lastenausgleich für zwei verschiedene Regelungsinstrumente geregelt, denen gemeinsam sei, dass sie Sonderformen der Netznutzung betreffen. Im Übrigen aber seien die Regelungen zur Befreiung und zu den individuellen Netzentgelten selbstständig und voneinander getrennt zu betrachten. Insbesondere seien die Tatbestandsvoraussetzungen unterschiedlich, so dass ein untrennbarer innerer Zusammenhang bestehe. Auch für den Fall, dass ausschließlich Erlösausfälle aus dem Regime des § 19 Abs. 2 S. 1 StromNEV anfielen, bestünde weiterhin das Bedürfnis nach dem von § 19 Abs. 2 S. 7 StromNEV geforderten Ausgleich. Die angefochtene Festlegung sei daher allenfalls teilweise aufzuheben.
Mit Schriftsatz vom 31.05.2013 rügt sie erstmals die Beschwerdebefugnis der Beschwerdeführerin. Der Vortrag der Beschwerdeführerin lasse eine materielle Beschwer im konkreten Fall nicht erkennen. Erforderlich sei eine unmittelbare und individuelle Betroffenheit in ihren wirtschaftlichen Interessen. Die tatsächlichen Folgen für die

Vertriebsunternehmen, die nicht Adressaten der streitgegenständlichen Festlegung seien, seien allenfalls mittelbarer Natur.
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die zwischen den Beteiligten gewechselten Schriftsätze mit Anlagen, den beigezogenen Verwaltungsvorgang und das Protokoll der Senatssitzung Bezug genommen.
B.
Die zulässige Beschwerde der Beschwerdeführerin hat aus den mit den Beteiligten in der Senatssitzung erörterten Gründen in der Sache Erfolg; sie führt zur Aufhebung der angegriffenen Festlegung, weil diese der Umsetzung der mit Wirkung zum 04.08.2011 in Kraft getretenen Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV dient, die indessen nichtig ist.
I.
Die Beschwerde ist zulässig.
Die Beschwerdeführerin ist gemäß § 75 Abs. 2 i. V. m. § 66 Abs. 2 Nr. 3 EnWG beschwerdebefugt. Danach steht die Beschwerde den am Verfahren vor der Regulierungsbehörde Beteiligten zu. Die Beschwerdeführerin war als Beigeladene am Verwaltungsverfahren förmlich beteiligt worden.
Sie ist darüber hinaus auch materiell beschwert. Eine materielle Beschwer liegt dann vor, wenn der Beschwerdeführer durch die angefochtene Entscheidung der Regulierungsbehörde in seinen wirtschaftlichen Interessen unmittelbar und individuell betroffen ist (BGH, Beschluss vom 27.09.2007, KVR 25/06, Rdnr.14 - Anteilsveräußerung). Diese Voraussetzungen liegen im Streitfall vor. Einer Betroffenheit in subjektiven Rechten bedarf es im Falle einer zum Verwaltungsverfahren Beigeladenen an sich nicht (BGH, a. a. O., Rdnr 24; BGH Beschluss vom 05.10.2010, EnVR 52/09, Rdnr. 14 - GABi Gas), gleichwohl liegt auch eine solche vor. Die Beschwerdeführerin ist zwar nicht unmittelbare Adressatin der Festlegung. Diese sieht jedoch in Tenorziffer 3 vor, dass die Netzbetreiber verpflichtet sind, die Umlage von allen Letztverbrauchern bzw. Lieferanten zu erheben. Damit bezieht die Festlegung auch die Lieferanten in den in der Festlegung näher ausgestalteten Umlagemechanismus mit ein, so dass sie von den in der Festlegung verbindlich vorgesehenen Zahlungspflichten nicht nur unmittelbar in ihren wirtschaftlichen, sondern darüber hinausgehend in ihrem Rechtskreis betroffen werden. Die Festlegung greift auch unmittelbar regelnd in den Rechtskreis der Beschwerdeführerin ein. Anders als in dem der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 05.10.2010 (EnVR 52/09) zugrunde liegenden Sachverhalt bedarf es nicht erst einer privatrechtlichen Umsetzung durch einen der Adressaten, damit die Festlegung Auswirkungen auf die Beschwerdeführerin hat. Die Auswirkungen folgen vielmehr unmittelbar aus dem in der Festlegung näher ausgestalteten Umlagemechanismus selbst. Dass die Lieferanten die Umlage an ihre Kunden, die Letztverbraucher, weiterreichen können, rechtfertigt keine andere Bewertung. Insoweit handelt es sich um einen rein wirtschaftlichen Entlastungseffekt, der an der unmittelbar aus der Festlegung folgenden rechtlichen Zahlungsverpflichtung nichts ändert. Zudem ist die Beschwerdeführerin als Stromlieferantin nach § 40 Abs. 2 Nr. 7 EnWG verpflichtet, in ihren Rechnungen für Energielieferungen an Letztverbraucher, die Belastung aus den Netzentgelten, und damit auch die Umlage, auszuweisen. Wie die Bundesnetzagentur in dem Beiladungsbeschluss selbst ausführt, hat die Festlegung der § 19 StromNEV-Umlage damit unmittelbar Auswirkungen auf die Rechnungsstellung des Stromlieferanten und kann zu Mehrbelastungen führen. Hinzu kommt, dass die zusätzliche Erhebung bzw. Weiterwälzung der Umlage auch zu einer höheren Zahlungsverpflichtung bei den Letztverbrauchern führt. In Anlehnung an § 5 Abs. 2 StromGVV erfordern Preisanpassungen sowie Änderungen der Allgemeinen Vertragsbedingungen von

Lieferanten aber regelmäßig eine mindestens sechs Wochen vorher erfolgende Mitteilung. Die streitgegenständliche Festlegung ist jedoch erst am 14.12.2011 ergangen. Zu diesem Zeitpunkt war es den Lieferanten bereits unmöglich, die § 19 StromNEV-Umlage fristgerecht zum Inkrafttreten der § 19 StromNEV-Umlage am 01.01.2012 an Letztverbraucher weiterzugeben. Auch insoweit handelt es sich um eine unmittelbar rechtliche und nicht nur eine Betroffenheit in wirtschaftlichen Interessen.

II.

Die angegriffene Festlegung ist schon deshalb rechtswidrig, weil die zugrundeliegende Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV nichtig ist. Die Änderung hält sich nicht in den von der Ermächtigungsgrundlage gesetzten Grenzen und ist auch mit höherrangigem Recht nicht vereinbar. Dies hat der Senat am 06.03.2013 in mehreren Verfahren entschieden (vgl. ausführlich dazu die Beschlüsse vom 06.03.2013, IV-3 Kart 14/12 (V), IV-3 Kart 43/12 (V), IV-3 Kart 49/12 (V), IV-3 Kart 57/12 (V), IV-3 Kart 65/12 (V)). Ob die Änderung darüber hinaus auch gegen Art. 34 AEUV verstößt, kann angesichts dessen für den Senat offen bleiben.

1. Der Senat ist zur umfassenden Prüfung der Neuregelung des § 19 Abs. 2 StromNEV und auch zur Feststellung ihrer Nichtigkeit befugt. Aus dem Umstand, dass die Änderung auf einem förmlichen Gesetz - dem am 04.08.2011 in Kraft getretenen Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften - beruht, folgt nicht, dass nur das Bundesverfassungsgericht ihre Nichtigkeit gem. Art. 100 GG feststellen kann. § 19 Abs. 2 StromNEV ist als im parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren geschaffenes Verordnungsrecht zu beurteilen, das von jedem damit befassten Gericht überprüft werden kann. Daraus folgt aber auch, dass der Gesetzgeber bei seiner Änderung an das Verfahren nach Art. 76 ff. GG und an die Grenzen der Ermächtigungsgrundlage gebunden war.

1.1. Der Änderung einer geltenden Verordnung durch ein Parlamentsgesetz steht es nicht schon entgegen, dass der Gesetzgeber die Regelungsbefugnis der Exekutive übertragen hat. Für den parlamentarischen Gesetzgeber besteht - wie die Staatspraxis zeigt - häufig ein Bedürfnis, bei einer Änderung komplexer Regelungsgefüge, in denen förmliches Gesetzesrecht und auf ihm beruhendes Verordnungsrecht ineinander verschränkt sind, auch das Verordnungsrecht anzupassen. Zudem gehört es zur Gestaltungsfreiheit des Parlaments, sein Änderungsvorhaben umfassend selbst zu verwirklichen, ohne dass es die durch die Verordnung geregelten Gegenstände zuvor wieder in förmliches Gesetzesrecht übernehmen müsste. Letzterem stünde es insbesondere entgegen, dass künftige Änderungen durch die Exekutive und damit die für die Zukunft notwendige Flexibilität ausgeschlossen wären (BVerfGE 114, 196 ff. „Beitragssicherungsgesetz", Rdnr. 193 ff.).

1.2. Ändert das Parlament eine bestehende Rechtsverordnung oder fügt es in diese neue Regelungen ein, so ist das dadurch entstehende Normgebilde aus Gründen der Normenklarheit insgesamt als Rechtsverordnung zu qualifizieren. Zur Normenklarheit gehört auch Normenwahrheit, so dass Überschrift und Einleitung eines Regelungswerks auch nach u.U. zahlreichen Änderungen noch halten müssen, was sie versprechen (BVerfG, a. a. O., Rdnr. 198 ff., 202). Auch die Rechtsmittelklarheit verbietet es, bei der parlamentarischen und exekutiven Rechtsetzung beide Rechtsformen so zu vermischen, dass eine klare Zuordnung nicht mehr möglich ist. Der Adressat einer Regelung muss mit Blick auf das Prinzip der Rechtsmittelklarheit erkennen können, ob er es mit einer - auf gesetzlicher Ermächtigung beruhenden - Verordnungsregelung oder mit einem förmlichen Gesetz zu tun hat. Entscheidet sich der Gesetzgeber dafür, eine bestehende Verordnung zu ändern, kann der geänderten Verordnung aus verfassungsrechtlichen Gründen daher nur ein einheitlicher Rang, der der Verordnung, zukommen.

1.3. Mit Blick auf den Grundsatz der Formenstrenge der Rechtsetzung und das Prinzip der Rechtssicherheit ist eine Verordnungsänderung durch den Gesetzgeber allerdings nur unter folgenden Voraussetzungen möglich:
1.3.1. Die Änderung einer Verordnung durch den parlamentarischen Gesetzgeber kann nicht losgelöst und damit unabhängig von sonstigen gesetzgeberischen Maßnahmen erfolgen, sondern nur im Rahmen der Änderung eines Sachbereichs (BVerfGE, a. a. O., Rdnr. 207). Dabei sind Änderungen von Rechtsverordnungen auf das Ausmaß zu beschränken, das unmittelbar durch die Änderungen im Gesetzesrecht veranlasst ist. (BVerfGE, a. a. O.; BVerwG, Urteil vom 20.03.2008, 2 C 50/07; Bundesministerium der Justiz: Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. A., Rdnr. 691).
1.3.2. Der Gesetzgeber ist an das Verfahren nach Art. 76 ff. GG und insbesondere an die Grenzen der Ermächtigungsgrundlage (Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG) gebunden.
1.3.3. Die Zustimmungsbedürftigkeit eines Gesetzes, durch welches eine Verordnung geändert wird, beurteilt sich am Maßstab der für förmliche Gesetze geltenden Normen und nicht nach Art. 80 Abs. 2 GG (BVerfGE, a. a. O., Rdnr. 210 f.).
2. Nach diesen Maßstäben ist die Verordnungsänderung, die der Gesetzgeber mit Wirkung zum 04.08.2011 vorgenommen hat, nicht verfassungsgemäß und daher nichtig.
2.1. Der Gesetzgeber, der die Änderung der Verordnung erlassen hat, hat zwar das Verfahren nach Art. 76 ff. GG für das Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften und die Änderung der Verordnung eingehalten. Das Gesetz, in das der maßgebliche Art. 7 mit der Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV im Gesetzgebungsverfahren eingefügt worden ist, ist durch Beschluss des Bundestags vom 30.06.2011 angenommen worden (BT-Drs. 395/11 vom 01.07.2011); der Bundesrat hat am 08.07.2011 beschlossen, einen Antrag nach Art. 77 Abs. 2 GG nicht zu stellen.
Jedoch fehlt es an dem erforderlichen sachlichen Zusammenhang der Änderung der Verordnung mit weiteren gesetzgeberischen Maßnahmen. So ist nicht ersichtlich, dass das eigentliche Gesetzesvorhaben des Gesetzgebers - das Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften - auch die Anpassung der Stromnetzentgeltverordnung und damit die Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV erforderlich gemacht hätte.
Das Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften hat vornehmlich nur die Richtlinien 2009/72/EG und 2009/73/EG umgesetzt. Es werden insbesondere die Entflechtungsregeln für die Transportnetze geändert, um die Netzgesellschaft im Konzern zu stärken; des Weiteren soll eine koordinierte, gemeinsame Netzausbauplanung aller Übertragungs- bzw. Fernleitungsnetzbetreiber gewährleistet werden. Daneben werden die Rechte der Verbraucher durch kurze Fristen beim Lieferantenwechsel und klare Regelungen zu Verträgen und Rechnungen sowie für mehr Transparenz verbessert und eine unabhängige Schlichtungsstelle eingerichtet. Schließlich wird durch die Regeln zur Einführung sog. „intelligenter Messsysteme" der Grundstein für eine aktivere Teilnahme des Endverbrauchers am Energiemarkt unter Wahrung seiner Persönlichkeitsrechte geschaffen.
Die Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV steht damit nur insoweit in einem sachlichen Zusammenhang, als es sich auch um eine energiewirtschaftsrechtliche Vorschrift handelt. Die Änderung war im Regierungsentwurf noch nicht einmal vorgesehen, sondern - beruhend auf einer Forderung der „Wirtschaftsvereinigung Metalle" - erstmals in der Beschlussempfehlung und dem Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie vom 29.06.2011 (BT-Drs. 17/6365, S. 14, 20) enthalten. Den insoweit geänderten Gesetzesentwurf hat der Bundestag sodann in seiner Sitzung vom 30.06.2011 angenommen (BR-Drs. 395/11 vom 01.07.2011). Von daher wird auch kritisiert, es

handele sich bei der Änderung um eine zusammenhangslos eingebrachte „Mitternachtsregelung".
Dass die Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV erforderlich ist, um „die gebotene Harmonie mit dem Muttergesetz herzustellen" (Schneider, Gesetzgebung, 2. A., Rdnr. 663 f.), ist weder ersichtlich noch dargetan. Der notwendige Zusammenhang zwischen der Befreiung stromintensiver Netzkunden und den in diesem Gesetz vornehmlich geregelten Materien ist nicht gegeben, die Änderung ist auch nicht als Folgeänderung zu einer der im Kern geregelten Materien ausgewiesen. Die Umsetzung der EG-Richtlinien steht mit der beabsichtigten Befreiung industrieller Großabnehmer in keinerlei Zusammenhang. In der Begründung zu der konkreten Gesetzesänderung findet sich - anders als in einem solchen Fall üblich - daher auch nicht die Erläuterung „redaktionelle Änderung" oder „Folgeänderung zu …", um den Zusammenhang klarzustellen.
2.2. Darüber hinaus hat der Gesetzgeber mit der Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV auch die Grenzen der - auf den Verordnungsgeber delegierten - Verordnungsermächtigung überschritten. Die (vollständige) Befreiung von den Netzentgelten hält sich nicht in den Grenzen der Ermächtigungsgrundlage (Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG).
2.2.1. Während der Gesetzgeber grundsätzlich einen weiten Spielraum für seine Gestaltung besitzt und dabei auch Gleich- und Ungleichstellungen anordnen kann, wenn sie sachgerecht sind, ist der Verordnungsgeber enger gebunden, denn er kann verfassungsrechtlich einen Gestaltungsfreiraum nur innerhalb der durch Art. 80 Abs. 1 GG gezogenen Grenzen haben. Es ist ihm daher verwehrt, Regelungen zu erlassen, die die Grenzen und inhaltlichen Vorgaben der Ermächtigung missachten und in der Sache auf eine Korrektur der Entscheidung des Gesetzgebers hinauslaufen würden. In den engen Grenzen des ihm danach zustehenden Ermessens hat er sich von sachfremdem Erwägungen freizuhalten (BVerfGE 42, 374 (387 f.); 16, 332 (338 f.); 13, 248, (255 f.)). Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung müssen nach Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG in dem ermächtigenden Gesetz bestimmt werden, um die Macht der Exekutive im Bereich der Rechtsetzung zu begrenzen sowie die parlamentarische Steuerung der exekutiven Verordnungsgebung - und damit zugleich die Verantwortung der Legislative für den Inhalt der Rechtsverordnung - zu stärken (Sannwald in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, 12. A., 2011, Rdnr. 59 zu Art. 80).
2.2.2. Mit der Regelung, dass stromintensive Letztverbraucher beim Vorliegen der Schwellenwerte des § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV vollständig von den Netzentgelten befreit werden können, sind die Grenzen der Verordnungsermächtigung überschritten. Nach dem Wortlaut, der Systematik, dem Sinn und Zweck sowie der Entstehungsgeschichte der Ermächtigungsnorm ist der Verordnungsgeber nur ermächtigt, in der Stromnetzentgeltverordnung neben der Methodik zur Bestimmung der Entgelte Regelungen hinsichtlich der Genehmigung (oder Untersagung) individueller Netznutzungsentgelte zu treffen.
2.2.2.1. § 24 Satz 1 Nr. 1 EnWG ermächtigt zur Bedingungs- und Methodenregulierung im Verordnungswege. Durch Verordnung können die Bedingungen für den Netzzugang einschließlich der Beschaffung und Erbringung von Ausgleichsleistungen, die Methoden zur Bestimmung dieser Bedingungen sowie die Methoden zur Bestimmung der Entgelte festgelegt werden. Ergänzend sieht § 24 Satz 1 Nr. 3 EnWG - klarstellend - vor, dass dabei auch im Einzelnen geregelt werden kann, in welchen Fällen und unter welchen Voraussetzungen die Regulierungsbehörde im Einzelfall individuelle Entgelte für den Netzzugang genehmigen oder untersagen kann.
Schon nach dem Wortlaut der Ermächtigungsnorm erfasst die Regelungsbefugnis nicht das

„ob", sondern nur die Bestimmungen zur Ermittlung der Höhe der Entgelte. Die Ermächtigung, die Methoden zur Bestimmung der Entgelte für die Netznutzung festzulegen und dabei auch die Voraussetzungen für die Entgelte in Sonderfällen individueller Formen der Netznutzung zu bestimmen, gibt vor, dass für die Netznutzung grundsätzlich ein Entgelt, also eine geldwerte Gegenleistung zu erbringen ist. Mit der Entrichtung des Netzentgelts wird - so auch § 3 Abs. 2 StromNEV - die Nutzung der Netz- oder Umspannebene des Netzbetreibers und aller vorgelagerten Netz- und Umspannebenen abgegolten.
Auch aus der Systematik und dem Sinn und Zweck der Ermächtigung sowie der Entstehungsgeschichte folgt nichts anderes. Die Methode zur Bestimmung der Entgelte soll die Vorgaben des § 21 Abs. 1 und Abs. 2 EnWG umsetzen, wonach die Bedingungen und Entgelte für den Netzzugang insbesondere angemessen, diskriminierungsfrei und transparent sein müssen. Inhaltlich soll der Verordnungsgeber damit nur ermächtigt werden, die Methode für die Bestimmung solcher - angemessenen, diskriminierungsfreien und transparenten - Netzentgelte, ihre Ausgestaltung und Ermittlung näher festzulegen, also zu konkretisieren, auf welche Art und Weise die Netzzugangsentgelte ermittelt werden sollen. Dabei hat die Methode die Ausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung sicherzustellen, weil die daraus abzuleitenden Netzentgelte nur so den materiellen Vorgaben des § 21 EnWG genügen können.
Dieses Verständnis wird auch durch die Regelung des § 118 Abs. 6 EnWG gestützt. Mit dieser durch das Gesetz zur Beschleunigung des Hochspannungsausbaus vom 21.08.2009 nachträglich eingefügten Privilegierung hat der Gesetzgeber neu errichtete Stromspeicheranlagen von den Entgelten für den Netzzugang auf Gesetzesebene befristet freigestellt (BT-Drs. 16/12898, S. 20).
2.2.2.2. Bei der in der Neuregelung des § 19 Abs. 2 StromNEV vorgesehenen Befreiung handelt es sich nicht um ein individuelles Netzentgelt (ebenso: Missling, IR 2012, 206; Ernst/Koenig, EnWZ 2012, 51, 55). Der befreite Netznutzer entrichtet keine Gegenleistung. Die Befreiung stellt daher keine von der grundsätzlichen Methodik abweichende Entgeltbildung, sondern eine generelle und vollständige Ausnahme von der zugrunde liegenden Entgeltpflicht dar. Bei ihr handelt es sich um eine Privilegierung und damit ein aliud zu der Entgeltbildung, denn mit der Methode der zu bildenden Entgelte hat sie nichts zu tun. Dass der Verordnungsgeber auch ermächtigt werden sollte, solche Befreiungen und damit Ausnahmen von der Entgeltpflicht vorsehen zu können, ist nicht ersichtlich. Vielmehr spricht die Klarstellung in § 24 Satz 1 Nr. 3 EnWG, dass auch individuelle Netzentgelte erfasst sein sollen, gerade dafür, dass der Gesetzgeber sich die (wirtschaftspolitische) Entscheidung darüber, ob und unter welchen Voraussetzungen eine vollständige Befreiung möglich sein soll, vorbehalten wollte.
Aus dem Umstand, dass die Sätze 6 und 7 der Neuregelung eine Kompensation für die von diesen befreiten Netznutzern nicht zu erhebenden Entgelte vorsehen, indem diese Ausfälle bundesweit durch die Letztverbraucher ausgeglichen werden, kann entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur nichts anderes folgen (so aber: OLG Jena, Beschluss vom 23.04.2012, 2 Kart 1/12; kritisch dazu Missling IR 2012, 206; Ernst/Koenig, EnWZ 2012, 51, 55). Zum einen ist auf den befreiten Netznutzer abzustellen, der kein Entgelt für den Netzzugang zu entrichten hat. Zum anderen würde eine etwaige Umlage entsprechend § 9 KWKG, durch welche allen Letztverbrauchern die durch die Befreiungen und individuellen Netzentgelte zu tragenden Entgeltausfälle auferlegt werden, gerade keine Gegenleistung und damit kein Entgelt für ihre Netznutzung darstellen, sondern nur ihre Beteiligung an den Kosten der Befreiung und Entgeltermäßigung Einzelner. Sie soll

nach Maßgabe der angegriffenen Festlegung neben und damit zusätzlich zu den Netzzugangsentgelten erhoben werden. Insofern kann es dahinstehen, ob der Ausgleich der Erlösausfälle nach dem Willen des Gesetzgebers auf den horizontalen Ausgleich auf der Ebene der Übertragungsnetzbetreiber beschränkt sein sollte, oder im Anschluss daran - wie die Bundesnetzagentur meint - eine vertikale Rückbelastung der nachgelagerten Netzbetreiber und die Umlage der Kosten auf den Letztverbraucher entsprechend § 9 Abs. 4 ff. KWKG erfolgen sollte. Selbst wenn letzteres mit der Regelung bezweckt gewesen sein sollte, um den vier Übertragungsnetzbetreibern nicht die Last der Vorfinanzierung aufzuerlegen, führt dies im Ergebnis zu keiner anderen Beurteilung. Auch insoweit wäre der Rahmen der Ermächtigung überschritten, denn bei der Umlage handelt es sich um eine bundesweite Kompensationsleistung, die der Netzbetreiber von dem Netznutzer neben den Entgelten für das von ihm genutzte Netz erheben soll. Dass der Verordnungsgeber so weitgehend legitimiert worden ist, er also befugt sein soll, im Rahmen der Verordnung zur Bestimmung der Entgelte auch zusätzliche Kompensationsleistungen zu kreieren, ist jedoch ebenso wenig ersichtlich.
2.2.3. Darüber hinaus verstößt die Befreiungsregelung gegen die Entgeltgrundsätze des § 21 Abs. 1 EnWG und damit auch gegen das Diskriminierungsverbot der Richtlinie 2009/72/EG.
2.2.3.1. Mit der Methode zur Bestimmung der Entgelte sollen die Vorgaben des § 21 Abs. 1 und Abs. 2 EnWG umgesetzt werden. Danach müssen Bedingungen und Entgelte für den Netzzugang insbesondere angemessen, diskriminierungsfrei und transparent sein. Diese Vorgaben hat der Verordnungsgeber bei seiner konkretisierenden Ausgestaltung der entgelt- und erlösobergrenzenbezogenen Verordnungen grundsätzlich zu beachten (BGH, Kartellsenat, Beschluss vom 28.06.2011, EnVR 34/10, Rdnr. 10). Die Vorgaben für die Beschaffenheit der Entgelte stecken zugleich den Rahmen für die Methode der Entgeltberechnung und davon abweichende Regelungen für die Bestimmung der Entgelte einer individuellen Netznutzung ab. In diesem Rahmen muss sich daher nicht nur die Methode zur Bestimmung der Entgelte, sondern müssen sich spiegelbildlich auch die Bedingungen für davon abweichende individuelle Netzentgelte bewegen.
2.2.3.2. Nach Art. 32 Abs. 1 der Richtlinie 2009/72/EG - entspricht Art. 20 Abs. 1 EltRL (2003/54/EG) - haben die Mitgliedstaaten die Einführung eines Systems für den Zugang Dritter zu den Übertragungs- und Verteilnetzen auf der Grundlage veröffentlichter Tarife zu gewährleisten: die Zugangsregelung hat für alle zugelassenen Kunden zu gelten und soll nach objektiven Kriterien und ohne Diskriminierung zwischen den Netzbenutzern angewandt werden. Auch Erwägungsgrund 32 der Richtlinie sieht vor, dass sicherzustellen ist, dass die Tarife für den Netzzugang transparent und nichtdiskriminierend sind; sie sollen auf nichtdiskriminierende Weise für alle Netznutzer gelten. Danach kann entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur kein Zweifel daran bestehen, dass das Diskriminierungsverbot dem unmittelbaren Schutz des Netznutzers vor einer - sachlich nicht gerechtfertigten - Ungleichbehandlung dient.
Das - die Vorgaben der Richtlinie 2003/54/EG umsetzende - horizontale Diskriminierungsverbot des § 21 Abs. 1 EnWG verpflichtet den Netzbetreiber in gleicher Weise, alle externen Netznutzer gleich zu behandeln, ihnen also gleiche Bedingungen der Netznutzung einzuräumen.
Da das Diskriminierungsverbot eine Ausprägung des allgemeinen Gleichheitssatzes ist, finden auch die insoweit entwickelten Grundsätze Anwendung. Danach hat der Gesetzgeber - wie auch der Verordnungsgeber - wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln. Dabei bedürfen Differenzierungen stets der

Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind. Der Gleichheitssatz ist dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten oder -betroffenen im Vergleich zu einer anderen anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die unterschiedliche Behandlung rechtfertigen können (vgl. nur: BVerfG, Beschluss vom 16.07.2012, 1 BvR 2983/19, Rdnr. 43 m. w. N., zitiert nach juris). Von einem selbst gesetzten Regelsystem darf der Gesetzgeber grundsätzlich abweichen, wenn das mit Blick auf Art. 3 Abs. 1 GG sachgerecht ist. Die Gründe für eine Durchbrechung des einmal gewählten Ordnungsprinzips müssen, um überzeugend zu sein, zureichend sachlich begründet sein und in ihrem Gewicht der Intensität der Abweichung von der zugrunde gelegten Ordnung entsprechen.
2.2.3.3. Das Gebot angemessener Entgelte betrifft die Entgelthöhe, also den zu zahlenden Gegenwert für den gewährten Netzzugang (Groebel in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2. A., Rdnr. 53 zu § 21).
2.2.3.4. Die Befreiung stromintensiver Netznutzer von den Netznutzungsentgelten verstößt gegen diese Entgeltgrundsätze, mit denen nicht nur die Methode der Entgeltbestimmung, sondern auch etwaige Ausnahmen davon im Einklang stehen müssen. Netzentgelte sind grundsätzlich kostenbezogen zu berechnen, so dass auch Preisdifferenzierungen unterschiedliche Zugangskosten widerspiegeln und zu angemessenen Entgelten für alle Netznutzer führen müssen.
Die in der StromNEV gefundene Methode der Entgeltbildung stellt auf bestimmte Preisfindungsgrundsätze und dabei auf statistische Annahmen ab, um die Kosten des Netzes auf die Netzkunden möglichst verursachungsgerecht zu verteilen. Dabei sind Pauschalisierungen und Typisierungen notwendig. Mit den Sonderformen der Netznutzung in § 19 StromNEV trägt der Verordnungsgeber - legitimiert durch § 24 Satz 1 Nr. 3 EnWG - dem Umstand Rechnung, dass die Lastverläufe oder die Leistungsaufnahme einzelner Netznutzer von diesen Grundsätzen abweichen, so dass die den Preisfindungsgrundsätzen zugrunde liegenden Annahmen nicht zutreffen und daher für sie nicht zu angemessenen Entgelten führen. Daher stellt ein kostensenkendes oder kostenminderndes Nutzungsverhalten, das eine entsprechende Kostensenkung oder -vermeidung zur Folge hat, einen sachlich gerechtfertigten Grund für ein Abweichen von den geltenden Preisfindungsgrundsätzen dar.
Für die übrigen Netznutzer hat die entsprechende Netzentgeltminderung, das individuelle Netzentgelt, jedoch zwangsläufig zur Folge, dass sich ihr Entgelt im Umfang der Kostensenkung oder -minderung entsprechend erhöht. Daher wird die Vorgabe diskriminierungsfreier, angemessener und transparenter Netznutzungsentgelte durch ein individuelles Netznutzungsentgelt nur beachtet, wenn sich der Maßstab der Entgeltminderung auf der einen Seite an dem tatsächlichen Umfang der Kostensenkung oder -minderung orientiert, denn auf der anderen Seite werden die übrigen Netznutzer im Umfang der Entgeltminderung zusätzlich belastet. Dem besonderen Nutzungsverhalten des einzelnen Netzkunden wird durch ein individuell bestimmtes Nutzungsentgelt daher nur dann angemessen Rechnung getragen, wenn der Grad der Entlastung des Netzes, der durch das abweichende Nutzungsverhalten des Netzkunden im Einzelfall bewirkt wird, Maßstab der möglichen Entgeltminderung ist (BGH, Kartellsenat, Beschluss vom 09.10.2012, EnVR 47/11 - „Pumpspeicherkraftwerke II", Rdnr. 10 f.). Nur auf diese Weise sind auch die zu ermittelnden Entgelte in ihrer Gesamtheit angemessen und diskriminierungsfrei. Im Einklang damit sah § 19 Abs. 2 Satz 3 StromNEV a. F. vor, dass das individuelle Netzentgelt den Beitrag des Letztverbrauchers zu einer Senkung oder zu

einer Vermeidung der Erhöhung der Netzkosten dieser und aller vorgelagerten Netz- und Umspannebenen widerzuspiegeln hat.
Das besondere Nutzungsverhalten der Gruppe der stromintensiven Netznutzer kann ihre Befreiung von den Netzentgelten nicht rechtfertigen, sondern allenfalls eine entsprechende Reduktion. Nach der Zielsetzung des Gesetzgebers sollen stromintensive Unternehmen mit einer derart hohen Bandlast von den Netzentgelten befreit werden, weil sie aufgrund ihrer Bandlast netzstabilisierend wirken (BT-Drs. 17/6365, S. 34). Die vom Gesetzgeber angeführte Netzstabilität, die durch ein bestimmtes Nutzungsverhalten herbeigeführt wird, mag grundsätzlich ein zulässiges Differenzierungskriterium bei der Entgeltbildung darstellen, weil ein solches Nutzungsverhalten die Kosten des Netzes und damit auch die Entgelte der übrigen Netznutzer mindern oder senken kann. Netzstabilisierende Wirkung kann insbesondere die Verlagerung des überwiegenden Teils des Strombezugs in die Schwachlastzeit haben. Da sich die Dimensionierung des Netzes an der zu erwartenden Spitzenlast auszurichten hat, dient ein solches Nutzungsverhalten v.a. der großen stromintensiven Letztverbraucher der Netzökonomie (BGH, a. a. O.). Dementsprechend kann der Verordnungsgeber dieses nur mit einer entsprechenden - verhältnismäßigen - Reduzierung, nicht aber mit einer völligen Befreiung von den Netzentgelten honorieren, die sich von jeglicher Kostenverursachungsgerechtigkeit löst. Eine Befreiung und damit eine Reduzierung bis auf Null ist schon deshalb ausgeschlossen, weil das abweichende Nutzungsverhalten auf das Leistungselement der Netzkosten beschränkt ist, es also nur zu einer Reduzierung des Leistungs- und nicht auch des Arbeitspreises führen kann (BGH, a. a. O.).
Das Anknüpfungsmerkmal der stromintensiven Netznutzung und die zugrunde gelegten Schwellenwerte sprechen ungeachtet dessen gegen eine unentgeltliche Netznutzung. Von der Befreiung sollen stromintensive Netznutzer erfasst werden, die 7.000 Benutzungsstunden/p.a. erreichen und einen Stromverbrauch von 10 GWh aufweisen. Da diese intensive Nutzung impliziert, dass sie das Netz jedenfalls auch zeitgleich mit den übrigen Netznutzern nutzen müssen, kann es nicht sachgerecht sein, sie - wie der Gesetzgeber meint - allein mit Blick auf die Bandlast, also den Umstand, dass sie kontinuierlich Strom verbrauchen und damit das Netz nutzen, von den Kosten der Netznutzung freizustellen. Ob es bei diesem Nutzungsverhalten auch zu einer erheblichen Abweichung des individuellen Höchstlastbeitrags von der zeitgleichen Jahreshöchstlast kommen kann, wie der Verordnungsgeber bei dem Regelbeispiel des § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV a. F. unterstellt hatte, kann offen bleiben (zweifelhaft insoweit: Britz/Herrmann, IR 2005, 98 ff.). Eine solche netzstabilisierende Wirkung kann - wie ausgeführt - nur zu einer verhältnismäßigen Reduzierung, nicht aber zu einer vollständigen Befreiung von den Netzkosten führen. Eine vollständige Befreiung lässt sich gerade bei den gewählten Schwellenwerten nicht mit dem System und der gewählten Methode der Entgeltbestimmung vereinbaren. Sie ist nicht sachgerecht und systemwidrig, weil sie impliziert, dass durch diese intensive Netznutzung keine Netzkosten verursacht würden.
Die an die Befreiung geknüpften Schwellenwerte sprechen vielmehr dafür, dass der Gesetzgeber - ähnlich wie in den Regelungen des § 9 Abs. 7 KWKG und des § 41 EEG - die Unternehmen der Papier-, der Zement-, der Metall erzeugenden und der chemischen Industrie durch eine Härtefallregelung privilegieren wollte, um sie vor einer strompreisbedingten Abwanderung in das Ausland zu bewahren (s.a. Begründung zu § 9 Abs. 7 KWKG in BT-Drs. 14/7024, S. 14).
Eine derartige Privilegierung aus wirtschaftspolitischen Gründen ist indessen von der Verordnungsermächtigung, die allein die Bestimmung der Entgelte, also das „wie" betrifft,

nicht erfasst.
2.3. Die Nichtigkeit der Verordnungsänderung erfasst diese in vollem Umfang und hat daher zur Folge, dass die Festlegung, die den in der Änderung vorgesehenen Ausgleichsmechanismus weiter umsetzen soll, ebenfalls vollumfänglich aufzuheben ist. Eine Teilnichtigkeit der Verordnungsänderung mit einer „geltungserhaltenden" Reduktion im Übrigen, also beschränkt auf den bundesweiten Ausgleich der Erlösausfälle durch individuelle Netzentgelte nach § 19 Abs. 2 Satz 1 StromNEV, kommt nicht in Betracht. Nach den in § 139 BGB und § 44 Abs. 4 VwVfG niedergelegten Rechtsgrundsätzen kann ein Rechtsakt nur (dann) teilweise unwirksam sein, wenn die Unwirksamkeitsgründe einen abgrenzbaren Teil erfassen und zudem feststeht, dass der übrige Rechtsakt gegebenenfalls auch ohne diesen Teil erlassen worden wäre (BVerwG, Beschluss vom 11.07.2002, 3 B 84.02, Rdnr. 3, zitiert nach juris).
Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Der - bundesweite - Ausgleich der Erlösausfälle, die durch Befreiung und individuelle Netzentgelte dem Netzbetreiber entstehen, stellt keinen eigenen abgrenzbaren Teil der Änderung dar, der auch ohne die Befreiung stromintensiver Netznutzer geregelt worden wäre. Die Änderung zielte ganz ersichtlich darauf ab, stromintensive Netznutzer künftig nicht nur in den Genuss eines individuellen Netzentgelts kommen zu lassen, sondern ihnen die Möglichkeit einer weitergehenden Privilegierung, die vollständige Befreiung von den Netzentgelten, einzuräumen. Mit Blick darauf, dass es unbillig wäre, die übrigen Netznutzer je nach Belegenheit des Netzes und Zahl der stromintensiven Netznutzer in unterschiedlicher Höhe mit den daraus resultierenden Folgen zu belasten, sah der Gesetzgeber die Notwendigkeit, die - nicht unerheblichen - Erlösausfälle gleichmäßig auf alle (übrigen) Letztverbraucher umzulegen. Aus der Verordnungsbegründung geht - wie auch die Bundesnetzagentur erkennt - klar und eindeutig hervor, dass der Gesetzgeber hierzu nur Anlass sah, damit „örtliche Gegebenheiten für die Frage der Befreiung von den Netzentgelten nach § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV keine Rolle spielen" und er von daher den bundesweiten Ausgleich „zur Vermeidung überproportionaler regionaler Belastungen" installiert hat (BT-Drs. 17/6365 (S. 34)). Damit wollte er auch dem Umstand Rechnung tragen, dass die Genehmigung eines individuellen Netzentgelts nach § 19 Abs. 2 Satz 8 StromNEV a. F. nur erfolgen konnte, wenn „die Netzentgelte aller übrigen Netznutzer dieser und aller nachgelagerten Netz- und Umspannebenen sich dadurch nicht wesentlich erhöhen".
Ungeachtet dessen aber gilt für die vom Gesetzgeber vorgenommene Änderung ohnehin, dass - wie schon ausgeführt - der erforderliche sachliche Zusammenhang mit den weiteren gesetzgeberischen Maßnahmen fehlt, der indessen erforderlich ist, wenn der Gesetzgeber von einer delegierten Verordnungsermächtigung Gebrauch machen will. Dies betrifft auch die den Umlagemechanismus betreffende Änderung der maßgeblichen Vorschriften.
C.
I. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 Satz 1 EnWG. Da die Beschwerde Erfolg hat, hat die Bundesnetzagentur die Gerichtskosten zu tragen und der Beschwerdeführerin die entstandenen notwendigen Auslagen zu erstatten.
II. Die Festsetzung des Gegenstandswerts für das Beschwerdeverfahren folgt aus § 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO. Das mit der Beschwerde verbundene Interesse der Beschwerdeführerin an der Aufhebung der angegriffenen Festlegung bemisst der Senat seiner Praxis in vergleichbaren Fällen entsprechend auf 50.000 €.
D.
Der Senat hat die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof gegen diese Entscheidung

zugelassen, weil die streitgegenständliche Frage grundsätzliche Bedeutung im Sinne des § 86 Abs. 2 Nr. 1 EnWG hat und die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs entsprechend § 86 Abs. 2 Nr. 2 EnWG erfordert.
Rechtsmittelbelehrung:
Die Rechtsbeschwerde kann nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung auf einer Verletzung des Rechts beruht (§§ 546, 547 ZPO). Sie ist binnen einer Frist von einem Monat schriftlich bei dem Oberlandesgericht Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen. Die Frist beginnt mit der Zustellung dieser Beschwerdeentscheidung. Die Rechtsbeschwerde ist durch einen bei dem Beschwerdegericht oder Rechtsbeschwerdegericht (Bundesgerichtshof) einzureichenden Schriftsatz binnen eines Monats zu begründen. Die Frist beginnt mit der Einlegung der Beschwerde und kann auf Antrag von dem oder der Vorsitzenden des Rechtsbeschwerdegerichts verlängert werden. Die Begründung der Rechtsbeschwerde muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird. Rechtsbeschwerdeschrift und -begründung müssen durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Für die Regulierungsbehörde besteht kein Anwaltszwang; sie kann sich im Rechtsbeschwerdeverfahren durch ein Mitglied der Behörde vertreten lassen (§§ 88 Abs. 4 S. 2, 80 S. 2 EnWG).
Zitiervorschlag:
OLG Düsseldorf Beschl. v. 3.7.2013 – 3 Kart 20/12, BeckRS 2016, 6632

BeckRS 2016, 16311

OLG Düsseldorf (3. Kartellsenat), Beschluss vom 03.07.2013 - VI-3 Kart 31/12 (V)

Titel:
Bundesnetzagentur, Stromverbrauch, Netzkosten, Abnahmestelle
Normenketten:
StromNEV § 19 Abs. 2, § 30 Abs. 2 Nr. 6
KWKG § 9
Rechtsgebiete:
Kartellrecht, EG-Kartellrecht, Sonstiges Bürgerliches Recht
Schlagworte:
Bundesnetzagentur, Stromverbrauch, Netzkosten, Abnahmestelle
nachfolgend:
BGH, Beschluss vom 22.08.2016 - EnVR 52/13 (rechtskräftig)
ECLI:
ECLI:DE:OLGD:2013:0703.VI3KART31.12V.00
Rechtskraft:
unbekannt

KI-generierte Zusammenfassung:
Das Gericht hat die Festlegung der Bundesnetzagentur zur Umlage von Erlösausfällen aus Netzentgeltbefreiungen nach § 19 Abs. 2 StromNEV aufgehoben, da die zugrundeliegende Verordnungsänderung nichtig ist.
Die Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV, die eine vollständige Befreiung stromintensiver Unternehmen von Netzentgelten vorsieht, überschreitet die Grenzen der Verordnungsermächtigung nach § 24 EnWG. Der

Verordnungsgeber ist nur befugt, Methoden zur Bestimmung der Entgelte festzulegen, nicht jedoch vollständige Befreiungen zu gewähren. Zudem verstößt die Regelung gegen die Entgeltgrundsätze des § 21 EnWG, da sie nicht angemessen und diskriminierungsfrei ist. Die Befreiung führt zu einer unzulässigen Ungleichbehandlung, da sie stromintensive Nutzer ohne sachlichen Grund privilegiert und die Kosten auf andere Netznutzer abwälzt. Die Festlegung der Bundesnetzagentur, die diesen Mechanismus umsetzt, ist daher ebenfalls rechtswidrig.

Auf die Beschwerde der Beschwerdeführerin wird die Festlegung der Beschlusskammer 8 der Bundesnetzagentur vom 14. Dezember 2011 - BK 8-11/024 - aufgehoben.
Die Bundesnetzagentur trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen der Beschwerdeführerin.
Der Beschwerdewert wird auf € 50.000 festgesetzt.
Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe:

A. Die Beschwerdeführerin ist eine überregional tätige Stromlieferantin mit derzeit etwa … belieferten Kunden.
Mit ihrer Beschwerde wendet sie sich gegen die Festlegung der Beschlusskammer 8 der Bundesnetzagentur vom 14.12.2011, mit der diese gegenüber allen Betreibern von Elektrizitätsversorgungsnetzen gemäß § 3 Nr. 2 EnWG Einzelheiten der „§ 19 StromNEV-Umlage in Abweichung von § 17 Abs. 8 StromNEV" festgelegt hat. Der Beschluss wurde am 21.12.2011 im Amtsblatt der Bundesnetzagentur veröffentlicht. Die Beschwerdeführerin ist mit Beschluss der Bundesnetzagentur vom 13.12.2011 zum Festlegungsverfahren förmlich beigeladen worden.
Hintergrund für die Festlegung der Umlage ist die mit Wirkung vom 04.08.2011 in Kraft getretene Änderung des § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV. § 19 Abs. 2 Satz 1 StromNEV sieht vor, dass für atypisches Nutzungsverhalten in Abweichung von § 16 StromNEV individuelle Netzentgelte vereinbart werden können. Nach § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV a. F. war ein individuelles Entgelt außerdem dann anzubieten, wenn die Stromabnahme aus dem Netz der allgemeinen Versorgung für den eigenen Verbrauch an einer Abnahmestelle die Benutzungsstundenzahl von jährlich mindestens 7.000 Stunden erreicht und der Stromverbrauch an dieser Abnahmestelle jährlich 10 Gigawattstunden übersteigt; das zu bildende individuelle Entgelt hatte den Beitrag des Letztverbrauchers zu einer Senkung oder Vermeidung der Erhöhung der Netzkosten dieser und aller vorgelagerten Netzebenen widerzuspiegeln. Es durfte nicht weniger als 20% des veröffentlichten Netzentgelts betragen und sollte nur genehmigt werden, wenn sich die Netzentgelte aller übrigen Nutzer dieser und aller nachgelagerten Netz- und Umspannebenen dadurch nicht wesentlich erhöhen. Nach der Neufassung des Satz 2 sollen Netznutzer grundsätzlich von den Netzentgelten befreit werden, wenn sie die Schwellenwerte einer Benutzungsstundenzahl von 7.000 Stunden und eines Stromverbrauchs von 10 Gigawattstunden an einer Abnahmestelle überschreiten. Die Vereinbarung eines individuellen Netzentgelts nach Satz 1 wie auch die Befreiung nach Satz 2 bedürfen der Genehmigung der Regulierungsbehörde. Mit der Befreiung werden im Wesentlichen Unternehmen großer Industriezweige begünstigt. Für das Jahr 2011 waren im Geschäftsbereich der Bundesnetzagentur 281 Befreiungsanträge stromintensiver Unternehmen zu verzeichnen, wobei die Genehmigungen mit Wirkung ab dem 01.01.2011

erteilt worden sind.
Durch die Netzentgeltbefreiungen bzw. Netzentgeltermäßigungen gemäß § 19 Abs. 2 Satz 1, 2 StromNEV entstehen den Verteilernetzbetreibern Erlösausfälle. Insoweit sieht die Neufassung des § 19 Abs. 2 StromNEV in Satz 6 vor, dass die Betreiber von Übertragungsnetzen verpflichtet sind, den nachgelagerten Verteilernetzbetreibern die entgangenen Erlöse zu erstatten. Diese Zahlungen sowie eigene entgangene Erlöse durch Befreiungen bzw. Ermäßigungen von den Netzentgelten nach Satz 1 und 2 sind nach § 19 Abs. 2 Satz 7 StromNEV über eine finanzielle horizontale Verrechnung unter den Übertragungsnetzbetreibern auszugleichen; § 9 des KWKG findet entsprechende Anwendung.
Durch die angegriffene Festlegung vom 14.12.2011 hat die Bundesnetzagentur einen Umlagemechanismus entsprechend den Vorgaben der Absätze 4 bis 7 des § 9 KWKG näher ausgestaltet. Danach sind die Netzbetreiber u. a. verpflichtet, von allen Netzverbrauchern bzw. Lieferanten eine Umlage zu erheben und an den jeweiligen Übertragungsnetzbetreiber ihrer Regelzone weiterzuleiten. Die Höhe der Umlage sollen die Netzbetreiber auf dem Preisblatt sowie auf ihrer jeweiligen Internetseite veröffentlichen. Nach Ziffer 10 der Festlegung sind die Vorgaben aus der Festlegung ab dem 01.01.2012 umzusetzen. Entgangene Erlöse aus dem Kalenderjahr 2011 werden - so die Festlegung weiter - nicht vom Umlagemechanismus erfasst, Mindererlöse nach § 19 Abs. 2 StromNEV für das Jahr 2011 können Verteilernetzbetreiber nicht gegenüber den Übertragungsnetzbetreibern geltend machen; für Verteiler- bzw. Übertragungsnetzbetreiber werden diese Sachverhalte entsprechend § 5 ARegV im Regulierungskonto berücksichtigt. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den angegriffenen Beschluss Bezug genommen.
Weder der Verordnungswortlaut noch die darauf beruhende Festlegung wurden bei der Europäischen Kommission notifiziert.
Gegen die Festlegung hat die Beschwerdeführerin form- und fristgerecht Beschwerde mit dem Ziel der Aufhebung der Festlegung eingelegt.
Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, die Festlegung sei bereits insoweit rechtswidrig, als sie die Umlage von Erlösausfällen aus Netzentgeltbefreiungen nach § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV zum Gegenstand habe. Die Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV genüge aber schon nicht den verfassungsrechtlichen Vorgaben, wonach zwischen dem parlamentarischen Gesetzesvorhaben und der Änderung der Verordnung ein Sachzusammenhang bestehen müsse. Auch in materieller Hinsicht verstoße die Netzentgeltbefreiung in § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV gegen höherrangiges Recht. So stelle die Netzentgeltbefreiung nach § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV i. V. m. der streitgegenständlichen Festlegung eine unzulässige Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 AEUV dar. Es handele sich um eine staatliche Begünstigung bestimmter Unternehmen, die eine Verfälschung des Wettbewerbs darstelle und dadurch den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtige. Unerheblich sei, ob die Beihilfe unmittelbar durch den Staat oder durch eine von ihm zur Durchführung der Beihilferegelung errichtete oder beauftragte öffentliche oder private Einrichtung gewährt werde. Der Staatlichkeit stehe auch nicht entgegen, dass tatsächlich keine Belastung des öffentlichen Haushalts erfolge. Der Umstand, dass die Umlage nicht durch die Bundesnetzagentur, sondern direkt durch die einzelnen Netzbetreiber erhoben werde, könne nicht dazu führen, dass sich der Staat der Anwendung des Beihilferechts entziehe. Schon der Wortlaut von Ziffer 3 des Festlegungstenors verdeutliche den staatlichen Charakter der Maßnahme, wonach die Netzbetreiber verpflichtet seien, die Umlage zu „erheben". Da eine Notifikation gemäß Art.

108 Abs. 3 AEUV nicht erfolgt und auch ansonsten kein Ausnahmetatbestand ersichtlich sei, liege ein Verstoß gegen das Beihilfeverbot vor.
Die Vorschrift des § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV sei aber auch aus Gründen fehlender Bestimmtheit rechtswidrig und damit unwirksam. So fehle jede Angabe dazu, innerhalb welchen Zeitraums Unternehmen 7000 Benutzungsstunden und 10 GWh erreichen müssten. Zudem sei nicht definiert, was unter „Benutzungsstunden" zu verstehen sei.
Eine vollständige Netzentgeltbefreiung verstoße zudem gegen § 21 EnWG, wonach Netzentgelte angemessen, diskriminierungsfrei und transparent sein müssten. Ein Netzentgelt von 0 € könne nicht angemessen sein, zumal die angesprochenen Adressaten der Netzentgeltbefreiung gerade durch ihre hohe Stromabnahme das Netz in erheblichem Maß beanspruchten. Der zur Deckung dieses Stromverbrauchs erforderliche Netzausbau verursache Kosten, welche nicht mehr den Verursachern, sondern vollumfänglich Dritten auferlegt würden. Aus dem Umstand, dass die Netzentgeltbefreiung für bestimmte Speicheranlagen im Energiewirtschaftsgesetz selbst enthalten sei, sei zu schließen, dass durch die nachgelagerten Rechtsverordnungen keine Netzentgeltbefreiungen eingeführt werden sollten. Eine Netzentgeltbefreiung sei darüber hinaus nicht diskriminierungsfrei, da sie zu einer erheblichen Ungleichbehandlung der Netznutzer führe. Diese sei nicht sachlich gerechtfertigt. Die Ungleichbehandlung orientiere sich nicht an netznutzungsbezogenen Kriterien, sondern bezwecke eine wirtschaftliche Förderung von energieintensiven Unternehmen, für die das EnWG keine Grundlage biete.
Die Netzentgeltbefreiung für energieintensive Unternehmen unter gleichzeitiger Belastung der Allgemeinheit mit den aus dieser Befreiung resultierenden Kosten widerspreche ferner der preisgünstigen und verbraucherfreundlichen Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität, § 1 EnWG. Zudem führe die Netzentgeltbefreiung entgegen der von § 1 EnWG geforderten umweltfreundlichen Energieversorgung zu ökonomisch und ökologisch sinnlosen Verhaltensweisen der angesprochenen Adressaten.
Die Vorschrift des § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV widerspreche auch europäischen Rechtsvorgaben, die sich aus der Richtlinie 2009/72/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.07.2009 (L 211/55) ergäben. Die Richtlinie fordere im Hinblick auf einen freien Netzzugang die Schaffung gleicher Bedingungen auf der Ebene der Endkunden (Erwägungsgrund 26 der Richtlinie). Es solle sichergestellt werden, dass die Tarife für den Netzzugang transparent und diskriminierungsfrei seien, wie es auch im Erwägungsgrund 32 der Richtlinie sowie in Artikel 12 lit. b und 25 Abs. 2 der Richtlinie zum Ausdruck komme. Durch § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV würde hingegen nur eine ganz bestimmte Gruppe, nämlich diejenigen mit konstant hoher Netzbelastung, vollständig von Netzentgelten befreit. Alle anderen Netznutzer müssten entsprechend höhere Belastungen tragen. Ein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung sei nicht ersichtlich. Vielmehr stelle die Richtlinie im Erwägungsgrund 45 gerade die Versorgung von Haushaltskunden und Kleinunternehmen in den Vordergrund. Danach sollten die Mitgliedsstaaten dafür Sorge tragen, dass Haushaltskunden und, soweit die Mitgliedstaaten dies für angezeigt hielten, Kleinunternehmen das Recht auf Versorgung mit Elektrizität einer bestimmten Qualität zu leicht vergleichbaren, transparenten und angemessenen Preisen haben. Ein Bestreben, Stromgroßverbraucher zu entlasten, die die vorhandenen Netze in erheblichem Maße beanspruchten, suche man in der Richtlinie vergebens. Auch mache die Richtlinie in den Erwägungsgründen 56 und 57 den Ausbau von Erzeugungskapazitäten zu einem wichtigen Ziel. Die Netzentgeltbefreiung nach § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV behindere aber den Ausbau von Erzeugungskapazitäten. Die Regelung verstoße damit gegen bindende Vorgaben aus europäischem Sekundärrecht und sei unanwendbar.

Die Netzentgeltbefreiung nach § 19 Abs. 2 StromNEV verstoße ferner gegen den allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG, weil ein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung fehle.
Die streitgegenständliche Festlegung sei darüber hinaus auch deshalb rechtswidrig, weil eine Rechtsgrundlage für die Herunterwälzung der Belastungen im Wege der Umlage fehle. Der Verweis in § 19 Abs. 2 Satz 7 2. Halbsatz StromNEV auf § 9 KWKG nehme unmittelbar auf den in § 19 Abs. 2 Satz 7 1. Halbsatz StromNEV beschriebenen horizontalen Belastungsausgleich zwischen den Übertragungsnetzbetreibern Bezug. Die entsprechende Anwendung des § 9 KWKG sei demnach auf den horizontalen Belastungsausgleich beschränkt, der in § 9 Abs. 3 KWKG geregelt sei. Dies ergebe eine Auslegung des Verweises nach seiner Systematik und sei auch systemgerecht. Das Umlagesystem in § 9 KWKG kompensiere Kosten, die nicht mit der Netznutzung einhergingen. Insoweit mache es Sinn, dass für die Wälzung solcher Kosten ein eigenes parallel laufendes Umlagesystem vorgesehen sei. Die Kosten aus individuellen Netzentgelten gemäß § 19 Abs. 2 Satz 6 und 7 StromNEV seien aber Kosten, die unmittelbar mit der Netznutzung zusammenhingen und die Verteilung der Entgeltbelastung beträfen. Es sei daher richtig, dass diese Kosten - wie bislang - auch auf der Netzentgeltebene verblieben, nur dass nunmehr nicht mehr die Verteilernetzbetreiber die Kosten in ihre allgemeinen Netzentgelte einpreisten, sondern dies zur besseren Verteilung und Vergleichmäßigung der Lasten auf der Ebene der Übertragungsnetzbetreiber geschehe.
Ein Umlagesystem, wie sie die streitgegenständliche Festlegung regle, dürfte im Übrigen in der StromNEV auch gar nicht vorgeschrieben werden. § 24 Satz 1 Nr. 1 bis 3 i. V. m. Satz 2 Nr. 1, 2, 4, 6 und 7 sowie Satz 3 und 5 und § 29 Abs. 3 EnWG, auf deren Grundlage die StromNEV erlassen worden sei, beinhalteten keine Ermächtigung des Verordnungsgebers, im Wege der Rechtsverordnung ein umfassendes Umlagesystem vorzugeben, das zudem solche erheblichen wirtschaftlichen Auswirkungen für die verschiedenen Netznutzer und Letztverbraucher habe. Würde § 19 Abs. 2 StromNEV wirklich ein Umlagesystem vorsehen, so wäre die Norm selbst wegen mangelnder Ermächtigungsgrundlage im EnWG nichtig. Auch der Festlegung selbst liege offenbar die Annahme zugrunde, dass die Umlage nicht bereits in § 19 Abs. 2 Satz 7 Hs. 2 StromNEV bestimmt sei, da sie davon ausgehe, dass die Umlage ein Entgelt „in Abweichung von § 17 Abs. 8 StromNEV" sein solle, also ein nicht „in dieser Verordnung genanntes Entgelt".
Die Bundesnetzagentur habe eine Festlegung für eine § 19 StromNEV-Umlage auch nicht selbst anordnen dürfen. Hierfür fehle es an einer Ermächtigungsgrundlage. § 30 Abs. 2 Nr. 6 StromNEV, wonach die Regulierungsbehörde Festlegungen zur Gewährleistung sachgerechter Entgelte in Abweichung von § 17 Abs. 8 StromNEV treffen könne, stelle keine taugliche Rechtsgrundlage dar. Ein Entgelt werde begriffsnotwendig als Gegenleistung für eine Leistung gezahlt, der Umlage stehe als isolierte Zahlungsverpflichtung aber keine Leistung gegenüber. Darüber hinaus seien in § 30 Abs. 2 Nr. 6 StromNEV lediglich Festlegungen „zur Gewährleistung sachgerechter Entgelte" vorgesehen, nicht aber eine Ermächtigung für grundlegende Systementscheidungen zu verorten. Ein derartiges Umlagesystem könnte allenfalls durch den Bundesgesetzgeber selbst geschaffen werden, wie er es mit dem KWKG und dem EEG getan habe.
Die in der Festlegung vorgesehenen Zeitpunkte für das Inkrafttreten von Handlungspflichten der Beteiligten bzw. für das vorgesehene Umlagesystem seien insgesamt rechtswidrig. Sowohl die in Ziffer 1 der Festlegung normierte Datenmeldepflicht gegenüber den Übertragungsnetzbetreibern zum 21.12.2011 sowie das Inkrafttreten des

Umlagesystems am 01.01.2012 lägen zeitlich vor der Zustellungsfiktion am 04.01.2012. Erst mit der Zustellung könnten aber Handlungspflichten der Beschwerdeführerin entstehen. Die viel zu kurze Umsetzungszeit stehe zudem im Widerspruch zu dem ebenfalls mit Wirkung zum 04.08.2011 neu gefassten § 20 Abs. 1 Satz 1 und 2 EnWG, wonach Netzentgelte spätestens am 15.10.2011 für das Folgejahr veröffentlicht werden sollten. Insoweit stehe die Umlage in ihrer wirtschaftlichen Wirkung einer erheblichen Erhöhung der Netzentgelte gleich. Angesichts dessen komme eine Umlage frühestens zum 01.01.2013 in Betracht.
Soweit die Festlegung in Ziffer 2 unter Bezug auf die in § 9 Abs. 7 KWKG vorgesehenen Kategorien eine unterschiedlich hohe Belastung verschiedener Letztverbraucherkategorien regle, sei diese nicht sachgerecht i. S.v. § 30 Abs. 2 Nr. 6 StromNEV. In dem vorgesehenen Belastungssystem werde nicht danach unterschieden, in welcher Weise das Netz genutzt werde. Einziges Merkmal sei die Grenze des Strombezugs von 100.000 kWh/a und ggf. die Unternehmensqualifizierung. Weder in der StromNEV noch im übergeordneten EnWG sei eine solche Unterscheidung angelegt. Damit gelte im Grundsatz, dass die Unterscheidung eines sachlichen Grunds bedürfe. Die Wirtschaftsförderung sei aber ein den energierechtlichen Vorschriften fremdes Motiv, so dass die vorgenommene Unterscheidung gegen das Erfordernis sachgerechter Entgelte verstoße.
Die Rechtswidrigkeit der Festlegung habe auch eine Verletzung ihrer Rechte zur Folge. Sie sei als Lieferantin zwar nicht Adressatin der Festlegung, diese enthalte aber eine Verpflichtung der Netzbetreiber, die Umlage von Letztverbrauchern und Lieferanten zu erheben. Damit seien auch Lieferanten durch die in der Festlegung verbindlich vorgesehene rechtswidrige Erhebung der Umlage und die sich aus der Festlegung ergebende rechtswidrig vorgesehene Höhe in ihren Rechten verletzt.
Die Beschwerdeführerin beantragt,
den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 14.12.2011 (Az. BK 8-11-024) aufzuheben.
Die Bundesnetzagentur beantragt,
die Beschwerde zurückzuweisen.
Sie verteidigt die angegriffene Festlegung unter Wiederholung und Vertiefung ihrer Gründe.
Entsprechend dem Hinweis des Senatsvorsitzenden vom 19.12.2012 zur Beschränkung des Vortrags auf die Ermächtigungsgrundlage trägt sie zur Rechtmäßigkeit der Verordnungsänderung vor: Die Regelung sei rechtmäßig, denn der Verordnungsgeber habe weder die Grenzen der Verordnungsermächtigung überschritten noch habe er gegen die Grundsätze des § 21 EnWG verstoßen.
Die Regelungen des § 19 Abs. 2 S. 2 und S. 3 StromNEV seien auch nach dessen Änderung im August 2011 von der Verordnungsermächtigung in § 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 EnWG gedeckt. Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG verlange, dass eine Verordnungsermächtigung Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung bestimme. Damit werde nicht vorgeschrieben, dass auch die Einzelheiten der durch eine Rechtsverordnung zu treffenden Regelung in die Ermächtigungsnorm aufzunehmen sind. Gerade in vielschichtigen und komplexen Bereichen des Wirtschaftsverwaltungsrechts, zu denen die Energieregulierung zähle, seien geringere Anforderungen an eine hinreichende Bestimmtheit der Ermächtigungen zu stellen. Im Übrigen sei dem Verordnungsgeber gerade im Regulierungsrecht ein Gestaltungsspielraum zuzugestehen. Daher seien bei solchen vielschichtigen Sachverhalten flexiblere und weniger strenge Anforderungen an die Bestimmtheit der Ermächtigung zu stellen.

Die Verordnungsermächtigung des § 24 S. 1 Nr. 3 EnWG gebe den Rahmen der Verordnung vor, mit der der Verordnungsgeber regeln könne, in welchen Sonderfällen der Netznutzung und unter welchen Voraussetzungen die Regulierungsbehörde individuelle Netzentgelte genehmigen oder untersagen dürfe. Durch das Abstellen auf „Sonderfälle der Netznutzung" erkenne der Gesetzgeber an, dass es neben dem typischen Netzkunden auch atypische Fälle gebe, die nicht billigerweise unter das im Übrigen für alle Netznutzer gleichermaßen geltende System fallen sollten. Durch den Begriff des individuellen Netzentgelts gebe der Gesetzgeber zugleich vor, dass in der Verordnung eine Abweichung vom typischen Fall der Netznutzung auch auf der Rechtsfolgenseite, nämlich bei der finanziellen Kompensation zu regeln ist. Darin sei zugleich die Wertung enthalten, dass die Gegenleistung in diesem speziellen Fall von der allgemeinen Entgeltbildung abweiche und damit zum individuellen Netzentgelt werde. Durch das Abstellen auf die unbestimmten Rechtsbegriffe der individuellen Netzentgelte und der Sonderfälle der Netznutzung habe der Gesetzgeber dem Verordnungsgeber einen Gestaltungsspielraum und eine Einschätzungsprärogative hinsichtlich der zugrunde liegenden komplexen Verhältnisse der Elektrizitätswirtschaft und der hierauf anwendbaren komplexen Regulierungsmethoden zugestanden. In Anbetracht dessen sei es dem Gericht verwehrt, die Einschätzung der regelungsbefugten Exekutive durch eine an der Zweckmäßigkeit oder an der Interessenlage der Beschwerdeführerin ausgerichteten eigenen Einschätzung zu ersetzen. Mit der konkreten Regelung halte der Verordnungsgeber sich innerhalb des von der Ermächtigung gezogenen Rahmens. Es handele sich um eine rechtmäßige Ausgestaltung der Befugnis, für atypische Netznutzungen eine der Situation angemessene individuelle Kompensation zu bestimmen. Bei den Voraussetzungen des § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV handle es sich um Sonderfälle der Netznutzung, denn die besonders intensive Netznutzung entspreche gerade der Abweichung von der typischen Netznutzung, die § 24 S. 1 Nr. 3 EnWG verlange. In einem solchen Fall sei es dem Verordnungsgeber erlaubt, diskriminierungsfreie und angemessene Netzentgelte auf anderem Wege zu ermitteln und damit das ob und wie einer individuellen finanziellen Kompensation zu gestalten. Die Befreiung von den Netzentgelten habe der Verordnungsgeber statuiert, weil stromintensive Unternehmen mit einer hohen Bandlast netzstabilisierend wirkten, was nicht ernstlich bezweifelt werden könne. Durch eine hohe Benutzungsstundenzahl der Bandlastkunden mit einer gleichmäßigen Leistungsentnahme könnten Netzbetreiber von einer kontinuierlichen Auslastung der Netzinfrastruktur durch den Bandlastkunden ausgehen. Dies sei je nach Situation für die Prognose der jeweiligen Netzlast sowohl im Verteilnetz als auch im Übertragungsnetz positiv. Eingriffe in den Netzbetrieb könnten gegebenenfalls reduziert werden. Darüber hinaus trügen die stromintensiven Netzkunden durch den gleichmäßig hohen Strombezug regelmäßig zur Netzstabilität bei, indem Schwankungen der übrigen Netzkunden relativiert würden. Die Feststellung dieser Wirkungsmechanismen sei von der Einschätzungsprärogative des Verordnungsgebers gedeckt. Dann sei es von seinem Gestaltungsspielraum erfasst, wie stark er diese netzstabilisierende Wirkung bei der Reduzierung von Netzentgelten berücksichtige. Vor diesem Hintergrund sei es unschädlich, dass sich der Verordnungsgeber in § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV in einem ersten Schritt für eine Reduktion auf Null entschieden habe. Dabei sei zu beachten, dass der befreite Netzkunde in einem zweiten Schritt die § 19-Umlage und damit auch ein weiteres geldwertes Entgelt zahle. Denn der Netzkunde sei zwar von der Zahlung aller im Zusammenhang mit der Netznutzung stehenden leistungs- und arbeitsabhängigen Netzentgelte befreit. Andere Entgelte, etwa für Zählen und Messen, seien von der Netzentgeltbefreiung aber gerade nicht umfasst. Der Verordnungsgeber

habe ein bloß reduziertes Netzentgelt nicht als hinreichend betrachtet, sondern es für sachgerecht gehalten, die betroffenen Unternehmen bei Vorliegen der Voraussetzungen zunächst pauschal zu befreien. Der Verordnungsgeber halte sich im Rahmen des vorgegebenen Gestaltungsspielraums, wenn er die insgesamt netzstabilisierende Wirkung höher bewerte als die möglicherweise durch die Entnahme verursachten Netzkosten.
Auch nach Sinn und Zweck des § 24 S. 1 Nr. 3 EnWG ergebe sich kein Unterschied zwischen der Vereinbarung eines gegebenenfalls sehr geringen individuellen Netzentgelts und einer Befreiung. Der Gesetzgeber bezwecke mit seiner Ermächtigung in erster Linie, von den allgemeinen Entgelten abweichende Sondernetzentgelte unter einen Prüfungsvorbehalt zu stellen. Diese Prüfung durch die Regulierungsbehörde sei auch im Fall einer Befreiung vorgeschaltet, so dass die finanzielle Kompensation verschiedene Größenordnungen bis hin zu Null einnehmen könne.
Es sei auch nicht ersichtlich, dass sich der Gesetzgeber eine vollständige Befreiung habe vorbehalten wollen. Nur weil er im Fall des § 118 Abs. 6 EnWG neu errichtete Stromspeicheranlagen habe anreizen wollen und daher unmittelbar im Gesetz selbst von den Entgelten für den Netzzugang freigestellt habe, bedeute das noch nicht, dass dies für alle Fälle von Netzentgeltbefreiungen zwingend im EnWG selbst erfolgen müsse.
Darüber hinaus sei zu beachten, dass sich für die stromintensiven Betriebe im Ergebnis die in § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV als Befreiung bezeichnete Ermäßigung der Netzentgelte finanziell nicht als hundertprozentige Befreiung auswirke. Die Regelung bestehe im Ergebnis aus einer entlastenden wie auch belastenden Regelung: während die Kosten der Befreiung in der vor dem 04.08.2011 geltenden Fassung den allgemeinen Netznutzungsentgelten zugerechnet und somit auf das jeweilige Netzgebiet verteilt wurden, finde nun eine Umlageregelung Anwendung, die die Umlage auch zulasten der befreiten Unternehmen vorsehe. Daher handle es sich für die befreiten Unternehmen im Ergebnis weiterhin lediglich um eine im Vergleich zur alten Regelung nochmals erhöhte Reduzierung der Gesamtbelastung. Die Umlage sei so hoch, dass im Ergebnis auch die formell und nach der Begrifflichkeit des § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV befreiten Unternehmen an den Netzkosten beteiligt würden.
Die Befreiung verstoße auch nicht gegen das in § 21 Abs. 1 EnWG verankerte Gebot der Nichtdiskriminierung. Das Diskriminierungsverbot ziele ebenso wie die Richtlinie 2003/54/EG vom 26.06.2003 und die Richtlinie 2009/72/EG darauf ab, den Wettbewerb auf der dem Netzbetrieb vorgelagerten Stufe - der Stromerzeugung - und der nachgelagerten Stufe - dem Stromvertrieb - zu ermöglichen und zu gewährleisten. Die Schaffung von Wettbewerb auf dem Elektrizitätsmarkt sei das zentrale Anliegen des europäischen Gemeinschaftsgesetzgebers und ziehe sich wie ein roter Faden durch die maßgeblichen Richtlinien, deren Umsetzung das EnWG im Allgemeinen und § 21 EnWG im Besonderen diene. Die Zielrichtung spiegele sich im Wortlaut des Gesetzes wieder. Demgegenüber verbiete es weder das Gemeinschaftsrecht, noch das Diskriminierungsverbot des § 21 EnWG, in Fällen atypischer Netznutzung diese Netznutzer anders zu behandeln, als andere. Dass dies grundsätzlich zulässig und sogar gewollt sei, zeige die Vorschrift des § 24 S. 1 Nr. 3 EnWG, die in diesen Fällen individuelle Entgelte erlaube. Entscheidend sei, dass die vermeintliche Ungleichbehandlung der befreiten Letztverbraucher den Wettbewerb auf der vor- und nachgelagerten Ebene nicht gefährde. Es gehe auch nicht um eine Ungleichbehandlung von außerhalb des assoziierten Unternehmens stehenden Unternehmen. Ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot liege daher nicht vor.
Darüber hinaus handele es sich bei dem Befreiungstatbestand um eine diskriminierungsfreie Ausgestaltung. Die Ungleichbehandlung sei wegen der

Sondersituation dieser Netznutzer jedenfalls gerechtfertigt. Diese wiesen im Gegensatz zu den nicht befreiten Netznutzern ein besonderes Nutzungsverhalten auf. Es handle sich somit um Sonderformen der Netznutzung, die nach der Einschätzung des Gesetz- und des Verordnungsgebers einer Ungleichbehandlung bedürften.
Es sei auch eine angemessene Entgeltbildung gewährleistet. Der gemeinschaftsrechtlich vorgegebene und durch § 21 EnWG umgesetzte Grundsatz der Angemessenheit der Entgelte solle sicherstellen, dass der Marktzugang zum Erzeugungs- und Versorgungsmarkt nicht durch unangemessene Bedingungen für den Netzzugang behindert werde. Im Verhältnis zum Netzkunden bedeute dies, dass die Netzentgelte nicht so hoch sein dürften, dass sie den Zugang zum vorgelagerten Erzeugungs- und dem nachgelagerten Versorgungsmarkt ungerechtfertigt behindern. Davon könne trotz eines höheren zu entrichtenden Betrags für Netzentgelt und Umlage nicht ausgegangen werden. Der Kern des Erfordernisses der Angemessenheit der Entgelte sei der Grundsatz der Kostenorientierung, auf den sich der Netzbetreiber berufen könne. Europarechtlicher Kern dieses Grundsatzes sei es, den Netzbetreibern durch die Tarifgestaltung die notwendigen Netzinvestitionen zu ermöglichen und somit die Lebensfähigkeit der Netze zu gewährleisten. Dies setzte voraus, dass der regulatorische Rahmen eine Refinanzierung dieser Investitionen ermögliche. Dem trage die streitgegenständliche Umlage gerade Rechnung.
Sie - die Bundesnetzagentur - sei nach § 29 Abs. 1 EnWG i. V. m. § 30 Abs. 2 Nr. 6 StromNEV auch dazu ermächtigt gewesen, in Abweichung von § 17 Abs. 8 StromNEV Einzelheiten des durch § 19 Abs. 2 StromNEV i. V. m. § 9 KWKG vorgegebenen Umlagemechanismus zum Ausgleich von entgangenen Erlösen aufgrund von individuellen Netzentgelten nach § 19 Abs. 2 S.1 StromNEV und Befreiungen nach § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV festzulegen.
Die Festlegung gewährleiste angemessene und damit sachgerechte Entgelte für die Betreiber von Stromnetzen. Dieser müsse die Erlöse, die ihm aufgrund ermäßigter individueller Netzentgelte und Befreiungen entgehen, refinanzieren können. Dies gewährleiste die Festlegung, indem sie den in § 19 Abs. 2 StromNEV und § 9 KWKG vorgesehenen Wälzungs- und Umlagemechanismus zum Ausgleich der entgangenen Erlöse nachvollziehe und konkretisiere.
Eine Kompetenz zur Regelung der vorliegenden Materie ergebe sich auch mit Blick auf § 30 Abs. 1 Nr. 8 StromNEV. Nach dieser Vorschrift könne die Regulierungsbehörde sogar Festlegungen zur Höhe der sich aus dem Belastungsausgleich nach § 9 Abs. 7 KWKG ergebenden Zuschläge treffen. Andere Zuschläge seien bei Verordnungserlass namentlich nicht bekannt gewesen. Um den sich schnell wandelnden Bedürfnissen des komplexen Elektrizitätswirtschaftsbereichs gerecht zu werden, sei der Regulierungsbehörde nach § 30 Abs. 2 Nr. 6 StromNEV für weitere Entgelte in Abweichung zu § 17 Abs. 8 StromNEV eine entsprechende Kompetenz zur Entgeltfestlegung eingeräumt worden.
Sie sei auch deswegen nach § 30 Ab s. 2 Nr. 6 StromNEV zur Festlegung des Umlagemechanismus zum Ausgleich entgangener Erlöse nach § 19 Abs. 2 StromNEV ermächtigt, weil dieser Mechanismus in § 19 Abs. 2 StromNEV i. V. m. § 9 KWKG vorgesehen sei. Da der Verordnungsgeber in § 19 Abs. 2 S.7 HS.2 StromNEV auf den Wälzungsmechanismus in § 9 KWKG verwiesen habe, sei die Umlage bereits kraft Gesetzes zulässig.
Der Einwand, die Umlage sei kein Entgelt, weil sie nicht der Abgeltung einer Gegenleistung diene, greife nicht durch. Dieser Einwand verkenne, dass § 30 Abs. 2 Nr. 6 StromNEV die Regulierungsbehörde dazu ermächtige, Festlegungen zu treffen, die eine sachgerechte

Entgeltbildung ermöglichten. So könne die Regulierungsbehörde insbesondere Regelungen treffen, die in Abweichung von den Vorschriften der StromNEV die Sachgerechtigkeit der vorgesehenen Entgelte sicherstelle. Dies werde durch die Verordnungsbegründung bestätigt. Dort weise der Verordnungsgeber darauf hin, dass es nicht zielführend erscheine, sämtliche Regelungen, die für die Gewährleistung angemessener Entgelte erforderlich sind, in der Verordnung festzuschreiben. Daraus gehe gerade nicht hervor, dass die Regulierungsbehörde auf die Festlegung neuer Entgelte beschränkt sein solle. Vielmehr sei von einem Ermessen auszugehen, das sich vor allem an der Sachgerechtigkeit und Angemessenheit der Entgelte zu orientieren habe. Nach dem Willen des Verordnungsgebers solle die Regulierungsbehörde befugt sein, „die zur Gewährleistung angemessener Entgelte erforderlichen Entscheidungen" zu treffen. Um eine solche Entscheidung handele es sich bei der streitgegenständlichen Festlegung, so dass offen bleiben könne, ob die Umlage ein Entgelt, Preisbestandteil oder etwas gänzlich anderes sei.
Ungeachtet dessen lasse sich die Umlage aber auch unter den Begriff des Entgelts fassen. Sie sei jedenfalls kein Netzentgelt, sondern allenfalls ein anderes Entgelt und diene dem Ausgleich von Entlastungen besonderer Netzkunden nach § 19 Abs. 1 S. 1 und S. 2 StromNEV. Bei ihrer Einordnung als Entgelt sei insbesondere die Äquivalenz der Gegenleistung gewährleistet.
Eine Festlegung gemäß § 30 Abs. 2 Nr. 6, 17 Abs. 8 StromNEV müsse kein Netzentgelt i. S.v. § 1 StromNEV zum Gegenstand haben; es genüge ganz allgemein die Festlegung eines Entgelts oder sonstiger Entscheidungen zur Gewährleistung allgemeiner Entgelte. Selbst wenn der Senat nicht der Auffassung folgen wolle, dass die Regelungen von der Verordnungsermächtigung in § 24 S. 1 Nr. 3 EnWG gedeckt sind, führe dies nicht zur vollständigen Aufhebung des streitgegenständlichen Beschlusses. Gleiches gelte für den Fall, dass ihre Ermächtigung verneint würde, nach § 29 Abs. 1 EnWG, § 30 Abs. 2 Nr. 6 StromNEV einen Umlagemechanismus zum Ausgleich von entgangenen Erlösen aufgrund Befreiungen festzulegen. In beiden Konstellationen sei zu berücksichtigen, dass die Festlegung hinsichtlich ihres Regelungsgegenstands teilbar sei. Jedenfalls die Umlage entgangener Erlöse aus der Vereinbarung individueller Netzentgelte nach § 19 Abs. 2 S. 1 StromNEV sei rechtmäßig, denn die Regelung entspreche im Wesentlichen der vor der Verordnungsänderung geltenden Rechtslage.
Durch den Beschluss werde der Lastenausgleich für zwei verschiedene Regelungsinstrumente geregelt, denen gemeinsam sei, dass sie Sonderformen der Netznutzung betreffen. Im Übrigen aber seien die Regelungen zur Befreiung und zu den individuellen Netzentgelten selbstständig und voneinander getrennt zu betrachten. Insbesondere seien die Tatbestandsvoraussetzungen unterschiedlich, so dass ein untrennbarer innerer Zusammenhang bestehe. Auch für den Fall, dass ausschließlich Erlösausfälle aus dem Regime des § 19 Abs. 2 S. 1 StromNEV anfielen, bestünde weiterhin das Bedürfnis nach dem von § 19 Abs. 2 S. 7 StromNEV geforderten Ausgleich. Die angefochtene Festlegung sei daher allenfalls teilweise aufzuheben.
Mit Schriftsatz vom 31.05.2013 rügt sie erstmals die Beschwerdebefugnis der Beschwerdeführerin. Der Vortrag der Beschwerdeführerin lasse eine materielle Beschwer im konkreten Fall nicht erkennen. Erforderlich sei eine unmittelbare und individuelle Betroffenheit in ihren wirtschaftlichen Interessen. Die tatsächlichen Folgen für die Vertriebsunternehmen, die nicht Adressaten der streitgegenständlichen Festlegung seien, seien allenfalls mittelbarer Natur.
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die zwischen den

Beteiligten gewechselten Schriftsätze mit Anlagen, den beigezogenen Verwaltungsvorgang und das Protokoll der Senatssitzung Bezug genommen.
B. Die zulässige Beschwerde der Beschwerdeführerin hat aus den mit den Beteiligten in der Senatssitzung erörterten Gründen in der Sache Erfolg; sie führt zur Aufhebung der angegriffenen Festlegung, weil diese der Umsetzung der mit Wirkung zum 04.08.2011 in Kraft getretenen Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV dient, die indessen nichtig ist.
Die Beschwerde ist zulässig.
Die Beschwerdeführerin ist gemäß § 75 Abs. 2 i. V. m. § 66 Abs. 2 Nr. 3 EnWG beschwerdebefugt. Danach steht die Beschwerde den am Verfahren vor der Regulierungsbehörde Beteiligten zu. Die Beschwerdeführerin war als Beigeladene am Verwaltungsverfahren förmlich beteiligt worden.
Sie ist darüber hinaus auch materiell beschwert. Eine materielle Beschwer liegt dann vor, wenn der Beschwerdeführer durch die angefochtene Entscheidung der Regulierungsbehörde in seinen wirtschaftlichen Interessen unmittelbar und individuell betroffen ist (BGH, Beschluss vom 27.09.2007, KVR 25/06, Rdnr.14 - Anteilsveräußerung). Diese Voraussetzungen liegen im Streitfall vor. Einer Betroffenheit in subjektiven Rechten bedarf es im Falle einer zum Verwaltungsverfahren Beigeladenen an sich nicht (BGH, a. a. O., Rdnr 24; BGH Beschluss vom 05.10.2010, EnVR 52/09, Rdnr. 14 - GABi Gas), gleichwohl liegt auch eine solche vor. Die Beschwerdeführerin ist zwar nicht unmittelbare Adressatin der Festlegung. Diese sieht jedoch in Tenorziffer 3 vor, dass die Netzbetreiber verpflichtet sind, die Umlage von allen Letztverbrauchern bzw. Lieferanten zu erheben. Damit bezieht die Festlegung auch die Lieferanten in den in der Festlegung näher ausgestalteten Umlagemechanismus mit ein, so dass sie von den in der Festlegung verbindlich vorgesehenen Zahlungspflichten nicht nur unmittelbar in ihren wirtschaftlichen, sondern darüber hinausgehend in ihrem Rechtskreis betroffen werden. Die Festlegung greift auch unmittelbar regelnd in den Rechtskreis der Beschwerdeführerin ein. Anders als in dem der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 05.10.2010 (EnVR 52/09) zugrunde liegenden Sachverhalt bedarf es nicht erst einer privatrechtlichen Umsetzung durch einen der Adressaten, damit die Festlegung Auswirkungen auf die Beschwerdeführerin hat. Die Auswirkungen folgen vielmehr unmittelbar aus dem in der Festlegung näher ausgestalteten Umlagemechanismus selbst. Dass die Lieferanten die Umlage an ihre Kunden, die Letztverbraucher, weiterreichen können, rechtfertigt keine andere Bewertung. Insoweit handelt es sich um einen rein wirtschaftlichen Entlastungseffekt, der an der unmittelbar aus der Festlegung folgenden rechtlichen Zahlungsverpflichtung nichts ändert. Zudem ist die Beschwerdeführerin als Stromlieferantin nach § 40 Abs. 2 Nr. 7 EnWG verpflichtet, in ihren Rechnungen für Energielieferungen an Letztverbraucher, die Belastung aus den Netzentgelten, und damit auch die Umlage, auszuweisen. Wie die Bundesnetzagentur in dem Beiladungsbeschluss selbst ausführt, hat die Festlegung der § 19 StromNEV-Umlage damit unmittelbar Auswirkungen auf die Rechnungsstellung des Stromlieferanten und kann zu Mehrbelastungen führen. Hinzu kommt, dass die zusätzliche Erhebung bzw. Weiterwälzung der Umlage auch zu einer höheren Zahlungsverpflichtung bei den Letztverbrauchern führt. In Anlehnung an § 5 Abs. 2 StromGVV erfordern Preisanpassungen sowie Änderungen der Allgemeinen Vertragsbedingungen von Lieferanten aber regelmäßig eine mindestens sechs Wochen vorher erfolgende Mitteilung. Die streitgegenständliche Festlegung ist jedoch erst am 14.12.2011 ergangen. Zu diesem Zeitpunkt war es den Lieferanten bereits unmöglich, die § 19 StromNEV-Umlage fristgerecht zum Inkrafttreten der § 19 StromNEV-Umlage am 01.01.2012 an Letztverbraucher weiterzugeben. Auch insoweit handelt es sich um eine unmittelbar

rechtliche und nicht nur eine Betroffenheit in wirtschaftlichen Interessen.
Die angegriffene Festlegung ist schon deshalb rechtswidrig, weil die zugrundeliegende Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV nichtig ist. Die Änderung hält sich nicht in den von der Ermächtigungsgrundlage gesetzten Grenzen und ist auch mit höherrangigem Recht nicht vereinbar. Dies hat der Senat am 06.03.2013 in mehreren Verfahren entschieden (vgl. ausführlich dazu die Beschlüsse vom 06.03.2013, IV-3 Kart 14/12 (V), IV-3 Kart 43/12 (V), IV-3 Kart 49/12 (V), IV-3 Kart 57/12 (V), IV-3 Kart 65/12 (V)). Ob die Änderung darüber hinaus auch eine rechtswidrige staatliche Beihilfe i. S. d. Art. 107 AEUV darstellt, kann angesichts dessen für den Senat offen bleiben.
1. Der Senat ist zur umfassenden Prüfung der Neuregelung des § 19 Abs. 2 StromNEV und auch zur Feststellung ihrer Nichtigkeit befugt. Aus dem Umstand, dass die Änderung auf einem förmlichen Gesetz - dem am 04.08.2011 in Kraft getretenen Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften - beruht, folgt nicht, dass nur das Bundesverfassungsgericht ihre Nichtigkeit gem. Art. 100 GG feststellen kann. § 19 Abs. 2 StromNEV ist als im parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren geschaffenes Verordnungsrecht zu beurteilen, das von jedem damit befassten Gericht überprüft werden kann. Daraus folgt aber auch, dass der Gesetzgeber bei seiner Änderung an das Verfahren nach Art. 76 ff. GG und an die Grenzen der Ermächtigungsgrundlage gebunden war.
1.1. Der Änderung einer geltenden Verordnung durch ein Parlamentsgesetz steht es nicht schon entgegen, dass der Gesetzgeber die Regelungsbefugnis der Exekutive übertragen hat. Für den parlamentarischen Gesetzgeber besteht - wie die Staatspraxis zeigt - häufig ein Bedürfnis, bei einer Änderung komplexer Regelungsgefüge, in denen förmliches Gesetzesrecht und auf ihm beruhendes Verordnungsrecht ineinander verschränkt sind, auch das Verordnungsrecht anzupassen. Zudem gehört es zur Gestaltungsfreiheit des Parlaments, sein Änderungsvorhaben umfassend selbst zu verwirklichen, ohne dass es die durch die Verordnung geregelten Gegenstände zuvor wieder in förmliches Gesetzesrecht übernehmen müsste. Letzterem stünde es insbesondere entgegen, dass künftige Änderungen durch die Exekutive und damit die für die Zukunft notwendige Flexibilität ausgeschlossen wären (BVerfGE 114, 196 ff. „Beitragssicherungsgesetz", Rdnr. 193 ff.).
1.2. Ändert das Parlament eine bestehende Rechtsverordnung oder fügt es in diese neue Regelungen ein, so ist das dadurch entstehende Normgebilde aus Gründen der Normenklarheit insgesamt als Rechtsverordnung zu qualifizieren. Zur Normenklarheit gehört auch Normenwahrheit, so dass Überschrift und Einleitung eines Regelungswerks auch nach u.U. zahlreichen Änderungen noch halten müssen, was sie versprechen (BVerfG, a. a. O., Rdnr. 198 ff., 202). Auch die Rechtsmittelklarheit verbietet es, bei der parlamentarischen und exekutiven Rechtsetzung beide Rechtsformen so zu vermischen, dass eine klare Zuordnung nicht mehr möglich ist. Der Adressat einer Regelung muss mit Blick auf das Prinzip der Rechtsmittelklarheit erkennen können, ob er es mit einer - auf gesetzlicher Ermächtigung beruhenden - Verordnungsregelung oder mit einem förmlichen Gesetz zu tun hat. Entscheidet sich der Gesetzgeber dafür, eine bestehende Verordnung zu ändern, kann der geänderten Verordnung aus verfassungsrechtlichen Gründen daher nur ein einheitlicher Rang, der der Verordnung, zukommen.
1.3. Mit Blick auf den Grundsatz der Formenstrenge der Rechtsetzung und das Prinzip der Rechtssicherheit ist eine Verordnungsänderung durch den Gesetzgeber allerdings nur unter folgenden Voraussetzungen möglich:
1.3.1. Die Änderung einer Verordnung durch den parlamentarischen Gesetzgeber kann nicht losgelöst und damit unabhängig von sonstigen gesetzgeberischen Maßnahmen erfolgen, sondern nur im Rahmen der Änderung eines Sachbereichs (BVerfGE, a. a. O.,

Rdnr. 207). Dabei sind Änderungen von Rechtsverordnungen auf das Ausmaß zu beschränken, das unmittelbar durch die Änderungen im Gesetzesrecht veranlasst ist. (BVerfGE, a. a. O.; BVerwG, Urteil vom 20.03.2008, 2 C 50/07; Bundesministerium der Justiz: Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. A., Rdnr. 691).
1.3.2. Der Gesetzgeber ist an das Verfahren nach Art. 76 ff. GG und insbesondere an die Grenzen der Ermächtigungsgrundlage (Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG) gebunden.
1.3.3. Die Zustimmungsbedürftigkeit eines Gesetzes, durch welches eine Verordnung geändert wird, beurteilt sich am Maßstab der für förmliche Gesetze geltenden Normen und nicht nach Art. 80 Abs. 2 GG (BVerfGE, a. a. O., Rdnr. 210 f.).
2. Nach diesen Maßstäben ist die Verordnungsänderung, die der Gesetzgeber mit Wirkung zum 04.08.2011 vorgenommen hat, nicht verfassungsgemäß und daher nichtig.
2.1. Der Gesetzgeber, der die Änderung der Verordnung erlassen hat, hat zwar das Verfahren nach Art. 76 ff. GG für das Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften und die Änderung der Verordnung eingehalten. Das Gesetz, in das der maßgebliche Art. 7 mit der Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV im Gesetzgebungsverfahren eingefügt worden ist, ist durch Beschluss des Bundestags vom 30.06.2011 angenommen worden (BT-Drs. 395/11 vom 01.07.2011); der Bundesrat hat am 08.07.2011 beschlossen, einen Antrag nach Art. 77 Abs. 2 GG nicht zu stellen.
Jedoch fehlt es an dem erforderlichen sachlichen Zusammenhang der Änderung der Verordnung mit weiteren gesetzgeberischen Maßnahmen. So ist nicht ersichtlich, dass das eigentliche Gesetzesvorhaben des Gesetzgebers - das Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften - auch die Anpassung der Stromnetzentgeltverordnung und damit die Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV erforderlich gemacht hätte.
Das Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften hat vornehmlich nur die Richtlinien 2009/72/EG und 2009/73/EG umgesetzt. Es werden insbesondere die Entflechtungsregeln für die Transportnetze geändert, um die Netzgesellschaft im Konzern zu stärken; des Weiteren soll eine koordinierte, gemeinsame Netzausbauplanung aller Übertragungs- bzw. Fernleitungsnetzbetreiber gewährleistet werden. Daneben werden die Rechte der Verbraucher durch kurze Fristen beim Lieferantenwechsel und klare Regelungen zu Verträgen und Rechnungen sowie für mehr Transparenz verbessert und eine unabhängige Schlichtungsstelle eingerichtet. Schließlich wird durch die Regeln zur Einführung sog. „intelligenter Messsysteme" der Grundstein für eine aktivere Teilnahme des Endverbrauchers am Energiemarkt unter Wahrung seiner Persönlichkeitsrechte geschaffen.
Die Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV steht damit nur insoweit in einem sachlichen Zusammenhang, als es sich auch um eine energiewirtschaftsrechtliche Vorschrift handelt. Die Änderung war im Regierungsentwurf noch nicht einmal vorgesehen, sondern - beruhend auf einer Forderung der „Wirtschaftsvereinigung Metalle" - erstmals in der Beschlussempfehlung und dem Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie vom 29.06.2011 (BT-Drs. 17/6365, S. 14, 20) enthalten. Den insoweit geänderten Gesetzesentwurf hat der Bundestag sodann in seiner Sitzung vom 30.06.2011 angenommen (BR-Drs. 395/11 vom 01.07.2011). Von daher wird auch kritisiert, es handele sich bei der Änderung um eine zusammenhangslos eingebrachte „Mitternachtsregelung".
Dass die Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV erforderlich ist, um „die gebotene Harmonie mit dem Muttergesetz herzustellen" (Schneider, Gesetzgebung, 2. A., Rdnr. 663 f.), ist weder ersichtlich noch dargetan. Der notwendige Zusammenhang zwischen der Befreiung stromintensiver Netzkunden und den in diesem Gesetz vornehmlich geregelten Materien

ist nicht gegeben, die Änderung ist auch nicht als Folgeänderung zu einer der im Kern geregelten Materien ausgewiesen. Die Umsetzung der EG-Richtlinien steht mit der beabsichtigten Befreiung industrieller Großabnehmer in keinerlei Zusammenhang. In der Begründung zu der konkreten Gesetzesänderung findet sich - anders als in einem solchen Fall üblich - daher auch nicht die Erläuterung „redaktionelle Änderung" oder „Folgeänderung zu …", um den Zusammenhang klarzustellen.
2.2. Darüber hinaus hat der Gesetzgeber mit der Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV auch die Grenzen der - auf den Verordnungsgeber delegierten - Verordnungsermächtigung überschritten. Die (vollständige) Befreiung von den Netzentgelten hält sich nicht in den Grenzen der Ermächtigungsgrundlage (Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG).
2.2.1. Während der Gesetzgeber grundsätzlich einen weiten Spielraum für seine Gestaltung besitzt und dabei auch Gleich- und Ungleichstellungen anordnen kann, wenn sie sachgerecht sind, ist der Verordnungsgeber enger gebunden, denn er kann verfassungsrechtlich einen Gestaltungsfreiraum nur innerhalb der durch Art. 80 Abs. 1 GG gezogenen Grenzen haben. Es ist ihm daher verwehrt, Regelungen zu erlassen, die die Grenzen und inhaltlichen Vorgaben der Ermächtigung missachten und in der Sache auf eine Korrektur der Entscheidung des Gesetzgebers hinauslaufen würden. In den engen Grenzen des ihm danach zustehenden Ermessens hat er sich von sachfremdem Erwägungen freizuhalten (BVerfGE 42, 374 (387 f.); 16, 332 (338 f.); 13, 248, (255 f.)). Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung müssen nach Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG in dem ermächtigenden Gesetz bestimmt werden, um die Macht der Exekutive im Bereich der Rechtsetzung zu begrenzen sowie die parlamentarische Steuerung der exekutiven Verordnungsgebung - und damit zugleich die Verantwortung der Legislative für den Inhalt der Rechtsverordnung - zu stärken (Sannwald in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, 12. A., 2011, Rdnr. 59 zu Art. 80).
2.2.2. Mit der Regelung, dass stromintensive Letztverbraucher beim Vorliegen der Schwellenwerte des § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV vollständig von den Netzentgelten befreit werden können, sind die Grenzen der Verordnungsermächtigung überschritten. Nach dem Wortlaut, der Systematik, dem Sinn und Zweck sowie der Entstehungsgeschichte der Ermächtigungsnorm ist der Verordnungsgeber nur ermächtigt, in der Stromnetzentgeltverordnung neben der Methodik zur Bestimmung der Entgelte Regelungen hinsichtlich der Genehmigung (oder Untersagung) individueller Netznutzungsentgelte zu treffen.
2.2.2.1. § 24 Satz 1 Nr. 1 EnWG ermächtigt zur Bedingungs- und Methodenregulierung im Verordnungswege. Durch Verordnung können die Bedingungen für den Netzzugang einschließlich der Beschaffung und Erbringung von Ausgleichsleistungen, die Methoden zur Bestimmung dieser Bedingungen sowie die Methoden zur Bestimmung der Entgelte festgelegt werden. Ergänzend sieht § 24 Satz 1 Nr. 3 EnWG - klarstellend - vor, dass dabei auch im Einzelnen geregelt werden kann, in welchen Fällen und unter welchen Voraussetzungen die Regulierungsbehörde im Einzelfall individuelle Entgelte für den Netzzugang genehmigen oder untersagen kann.
Schon nach dem Wortlaut der Ermächtigungsnorm erfasst die Regelungsbefugnis nicht das „ob", sondern nur die Bestimmungen zur Ermittlung der Höhe der Entgelte. Die Ermächtigung, die Methoden zur Bestimmung der Entgelte für die Netznutzung festzulegen und dabei auch die Voraussetzungen für die Entgelte in Sonderfällen individueller Formen der Netznutzung zu bestimmen, gibt vor, dass für die Netznutzung grundsätzlich ein Entgelt, also eine geldwerte Gegenleistung zu erbringen ist. Mit der Entrichtung des Netzentgelts wird - so auch § 3 Abs. 2 StromNEV - die Nutzung der Netz-

oder Umspannebene des Netzbetreibers und aller vorgelagerten Netz- und Umspannebenen abgegolten.
Auch aus der Systematik und dem Sinn und Zweck der Ermächtigung sowie der Entstehungsgeschichte folgt nichts anderes. Die Methode zur Bestimmung der Entgelte soll die Vorgaben des § 21 Abs. 1 und Abs. 2 EnWG umsetzen, wonach die Bedingungen und Entgelte für den Netzzugang insbesondere angemessen, diskriminierungsfrei und transparent sein müssen. Inhaltlich soll der Verordnungsgeber damit nur ermächtigt werden, die Methode für die Bestimmung solcher - angemessenen, diskriminierungsfreien und transparenten - Netzentgelte, ihre Ausgestaltung und Ermittlung näher festzulegen, also zu konkretisieren, auf welche Art und Weise die Netzzugangsentgelte ermittelt werden sollen. Dabei hat die Methode die Ausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung sicherzustellen, weil die daraus abzuleitenden Netzentgelte nur so den materiellen Vorgaben des § 21 EnWG genügen können.
Dieses Verständnis wird auch durch die Regelung des § 118 Abs. 6 EnWG gestützt. Mit dieser durch das Gesetz zur Beschleunigung des Hochspannungsausbaus vom 21.08.2009 nachträglich eingefügten Privilegierung hat der Gesetzgeber neu errichtete Stromspeicheranlagen von den Entgelten für den Netzzugang auf Gesetzesebene befristet freigestellt (BT-Drs. 16/12898, S. 20).
2.2.2.2. Bei der in der Neuregelung des § 19 Abs. 2 StromNEV vorgesehenen Befreiung handelt es sich nicht um ein individuelles Netzentgelt (ebenso: Missling, IR 2012, 206; Ernst/Koenig, EnWZ 2012, 51, 55). Der befreite Netznutzer entrichtet keine Gegenleistung. Die Befreiung stellt daher keine von der grundsätzlichen Methodik abweichende Entgeltbildung, sondern eine generelle und vollständige Ausnahme von der zugrunde liegenden Entgeltpflicht dar. Bei ihr handelt es sich um eine Privilegierung und damit ein aliud zu der Entgeltbildung, denn mit der Methode der zu bildenden Entgelte hat sie nichts zu tun. Dass der Verordnungsgeber auch ermächtigt werden sollte, solche Befreiungen und damit Ausnahmen von der Entgeltpflicht vorsehen zu können, ist nicht ersichtlich. Vielmehr spricht die Klarstellung in § 24 Satz 1 Nr. 3 EnWG, dass auch individuelle Netzentgelte erfasst sein sollen, gerade dafür, dass der Gesetzgeber sich die (wirtschaftspolitische) Entscheidung darüber, ob und unter welchen Voraussetzungen eine vollständige Befreiung möglich sein soll, vorbehalten wollte.
Aus dem Umstand, dass die Sätze 6 und 7 der Neuregelung eine Kompensation für die von diesen befreiten Netznutzern nicht zu erhebenden Entgelte vorsehen, indem diese Ausfälle bundesweit durch die Letztverbraucher ausgeglichen werden, kann entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur nichts anderes folgen (so aber: OLG Jena, Beschluss vom 23.04.2012, 2 Kart 1/12; kritisch dazu Missling IR 2012, 206; Ernst/Koenig, EnWZ 2012, 51, 55). Zum einen ist auf den befreiten Netznutzer abzustellen, der kein Entgelt für den Netzzugang zu entrichten hat. Zum anderen würde eine etwaige Umlage entsprechend § 9 KWKG, durch welche allen Letztverbrauchern die durch die Befreiungen und individuellen Netzentgelte zu tragenden Entgeltausfälle auferlegt werden, gerade keine Gegenleistung und damit kein Entgelt für ihre Netznutzung darstellen, sondern nur ihre Beteiligung an den Kosten der Befreiung und Entgeltermäßigung Einzelner. Sie soll nach Maßgabe der angegriffenen Festlegung neben und damit zusätzlich zu den Netzzugangsentgelten erhoben werden. Insofern kann es dahinstehen, ob der Ausgleich der Erlösausfälle nach dem Willen des Gesetzgebers auf den horizontalen Ausgleich auf der Ebene der Übertragungsnetzbetreiber beschränkt sein sollte, oder im Anschluss daran - wie die Bundesnetzagentur meint - eine vertikale Rückbelastung der nachgelagerten Netzbetreiber und die Umlage der Kosten auf den Letztverbraucher entsprechend § 9 Abs.

4 ff. KWKG erfolgen sollte. Selbst wenn letzteres mit der Regelung bezweckt gewesen sein sollte, um den vier Übertragungsnetzbetreibern nicht die Last der Vorfinanzierung aufzuerlegen, führt dies im Ergebnis zu keiner anderen Beurteilung. Auch insoweit wäre der Rahmen der Ermächtigung überschritten, denn bei der Umlage handelt es sich um eine bundesweite Kompensationsleistung, die der Netzbetreiber von dem Netznutzer neben den Entgelten für das von ihm genutzte Netz erheben soll. Dass der Verordnungsgeber so weitgehend legitimiert worden ist, er also befugt sein soll, im Rahmen der Verordnung zur Bestimmung der Entgelte auch zusätzliche Kompensationsleistungen zu kreieren, ist jedoch ebenso wenig ersichtlich.
2.2.3. Darüber hinaus verstößt die Befreiungsregelung gegen die Entgeltgrundsätze des § 21 Abs. 1 EnWG und damit auch gegen das Diskriminierungsverbot der Richtlinie 2009/72/EG.
2.2.3.1. Mit der Methode zur Bestimmung der Entgelte sollen die Vorgaben des § 21 Abs. 1 und Abs. 2 EnWG umgesetzt werden. Danach müssen Bedingungen und Entgelte für den Netzzugang insbesondere angemessen, diskriminierungsfrei und transparent sein. Diese Vorgaben hat der Verordnungsgeber bei seiner konkretisierenden Ausgestaltung der entgelt- und erlösobergrenzenbezogenen Verordnungen grundsätzlich zu beachten (BGH, Kartellsenat, Beschluss vom 28.06.2011, EnVR 34/10, Rdnr. 10). Die Vorgaben für die Beschaffenheit der Entgelte stecken zugleich den Rahmen für die Methode der Entgeltberechnung und davon abweichende Regelungen für die Bestimmung der Entgelte einer individuellen Netznutzung ab. In diesem Rahmen muss sich daher nicht nur die Methode zur Bestimmung der Entgelte, sondern müssen sich spiegelbildlich auch die Bedingungen für davon abweichende individuelle Netzentgelte bewegen.
2.2.3.2. Nach Art. 32 Abs. 1 der Richtlinie 2009/72/EG - entspricht Art. 20 Abs. 1 EltRL (2003/54/EG) - haben die Mitgliedstaaten die Einführung eines Systems für den Zugang Dritter zu den Übertragungs- und Verteilnetzen auf der Grundlage veröffentlichter Tarife zu gewährleisten: die Zugangsregelung hat für alle zugelassenen Kunden zu gelten und soll nach objektiven Kriterien und ohne Diskriminierung zwischen den Netzbenutzern angewandt werden. Auch Erwägungsgrund 32 der Richtlinie sieht vor, dass sicherzustellen ist, dass die Tarife für den Netzzugang transparent und nichtdiskriminierend sind; sie sollen auf nichtdiskriminierende Weise für alle Netznutzer gelten. Danach kann entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur kein Zweifel daran bestehen, dass das Diskriminierungsverbot dem unmittelbaren Schutz des Netznutzers vor einer - sachlich nicht gerechtfertigten - Ungleichbehandlung dient.
Das - die Vorgaben der Richtlinie 2003/54/EG umsetzende - horizontale Diskriminierungsverbot des § 21 Abs. 1 EnWG verpflichtet den Netzbetreiber in gleicher Weise, alle externen Netznutzer gleich zu behandeln, ihnen also gleiche Bedingungen der Netznutzung einzuräumen.
Da das Diskriminierungsverbot eine Ausprägung des allgemeinen Gleichheitssatzes ist, finden auch die insoweit entwickelten Grundsätze Anwendung. Danach hat der Gesetzgeber - wie auch der Verordnungsgeber - wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln. Dabei bedürfen Differenzierungen stets der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind. Der Gleichheitssatz ist dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten oder -betroffenen im Vergleich zu einer anderen anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die unterschiedliche Behandlung rechtfertigen können (vgl. nur: BVerfG, Beschluss vom 16.07.2012, 1 BvR 2983/19, Rdnr. 43 m. w. N., zitiert

nach juris). Von einem selbst gesetzten Regelsystem darf der Gesetzgeber grundsätzlich abweichen, wenn das mit Blick auf Art. 3 Abs. 1 GG sachgerecht ist. Die Gründe für eine Durchbrechung des einmal gewählten Ordnungsprinzips müssen, um überzeugend zu sein, zureichend sachlich begründet sein und in ihrem Gewicht der Intensität der Abweichung von der zugrunde gelegten Ordnung entsprechen.
2.2.3.3. Das Gebot angemessener Entgelte betrifft die Entgelthöhe, also den zu zahlenden Gegenwert für den gewährten Netzzugang (Groebel in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2. A., Rdnr. 53 zu § 21).
2.2.3.4. Die Befreiung stromintensiver Netznutzer von den Netznutzungsentgelten verstößt gegen diese Entgeltgrundsätze, mit denen nicht nur die Methode der Entgeltbestimmung, sondern auch etwaige Ausnahmen davon im Einklang stehen müssen. Netzentgelte sind grundsätzlich kostenbezogen zu berechnen, so dass auch Preisdifferenzierungen unterschiedliche Zugangskosten widerspiegeln und zu angemessenen Entgelten für alle Netznutzer führen müssen.
Die in der StromNEV gefundene Methode der Entgeltbildung stellt auf bestimmte Preisfindungsgrundsätze und dabei auf statistische Annahmen ab, um die Kosten des Netzes auf die Netzkunden möglichst verursachungsgerecht zu verteilen. Dabei sind Pauschalisierungen und Typisierungen notwendig. Mit den Sonderformen der Netznutzung in § 19 StromNEV trägt der Verordnungsgeber - legitimiert durch § 24 Satz 1 Nr. 3 EnWG - dem Umstand Rechnung, dass die Lastverläufe oder die Leistungsaufnahme einzelner Netznutzer von diesen Grundsätzen abweichen, so dass die den Preisfindungsgrundsätzen zugrunde liegenden Annahmen nicht zutreffen und daher für sie nicht zu angemessenen Entgelten führen. Daher stellt ein kostensenkendes oder kostenminderndes Nutzungsverhalten, das eine entsprechende Kostensenkung oder -vermeidung zur Folge hat, einen sachlich gerechtfertigten Grund für ein Abweichen von den geltenden Preisfindungsgrundsätzen dar.
Für die übrigen Netznutzer hat die entsprechende Netzentgeltminderung, das individuelle Netzentgelt, jedoch zwangsläufig zur Folge, dass sich ihr Entgelt im Umfang der Kostensenkung oder -minderung entsprechend erhöht. Daher wird die Vorgabe diskriminierungsfreier, angemessener und transparenter Netznutzungsentgelte durch ein individuelles Netznutzungsentgelt nur beachtet, wenn sich der Maßstab der Entgeltminderung auf der einen Seite an dem tatsächlichen Umfang der Kostensenkung oder -Minderung orientiert, denn auf der anderen Seite werden die übrigen Netznutzer im Umfang der Entgeltminderung zusätzlich belastet. Dem besonderen Nutzungsverhalten des einzelnen Netzkunden wird durch ein individuell bestimmtes Nutzungsentgelt daher nur dann angemessen Rechnung getragen, wenn der Grad der Entlastung des Netzes, der durch das abweichende Nutzungsverhalten des Netzkunden im Einzelfall bewirkt wird, Maßstab der möglichen Entgeltminderung ist (BGH, Kartellsenat, Beschluss vom 09.10.2012, EnVR 47/11 - „Pumpspeicherkraftwerke II", Rdnr. 10 f.). Nur auf diese Weise sind auch die zu ermittelnden Entgelte in ihrer Gesamtheit angemessen und diskriminierungsfrei. Im Einklang damit sah § 19 Abs. 2 Satz 3 StromNEV a. F. vor, dass das individuelle Netzentgelt den Beitrag des Letztverbrauchers zu einer Senkung oder zu einer Vermeidung der Erhöhung der Netzkosten dieser und aller vorgelagerten Netz- und Umspannebenen widerzuspiegeln hat.
Das besondere Nutzungsverhalten der Gruppe der stromintensiven Netznutzer kann ihre Befreiung von den Netzentgelten nicht rechtfertigen, sondern allenfalls eine entsprechende Reduktion. Nach der Zielsetzung des Gesetzgebers sollen stromintensive Unternehmen mit einer derart hohen Bandlast von den Netzentgelten befreit werden, weil sie aufgrund ihrer

Bandlast netzstabilisierend wirken (BT-Drs. 17/6365, S. 34). Die vom Gesetzgeber angeführte Netzstabilität, die durch ein bestimmtes Nutzungsverhalten herbeigeführt wird, mag grundsätzlich ein zulässiges Differenzierungskriterium bei der Entgeltbildung darstellen, weil ein solches Nutzungsverhalten die Kosten des Netzes und damit auch die Entgelte der übrigen Netznutzer mindern oder senken kann. Netzstabilisierende Wirkung kann insbesondere die Verlagerung des überwiegenden Teils des Strombezugs in die Schwachlastzeit haben. Da sich die Dimensionierung des Netzes an der zu erwartenden Spitzenlast auszurichten hat, dient ein solches Nutzungsverhalten v.a. der großen stromintensiven Letztverbraucher der Netzökonomie (BGH, a. a. O.). Dementsprechend kann der Verordnungsgeber dieses nur mit einer entsprechenden - verhältnismäßigen - Reduzierung, nicht aber mit einer völligen Befreiung von den Netzentgelten honorieren, die sich von jeglicher Kostenverursachungsgerechtigkeit löst. Eine Befreiung und damit eine Reduzierung bis auf Null ist schon deshalb ausgeschlossen, weil das abweichende Nutzungsverhalten auf das Leistungselement der Netzkosten beschränkt ist, es also nur zu einer Reduzierung des Leistungs- und nicht auch des Arbeitspreises führen kann (BGH, a. a. O.).
Das Anknüpfungsmerkmal der stromintensiven Netznutzung und die zugrunde gelegten Schwellenwerte sprechen ungeachtet dessen gegen eine unentgeltliche Netznutzung. Von der Befreiung sollen stromintensive Netznutzer erfasst werden, die 7.000 Benutzungsstunden/p.a. erreichen und einen Stromverbrauch von 10 GWh aufweisen. Da diese intensive Nutzung impliziert, dass sie das Netz jedenfalls auch zeitgleich mit den übrigen Netznutzern nutzen müssen, kann es nicht sachgerecht sein, sie - wie der Gesetzgeber meint - allein mit Blick auf die Bandlast, also den Umstand, dass sie kontinuierlich Strom verbrauchen und damit das Netz nutzen, von den Kosten der Netznutzung freizustellen. Ob es bei diesem Nutzungsverhalten auch zu einer erheblichen Abweichung des individuellen Höchstlastbeitrags von der zeitgleichen Jahreshöchstlast kommen kann, wie der Verordnungsgeber bei dem Regelbeispiel des § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV a. F. unterstellt hatte, kann offen bleiben (zweifelhaft insoweit: Britz/Herrmann, IR 2005, 98 ff.). Eine solche netzstabilisierende Wirkung kann - wie ausgeführt - nur zu einer verhältnismäßigen Reduzierung, nicht aber zu einer vollständigen Befreiung von den Netzkosten führen. Eine vollständige Befreiung lässt sich gerade bei den gewählten Schwellenwerten nicht mit dem System und der gewählten Methode der Entgeltbestimmung vereinbaren. Sie ist nicht sachgerecht und systemwidrig, weil sie impliziert, dass durch diese intensive Netznutzung keine Netzkosten verursacht würden.
Die an die Befreiung geknüpften Schwellenwerte sprechen vielmehr dafür, dass der Gesetzgeber - ähnlich wie in den Regelungen des § 9 Abs. 7 KWKG und des § 41 EEG - die Unternehmen der Papier-, der Zement-, der Metall erzeugenden und der chemischen Industrie durch eine Härtefallregelung privilegieren wollte, um sie vor einer strompreisbedingten Abwanderung in das Ausland zu bewahren (s.a. Begründung zu § 9 Abs. 7 KWKG in BT-Drs. 14/7024, S. 14).
Eine derartige Privilegierung aus wirtschaftspolitischen Gründen ist indessen von der Verordnungsermächtigung, die allein die Bestimmung der Entgelte, also das „wie" betrifft, nicht erfasst.
2.3. Die Nichtigkeit der Verordnungsänderung erfasst diese in vollem Umfang und hat daher zur Folge, dass die Festlegung, die den in der Änderung vorgesehenen Ausgleichsmechanismus weiter umsetzen soll, ebenfalls vollumfänglich aufzuheben ist. Eine Teilnichtigkeit der Verordnungsänderung mit einer „geltungserhaltenden" Reduktion im Übrigen, also beschränkt auf den bundesweiten Ausgleich der Erlösausfälle durch

individuelle Netzentgelte nach § 19 Abs. 2 Satz 1 StromNEV, kommt nicht in Betracht. Nach den in § 139 BGB und § 44 Abs. 4 VwVfG niedergelegten Rechtsgrundsätzen kann ein Rechtsakt nur (dann) teilweise unwirksam sein, wenn die Unwirksamkeitsgründe einen abgrenzbaren Teil erfassen und zudem feststeht, dass der übrige Rechtsakt gegebenenfalls auch ohne diesen Teil erlassen worden wäre (BVerwG, Beschluss vom 11.07. 2002, 3 B 84.02, Rdnr. 3, zitiert nach juris).
Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Der - bundesweite - Ausgleich der Erlösausfälle, die durch Befreiung und individuelle Netzentgelte dem Netzbetreiber entstehen, stellt keinen eigenen abgrenzbaren Teil der Änderung dar, der auch ohne die Befreiung stromintensiver Netznutzer geregelt worden wäre. Die Änderung zielte ganz ersichtlich darauf ab, stromintensive Netznutzer künftig nicht nur in den Genuss eines individuellen Netzentgelts kommen zu lassen, sondern ihnen die Möglichkeit einer weitergehenden Privilegierung, die vollständige Befreiung von den Netzentgelten, einzuräumen. Mit Blick darauf, dass es unbillig wäre, die übrigen Netznutzer je nach Belegenheit des Netzes und Zahl der stromintensiven Netznutzer in unterschiedlicher Höhe mit den daraus resultierenden Folgen zu belasten, sah der Gesetzgeber die Notwendigkeit, die - nicht unerheblichen - Erlösausfälle gleichmäßig auf alle (übrigen) Letztverbraucher umzulegen. Aus der Verordnungsbegründung geht - wie auch die Bundesnetzagentur erkennt - klar und eindeutig hervor, dass der Gesetzgeber hierzu nur Anlass sah, damit „örtliche Gegebenheiten für die Frage der Befreiung von den Netzentgelten nach § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV keine Rolle spielen" und er von daher den bundesweiten Ausgleich „zur Vermeidung überproportionaler regionaler Belastungen" installiert hat (BT-Drs. 17/6365 (S. 34)). Damit wollte er auch dem Umstand Rechnung tragen, dass die Genehmigung eines individuellen Netzentgelts nach § 19 Abs. 2 Satz 8 StromNEV a. F. nur erfolgen konnte, wenn „die Netzentgelte aller übrigen Netznutzer dieser und aller nachgelagerten Netz- und Umspannebenen sich dadurch nicht wesentlich erhöhen".
Ungeachtet dessen aber gilt für die vom Gesetzgeber vorgenommene Änderung ohnehin, dass - wie schon ausgeführt - der erforderliche sachliche Zusammenhang mit den weiteren gesetzgeberischen Maßnahmen fehlt, der indessen erforderlich ist, wenn der Gesetzgeber von einer delegierten Verordnungsermächtigung Gebrauch machen will. Dies betrifft auch die den Umlagemechanismus betreffende Änderung der maßgeblichen Vorschriften.
I.
C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 Satz 1 EnWG. Da die Beschwerde Erfolg hat, hat die Bundesnetzagentur die Gerichtskosten zu tragen und der Beschwerdeführerin die entstandenen notwendigen Auslagen zu erstatten.
II.
Die Festsetzung des Gegenstandswerts für das Beschwerdeverfahren folgt aus § 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO. Das mit der Beschwerde verbundene Interesse der Beschwerdeführerin an der Aufhebung der angegriffenen Festlegung bemisst der Senat seiner Praxis in vergleichbaren Fällen entsprechend auf 50.000 €.
D. Der Senat hat die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof gegen diese Entscheidung zugelassen, weil die streitgegenständliche Frage grundsätzliche Bedeutung im Sinne des § 86 Abs. 2 Nr. 1 EnWG hat und die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs entsprechend § 86 Abs. 2 Nr. 2 EnWG erfordert.
Zitiervorschlag:
OLG Düsseldorf Beschl. v. 3.7.2013 – 3 Kart 31/12, BeckRS 2016, 16311

OLG Düsseldorf (3. Kartellsenat), Beschluss vom 03.07.2013 - VI-3 Kart 78/12 (V)

Titel:
Letztverbraucher, Diskriminierungsverbot, Umlagezahlung, Genehmigung, Ungleichbehandlung
Normenketten:
EnWG § 3 Nr. 2
StromNEV § 17 Abs. 8, § 19 Abs. 2 S. 2
Rechtsgebiete:
Sonstiges Bürgerliches Recht, Sonstiges besonderes Verwaltungsrecht, Kartellrecht, EG-Kartellrecht
Schlagworte:
Letztverbraucher, Diskriminierungsverbot, Umlagezahlung, Genehmigung, Ungleichbehandlung
nachfolgend:
BGH, Beschluss vom 20.09.2016 - EnVR 51/13 (rechtskräftig)
ECLI:
ECLI:DE:OLGD:2013:0703.VI3KART78.12V.00
Rechtskraft:
unbekannt

KI-generierte Zusammenfassung:
Das Gericht hat die Festlegung der Bundesnetzagentur zur § 19 StromNEV-Umlage aufgehoben, da die zugrundeliegende Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV nichtig ist.
Die Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV, die eine vollständige Befreiung stromintensiver Letztverbraucher von den Netzentgelten vorsieht, überschreitet die Grenzen der Verordnungsermächtigung nach § 24 EnWG. Der Verordnungsgeber ist nur ermächtigt, Methoden zur Bestimmung der Netzentgelte festzulegen, nicht jedoch, vollständige Befreiungen zu gewähren. Zudem verstößt die Befreiungsregelung gegen die Entgeltgrundsätze des § 21 EnWG, da sie nicht angemessen, diskriminierungsfrei und transparent ist. Die Befreiung führt zu einer unzulässigen Ungleichbehandlung und widerspricht dem Prinzip der Kostenverursachungsgerechtigkeit. Die Festlegung der Bundesnetzagentur, die den Ausgleich der Erlösausfälle durch die Befreiung regelt, ist daher ebenfalls rechtswidrig und aufzuheben.

Tenor:

Auf die Beschwerde der Beschwerdeführerin wird die Festlegung der Beschlusskammer 8 der Bundesnetzagentur vom 14.12.2011 - BK 8-11/024 - aufgehoben.
Die Bundesnetzagentur trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen der Beschwerdeführerin.
Der Beschwerdewert wird auf € 50.000 festgesetzt.
Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe:

Die Beschwerdeführerin vertreibt Strom an Letztverbraucher. Sie versorgt rund … Kunden mit Strom-, Erdgas-, Wasser- und Wärmeprodukten.

…

Mit ihrer Beschwerde wendet die Beschwerdeführerin sich gegen die Festlegung der Beschlusskammer 8 der Bundesnetzagentur vom 14.12.2011, mit der diese gegenüber allen Betreibern von Elektrizitätsversorgungsnetzen gemäß § 3 Nr. 2 EnWG Einzelheiten der „§ 19 StromNEV-Umlage in Abweichung von § 17 Abs. 8 StromNEV" festgelegt hat. Der Beschluss wurde am 21.12.2011 im Amtsblatt der Bundesnetzagentur veröffentlicht. Die Beschwerdeführerin war am Verwaltungsverfahren nicht förmlich beteiligt.

Hintergrund für die Festlegung der Umlage ist die mit Wirkung vom 04.08.2011 in Kraft getretene Änderung des § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV. § 19 Abs. 2 Satz 1 StromNEV sieht vor, dass für atypisches Nutzungsverhalten in Abweichung von § 16 StromNEV individuelle Netzentgelte vereinbart werden können. Nach § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV a. F. war ein individuelles Entgelt außerdem dann anzubieten, wenn die Stromabnahme aus dem Netz der allgemeinen Versorgung für den eigenen Verbrauch an einer Abnahmestelle die Benutzungsstundenzahl von jährlich mindestens 7.000 Stunden erreicht und der Stromverbrauch an dieser Abnahmestelle jährlich 10 Gigawattstunden übersteigt; das zu bildende individuelle Entgelt hatte den Beitrag des Letztverbrauchers zu einer Senkung oder Vermeidung der Erhöhung der Netzkosten dieser und aller vorgelagerten Netzebenen widerzuspiegeln. Es durfte nicht weniger als 20% des veröffentlichten Netzentgelts betragen und sollte nur genehmigt werden, wenn sich die Netzentgelte aller übrigen Nutzer dieser und aller nachgelagerten Netz- und Umspannebenen dadurch nicht wesentlich erhöhen. Nach der Neufassung des Satz 2 sollen Netznutzer grundsätzlich von den Netzentgelten befreit werden, wenn sie die Schwellenwerte einer Benutzungsstundenzahl von 7.000 Stunden und eines Stromverbrauchs von 10 Gigawattstunden an einer Abnahmestelle überschreiten. Die Vereinbarung eines individuellen Netzentgelts nach Satz 1 wie auch die Befreiung nach Satz 2 bedürfen der Genehmigung der Regulierungsbehörde. Mit der Befreiung werden im Wesentlichen Unternehmen großer Industriezweige begünstigt. Für das Jahr 2011 waren im Geschäftsbereich der Bundesnetzagentur 281 Befreiungsanträge stromintensiver Unternehmen zu verzeichnen, wobei die Genehmigungen mit Wirkung ab dem 01.01.2011 erteilt worden sind.

Durch die Netzentgeltbefreiungen bzw. Netzentgeltermäßigungen gemäß § 19 Abs. 2 Satz 1, 2 StromNEV entstehen den Verteilernetzbetreibern Erlösausfälle. Insoweit sieht die Neufassung des § 19 Abs. 2 StromNEV in Satz 6 vor, dass die Betreiber von Übertragungsnetzen verpflichtet sind, den nachgelagerten Verteilernetzbetreibern die entgangenen Erlöse zu erstatten. Diese Zahlungen sowie eigene entgangene Erlöse durch Befreiungen bzw. Ermäßigungen von den Netzentgelten nach Satz 1 und 2 sind nach § 19 Abs. 2 Satz 7 StromNEV über eine finanzielle horizontale Verrechnung unter den Übertragungsnetzbetreibern auszugleichen; § 9 des KWKG findet entsprechende Anwendung.

Durch die angegriffene Festlegung vom 14.12.2011 hat die Bundesnetzagentur einen Umlagemechanismus entsprechend den Vorgaben der Absätze 4 bis 7 des § 9 KWKG näher ausgestaltet. Danach sind die Netzbetreiber u. a. verpflichtet, von allen Netzverbrauchern bzw. Lieferanten eine Umlage zu erheben und an den jeweiligen Übertragungsnetzbetreiber ihrer Regelzone weiterzuleiten. Die Höhe der Umlage sollen die Netzbetreiber auf dem Preisblatt sowie auf ihrer jeweiligen Internetseite veröffentlichen.

Nach Ziffer 10 der Festlegung sind die Vorgaben aus der Festlegung ab dem 01.01.2012 umzusetzen. Entgangene Erlöse aus dem Kalenderjahr 2011 werden - so die Festlegung weiter - nicht vom Umlagemechanismus erfasst, Mindererlöse nach § 19 Abs. 2 StromNEV für das Jahr 2011 können Verteilernetzbetreiber nicht gegenüber den Übertragungsnetzbetreibern geltend machen; für Verteiler- bzw. Übertragungsnetzbetreiber werden diese Sachverhalte entsprechend § 5 ARegV im Regulierungskonto berücksichtigt. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den angegriffenen Beschluss Bezug genommen.
Weder der Verordnungswortlaut noch die darauf beruhende Festlegung wurden bei der Europäischen Kommission notifiziert.
Gegen die Festlegung hat die Beschwerdeführerin form- und fristgerecht Beschwerde mit dem Ziel der Aufhebung der Festlegung eingelegt.
Für die Festlegung fehle es schon an einer wirksamen Ermächtigungsgrundlage. Eine Ermächtigungsgrundlage lasse sich nicht aus § 30 Abs. 2 Nr. 6 StromNEV herleiten. § 30 Abs. 2 Nr. 6 StromNEV ermächtige nur dazu, mittels einer Festlegung „sachgerechte" Entgelte in Abweichung von § 17 Abs. 8 StromNEV festzulegen. Dies gebe keine uneingeschränkte Ermächtigung zur Einführung eines „neuen" Entgelts, denn nach § 24 Satz 1 Nr. 2 EnWG sei in einer Verordnung zu regeln, in welchen Fällen und unter welchen Voraussetzungen Methoden zur Bestimmung von Netznutzungsentgelten festgelegt würden. Die Umlage stelle mangels Gegenleistung auch schon kein „Entgelt" i. S. d. § 30 Abs. 2 Nr. 6 StromNEV dar. Die Schaffung einer Umlage sei auch nicht sachgerecht. Entgelte könnten auch als Bestandteil des Arbeitsentgelts weitergegeben werden, also durch eine Erhöhung des allgemeinen Netzentgelts. Jedenfalls aber fehle es an einer wirksamen Ermächtigung im EnWG oder in der StromNEV zur Einführung eines Wälzungsmechanismus. Da diese Einführung für die Netzbetreiber wesentlich sei, hätte es einer ausdrücklichen Ermächtigung bedurft. Die Einführung der § 19 StromNEV-Umlage verstoße zudem gegen das Gebot der transparenten Preisgestaltung. Für den Letztverbraucher sei nicht nachvollziehbar, warum er neben dem Netzentgelt zusätzlich eine Umlage zahlen solle und welcher Teil der Netzkosten über die Netzentgelte und welcher über die Umlage finanziert werde.
Unabhängig davon sei aber auch § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV, den die Festlegung näher ausgestalte, rechtswidrig. Die Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV genüge schon nicht den verfassungsrechtlichen Vorgaben, wonach zwischen dem parlamentarischen Gesetzesvorhaben und der Änderung der Verordnung ein Sachzusammenhang bestehen müsse. Auch in materieller Hinsicht verstoße die Netzentgeltbefreiung in § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV gegen höherrangiges Recht.
Für die pauschale Entgeltbefreiung, ohne Rücksicht auf den individuellen Beitrag des jeweiligen Netznutzers zur Netzstabilität, finde sich schon keine Ermächtigungsgrundlage. § 24 Satz 1 Nr. 1 EnWG ermächtige nur zur Festlegung der Methoden zur Bestimmung des Netznutzungsentgelts unter Beachtung der Grundsätze des § 21 Abs. 1 EnWG. Bei der Befreiung handele es sich indessen nicht um eine Methode zur Berechnung von Entgelten. Ein pauschaler vollständiger Erlass für bestimmte Letztverbraucher sei nicht vorgesehen und könne auch nicht hineingelesen werden. Hinsichtlich Inhalt, Zweck und Ausmaß habe der Gesetzgeber umso konkreter zu sein, je größer der Eingriff in grundrechtlich geschützte Bereiche sei und je stärker der begünstigende Charakter der Regelung ist. Eine vollständige Befreiung von den Netzentgelten als Methode der Netzentgeltberechnung bzw. individuelles Netzentgelt wäre daher allenfalls in solchen Fällen durch § 24 Satz 1 Nr. 1 EnWG gedeckt, wenn der Befreiung nachweislich ein entsprechender Beitrag zur

Netzstabilität oder Vermeidung höher Netzkosten gegenüberstünde. Dies treffe aber nicht ausnahmslos auf alle Netznutzer zu, die infolge der Herabsetzung auf 7.000 Benutzungsstunden einen Anspruch auf Befreiung hätten. Hinzukomme, dass die übrigen Netznutzer, die entsprechende Belastung in Höhe von 440 Mio. € zu tragen hätten. Die pauschale Befreiung von den Netzentgelten stelle damit auch kein individuelles Netzentgelt i. S.v. § 24 Satz 1 Nr. 3 EnWG dar, da sie die individuelle Entlastungswirkung der einzelnen Netznutzer außer Acht lasse. Ohnehin sei nach der gesetzgeberischen Wertung für den Netzzugang ein Netzentgelt zu zahlen. Die StromNEV-Umlage stelle jedoch kein Netzentgelt i. S. d. EnWG dar.
Eine vollständige Netzentgeltbefreiung verstoße zudem gegen § 21 EnWG, wonach Netzentgelte angemessen, diskriminierungsfrei und transparent sein müssten. Eine Netzentgeltbefreiung sei nicht angemessen, da es an einer Gegenleistung fehle, die in irgendeinem Verhältnis zu der Netznutzung durch den Netzverbraucher stehe. Im Gegenteil werde die Netzentgeltbefreiung gerade denjenigen Unternehmen gewährt, die das Netz in besonders großem Umfang nutzten und durch ihr Nutzungsverhalten auch dafür verantwortlich seien, dass das Netz entsprechend ausgebaut werden müsse, um diesen Stromverbrauch zu decken. Die mit der hohen Inanspruchnahme des Netzes verbundenen Investitions- und Betriebskosten würden nicht den „Verursachern", sondern allen übrigen Netzverbrauchern angelastet.
Eine Netzentgeltbefreiung sei darüber hinaus nicht diskriminierungsfrei, da sie zu einer erheblichen Ungleichbehandlung der Netznutzer führe. Soweit der Gesetzgeber die Netzentgeltbefreiung darauf gestützt habe, dass diejenigen Unternehmen, die in den Genuss einer Netzentgeltbefreiung kämen, aufgrund ihrer hohen Bandlast zur Netzstabilität beitrügen, stelle dies keine sachgerechte Begründung dar. Vielmehr bilde die Netzentgeltbefreiung eine unzulässige Wirtschaftsförderung energieintensiver Unternehmen, für die das EnWG keine Grundlage biete.
Die Entgeltbefreiung verstoße ferner gegen den Grundsatz der Verursachungsgerechtigkeit, da gerade diejenigen Unternehmen von den Netzentgelten befreit würden, die aufgrund ihres hohen Energiebedarfs maßgeblich zu den Kosten des Netzbetriebs und des Netzausbaus beitrügen.
Schließlich widerspreche die Netzentgeltbefreiung für energieintensive Unternehmen unter gleichzeitiger Belastung der Allgemeinheit mit den aus dieser Befreiung resultierenden Kosten dem in § 1 EnWG verankerten Grundsatz der preisgünstigen und verbraucherfreundlichen Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität. Die Netzentgeltbefreiung führe zu Erlösausfällen der Verteil- und Übertragungsnetzbetreiber, die durch das Umlagesystem bundesweit einheitlich ausgeglichen werden sollten. Die Netzentgeltbefreiung führe damit über den Weg der §§ 19 StromNEV - Umlage zu einer Erhöhung der Netzentgelte, die gerade die nicht befreiten Netzverbraucher besonders stark belaste.
Die Festlegung verstoße zudem gegen das Europäische Beihilferecht. Die Netzentgeltbefreiung stelle in Verbindung mit dem in der Festlegung entworfenen Umlagesystem eine unzulässige Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Abs. 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) dar. Sie sei weder aufgrund der Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Umweltbeihilfen (208/C 82/01) noch gemäß Artikel 107 Abs. 2, Abs. 3 AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar.
Die Netzentgeltbefreiung verstoße auch gegen den allgemeinen Gleichheitssatz nach Artikel 3 Abs. 1 GG, der es dem Normgeber gebiete, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln. Die in der Befreiung eines Netzverbrauchers

von den Netzentgelten liegende Ungleichbehandlung gegenüber anderen, nicht befreiten Netzverbrauchern werde nicht durch netzbezogene Gründe gerechtfertigt. Insbesondere die vom Gesetzgeber gewählte Begründung, wonach stromintensive Unternehmen aufgrund ihrer Bandlast netzstabilisierend wirkten, sei aus energiewirtschaftlicher Sicht nicht tragfähig, um eine Netzentgeltbefreiung für stromintensive Unternehmen zu rechtfertigen. Eine ausgeglichene Bilanz von Stromproduktion und Stromverbrauch werde nicht nur dadurch erreicht, dass ein Großverbraucher mit einem hohen Verbrauch mit einer hohen Benutzungsstundenzahl an ein Netz angeschlossen sei, sondern der gleiche Effekt trete auch dann ein, wenn eine Vielzahl von Kleinkunden in der Vermischung des Netzes mit einer hohen Benutzungsstundenzahl zusammengefasst seien. Zudem trügen insbesondere auch Unternehmen, die über eine hohe Benutzungsstundenzahl von mehr als 7.000 Stunden verfügten, deren Stromverbrauch aber unter dem Schwellenwert von 10 GWh liege, zur Netzstabilität bei. Schließlich sei nicht ersichtlich, dass zwingend eine Netzentgeltbefreiung erfolgen müsse. Diese könne letztendlich nur das Ziel verfolgen, energieintensive Unternehmen dafür zu entlasten, dass sie einen hohen Energiebedarf hätten. Damit werde die Netzentgeltbefreiung jedoch auf eine reine Wirtschaftsförderung reduziert, die keinen sachlichen Grund für eine Ungleichbehandlung darstellen könne. Zudem fehle es für die in der streitgegenständlichen Festlegung geregelte Herunterwälzung der § 19 StromNEV - Umlage von den Übertragungsnetzbetreibern über die Verteilnetzbetreiber auf die Netzverbraucher an einer gesetzlichen Grundlage. Der Verweis in § 19 Abs. 2 Satz 7 2. Halbsatz StromNEV auf § 9 KWKG nehme unmittelbar auf den in § 19 Abs. 2 Satz 7 1. Halbsatz StromNEV beschriebenen horizontalen Belastungsausgleich zwischen den Übertragungsnetzbetreibern Bezug. Die entsprechende Anwendung des § 9 KWKG sei demnach auf den horizontalen Belastungsausgleich beschränkt, der in § 9 Abs. 3 KWKG geregelt sei. Dies ergebe eine Auslegung des Verweises nach seiner Systematik. Eine Bezugnahme auf § 9 KWKG - beschränkt auf den horizontalen Belastungsausgleich - sei auch systemgerecht. Das Umlagesystem in § 9 KWKG erkläre sich daraus, dass die Kosten der Netzbetreiber aus einer mit Blick auf die Entflechtungsvorgaben netzbetreiberuntypischen Tätigkeit, nämlich dem eigenen Ankauf von Strom und der damit einhergehenden Zahlung von Zuschlägen an Anlagenbetreiber resultieren. Insoweit handele es sich nicht um Kosten, die mit der Netznutzung einher gingen und es mache Sinn, dass für die Wälzung solcher Kosten ein eigenes parallel laufendes Umlagesystem vorgesehen sei. Die Kosten aus individuellen Netzentgelten gemäß § 19 Abs. 2 Satz 6 und 7 StromNEV seien aber Kosten, die unmittelbar mit der Netznutzung zusammen hingen und die Verteilung der Entgeltbelastung beträfen. Es sei daher richtig, dass diese Kosten - wie bislang - auch auf der Netzentgeltebene verblieben, nur dass nunmehr nicht mehr die Verteilernetzbetreiber die Kosten in ihre allgemeinen Netzentgelte einpreisten, sondern dies zur besseren Verteilung und Vergleichmäßigung der Lasten auf der Ebene der Übertragungsnetzbetreiber geschehe.

Die Beschwerdeführerin beantragt,

den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 14.12.2001 (BK 8-11/024) aufzuheben.

Die Bundesnetzagentur beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie verteidigt die angegriffene Festlegung unter Wiederholung und Vertiefung ihrer Gründe.

Entsprechend dem Hinweis des Senatsvorsitzenden vom 19.12.2012 zur Beschränkung des Vortrags auf die Ermächtigungsgrundlage trägt sie zur Rechtmäßigkeit der Verordnungsänderung vor: Die Regelung sei rechtmäßig, denn der Verordnungsgeber habe

weder die Grenzen der Verordnungsermächtigung überschritten noch habe er gegen die Grundsätze des § 21 EnWG verstoßen.
Die Regelungen des § 19 Abs. 2 S. 2 und S. 3 StromNEV seien auch nach dessen Änderung im August 2011 von der Verordnungsermächtigung in § 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 EnWG gedeckt. Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG verlange, dass eine Verordnungsermächtigung Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung bestimme. Damit werde nicht vorgeschrieben, dass auch die Einzelheiten der durch eine Rechtsverordnung zu treffenden Regelung in die Ermächtigungsnorm aufzunehmen sind. Gerade in vielschichtigen und komplexen Bereichen des Wirtschaftsverwaltungsrechts, zu denen die Energieregulierung zähle, seien geringere Anforderungen an eine hinreichende Bestimmtheit der Ermächtigungen zu stellen. Im Übrigen sei dem Verordnungsgeber gerade im Regulierungsrecht ein Gestaltungsspielraum zuzugestehen. Daher seien bei solchen vielschichtigen Sachverhalten flexiblere und weniger strenge Anforderungen an die Bestimmtheit der Ermächtigung zu stellen.
Die Verordnungsermächtigung des § 24 S. 1 Nr. 3 EnWG gebe den Rahmen der Verordnung vor, mit der der Verordnungsgeber regeln könne, in welchen Sonderfällen der Netznutzung und unter welchen Voraussetzungen die Regulierungsbehörde individuelle Netzentgelte genehmigen oder untersagen dürfe. Durch das Abstellen auf „Sonderfälle der Netznutzung" erkenne der Gesetzgeber an, dass es neben dem typischen Netzkunden auch atypische Fälle gebe, die nicht billigerweise unter das im Übrigen für alle Netznutzer gleichermaßen geltende System fallen sollten. Durch den Begriff des individuellen Netzentgelts gebe der Gesetzgeber zugleich vor, dass in der Verordnung eine Abweichung vom typischen Fall der Netznutzung auch auf der Rechtsfolgenseite, nämlich bei der finanziellen Kompensation zu regeln ist. Darin sei zugleich die Wertung enthalten, dass die Gegenleistung in diesem speziellen Fall von der allgemeinen Entgeltbildung abweiche und damit zum individuellen Netzentgelt werde. Durch das Abstellen auf die unbestimmten Rechtsbegriffe der individuellen Netzentgelte und der Sonderfälle der Netznutzung habe der Gesetzgeber dem Verordnungsgeber einen Gestaltungsspielraum und eine Einschätzungsprärogative hinsichtlich der zugrunde liegenden komplexen Verhältnisse der Elektrizitätswirtschaft und der hierauf anwendbaren komplexen Regulierungsmethoden zugestanden. In Anbetracht dessen sei es dem Gericht verwehrt, die Einschätzung der regelungsbefugten Exekutive durch eine an der Zweckmäßigkeit oder an der Interessenlage der Beschwerdeführerin ausgerichteten eigenen Einschätzung zu ersetzen.
Mit der konkreten Regelung halte der Verordnungsgeber sich innerhalb des von der Ermächtigung gezogenen Rahmens. Es handele sich um eine rechtmäßige Ausgestaltung der Befugnis, für atypische Netznutzungen eine der Situation angemessene individuelle Kompensation zu bestimmen. Bei den Voraussetzungen des § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV handle es sich um Sonderfälle der Netznutzung, denn die besonders intensive Netznutzung entspreche gerade der Abweichung von der typischen Netznutzung, die § 24 S. 1 Nr. 3 EnWG verlange. In einem solchen Fall sei es dem Verordnungsgeber erlaubt, diskriminierungsfreie und angemessene Netzentgelte auf anderem Wege zu ermitteln und damit das ob und wie einer individuellen finanziellen Kompensation zu gestalten. Die Befreiung von den Netzentgelten habe der Verordnungsgeber statuiert, weil stromintensive Unternehmen mit einer hohen Bandlast netzstabilisierend wirken, was nicht ernstlich bezweifelt werden könne. Durch eine hohe Benutzungsstundenzahl der Bandlastkunden mit einer gleichmäßigen Leistungsentnahme könnten Netzbetreiber von einer kontinuierlichen Auslastung der Netzinfrastruktur durch den Bandlastkunden ausgehen. Dies sei je nach Situation für die Prognose der jeweiligen Netzlast sowohl im

Verteilnetz als auch im Übertragungsnetz positiv. Eingriffe in den Netzbetrieb könnten gegebenenfalls reduziert werden. Darüber hinaus trügen die stromintensiven Netzkunden durch den gleichmäßig hohen Strombezug regelmäßig zur Netzstabilität bei, indem Schwankungen der übrigen Netzkunden relativiert würden. Die Feststellung dieser Wirkungsmechanismen sei von der Einschätzungsprärogative des Verordnungsgebers gedeckt. Dann sei es von seinem Gestaltungsspielraum erfasst, wie stark er diese netzstabilisierende Wirkung bei der Reduzierung von Netzentgelten berücksichtige. Vor diesem Hintergrund sei es unschädlich, dass sich der Verordnungsgeber in § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV in einem ersten Schritt für eine Reduktion auf null entschieden habe. Dabei sei zu beachten, dass der befreite Netzkunde in einem zweiten Schritt die § 19-Umlage und damit auch ein weiteres geldwertes Entgelt zahle. Denn der Netzkunde sei zwar von der Zahlung aller im Zusammenhang mit der Netznutzung stehenden leistungs- und arbeitsabhängigen Netzentgelte befreit. Andere Entgelte, etwa für Zählen und Messen, seien von der Netzentgeltbefreiung aber gerade nicht umfasst. Der Verordnungsgeber habe ein bloß reduziertes Netzentgelt nicht als hinreichend betrachtet, sondern es für sachgerecht gehalten, die Beschwerdeführerin Unternehmen bei Vorliegen der Voraussetzungen zunächst pauschal zu befreien. Der Verordnungsgeber halte sich im Rahmen des vorgegebenen Gestaltungsspielraums, wenn er die insgesamt netzstabilisierende Wirkung höher bewerte als die möglicherweise durch die Entnahme verursachten Netzkosten.
Auch nach Sinn und Zweck des § 24 S. 1 Nr. 3 EnWG ergebe sich kein Unterschied zwischen der Vereinbarung eines gegebenenfalls sehr geringen individuellen Netzentgelts und einer Befreiung. Der Gesetzgeber bezwecke mit seiner Ermächtigung in erster Linie, von den allgemeinen Entgelten abweichende Sondernetzentgelte unter einen Prüfungsvorbehalt zu stellen. Diese Prüfung durch die Regulierungsbehörde sei auch im Fall einer Befreiung vorgeschaltet, so dass die finanzielle Kompensation verschiedene Größenordnungen bis hin zu Null einnehmen könne.
Es sei auch nicht ersichtlich, dass sich der Gesetzgeber eine vollständige Befreiung habe vorbehalten wollen. Nur weil er im Fall des § 118 Abs. 6 EnWG neu errichtete Stromspeicheranlagen habe anreizen wollen und daher unmittelbar im Gesetz selbst von den Entgelten für den Netzzugang freigestellt habe, bedeute das noch nicht, dass dies für alle Fälle von Netzentgeltbefreiungen zwingend im EnWG selbst erfolgen müsse.
Darüber hinaus sei zu beachten, dass sich für die stromintensiven Betriebe im Ergebnis die in § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV als Befreiung bezeichnete Ermäßigung der Netzentgelte finanziell nicht als hundertprozentige Befreiung auswirke. Die Regelung bestehe im Ergebnis aus einer entlastenden wie auch belastenden Regelung: während die Kosten der Befreiung in der vor dem 4. August 2011 geltenden Fassung den allgemeinen Netznutzungsentgelten zugerechnet und somit auf das jeweilige Netzgebiet verteilt wurden, finde nun eine Umlageregelung Anwendung, die die Umlage auch zulasten der befreiten Unternehmen vorsehe. Daher handle es sich für die befreiten Unternehmen im Ergebnis weiterhin lediglich um eine im Vergleich zur alten Regelung nochmals erhöhte Reduzierung der Gesamtbelastung. Die Umlage sei so hoch, dass im Ergebnis auch die formell und nach der Begrifflichkeit des § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV befreiten Unternehmen an den Netzkosten beteiligt würden.
Die Befreiung verstoße auch nicht gegen das in § 21 Abs. 1 EnWG verankerte Gebot der Nichtdiskriminierung. Das Diskriminierungsverbot ziele ebenso wie die Richtlinie 2003/54/EG vom 26.06.2003 und die Richtlinie 2009/72/EG darauf ab, den Wettbewerb auf der dem Netzbetrieb vorgelagerten Stufe - der Stromerzeugung - und der nachgelagerten

Stufe - dem Stromvertrieb - zu ermöglichen und zu gewährleisten. Die Schaffung von Wettbewerb auf dem Elektrizitätsmarkt sei das zentrale Anliegen des europäischen Gemeinschaftsgesetzgebers und ziehe sich wie ein roter Faden durch die maßgeblichen Richtlinien, deren Umsetzung das EnWG im Allgemeinen und § 21 EnWG im Besonderen diene. Die Zielrichtung spiegelt sich im Wortlaut des Gesetzes wieder. Demgegenüber verbiete es weder das Gemeinschaftsrecht, noch das Diskriminierungsverbot des § 21 EnWG, in Fällen atypischer Netznutzung diese Netznutzer anders zu behandeln, als andere. Dass dies grundsätzlich zulässig und sogar gewollt sei, zeige die Vorschrift des § 24 S. 1 Nr. 3 EnWG, die in diesen Fällen individuelle Entgelte erlaube. Entscheidend sei, dass die vermeintliche Ungleichbehandlung der befreiten Letztverbraucher den Wettbewerb auf der vor- und nachgelagerten Ebene nicht gefährde. Es gehe auch nicht um eine Ungleichbehandlung von außerhalb des assoziierten Unternehmens stehenden Unternehmen. Ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot liege daher nicht vor. Darüber hinaus handele es sich bei dem Befreiungstatbestand um eine diskriminierungsfreie Ausgestaltung. Die Ungleichbehandlung sei wegen der Sondersituation dieser Netznutzer jedenfalls gerechtfertigt. Diese wiesen im Gegensatz zu den nicht befreiten Netznutzern ein besonderes Nutzungsverhalten auf. Es handle sich somit um Sonderformen der Netznutzung, die nach der Einschätzung des Gesetz- und des Verordnungsgebers einer Ungleichbehandlung bedürften.
Es sei auch eine angemessene Entgeltbildung gewährleistet. Der gemeinschaftsrechtlich vorgegebene und durch § 21 EnWG umgesetzte Grundsatz der Angemessenheit der Entgelte solle sicherstellen, dass der Marktzugang zum Erzeugungs- und Versorgungsmarkt nicht durch unangemessene Bedingungen für den Netzzugang behindert werde. Im Verhältnis zum Netzkunden bedeute dies, dass die Netzentgelte nicht so hoch sein dürften, dass sie den Zugang zum vorgelagerten Erzeugungs- und dem nachgelagerten Versorgungsmarkt ungerechtfertigt behindern. Davon könne trotz eines höheren zu entrichtenden Betrags für Netzentgelt und Umlage nicht ausgegangen werden. Der Kern des Erfordernisses der Angemessenheit der Entgelte sei der Grundsatz der Kostenorientierung, auf den sich der Netzbetreiber berufen könne. Europarechtlicher Kern dieses Grundsatzes sei es, den Netzbetreibern durch die Tarifgestaltung die notwendigen Netzinvestitionen zu ermöglichen und somit die Lebensfähigkeit der Netze zu gewährleisten. Dies setzte voraus, dass der regulatorische Rahmen eine Refinanzierung dieser Investitionen ermögliche. Dem trage die streitgegenständliche Umlage gerade Rechnung.
Sie - die Bundesnetzagentur - sei nach § 29 Abs. 1 EnWG i. V. m. § 30 Abs. 2 Nr. 6 StromNEV auch dazu ermächtigt gewesen, in Abweichung von § 17 Abs. 8 StromNEV Einzelheiten des durch § 19 Abs. 2 StromNEV i. V. m. § 9 KWKG vorgegebenen Umlagemechanismus zum Ausgleich von entgangenen Erlösen aufgrund von individuellen Netzentgelten nach § 19 Abs. 2 S.1 StromNEV und Befreiungen nach § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV festzulegen.
Die Festlegung gewährleiste angemessene und damit sachgerechte Entgelte für die Betreiber von Stromnetzen. Dieser müsse die Erlöse, die ihm aufgrund ermäßigter individueller Netzentgelte und Befreiungen entgehen, refinanzieren können. Dies gewährleiste die Festlegung, indem sie den in § 19 Abs. 2 StromNEV und § 9 KWKG vorgesehenen Wälzungs- und Umlagemechanismus zum Ausgleich der entgangenen Erlöse nachvollziehe und konkretisiere.
Eine Kompetenz zur Regelung der vorliegenden Materie ergebe sich auch mit Blick auf § 30 Abs. 1 Nr. 8 StromNEV. Nach dieser Vorschrift könne die Regulierungsbehörde sogar

Festlegungen zur Höhe der sich aus dem Belastungsausgleich nach § 9 Abs. 7 KWKG ergebenden Zuschläge treffen. Andere Zuschläge seien bei Verordnungserlass namentlich nicht bekannt gewesen. Um den sich schnell wandelnden Bedürfnissen des komplexen Elektrizitätswirtschaftsbereichs gerecht zu werden, sei der Regulierungsbehörde nach § 30 Abs. 2 Nr. 6 StromNEV für weitere Entgelte in Abweichung zu § 17 Abs. 8 StromNEV eine entsprechende Kompetenz zur Entgeltfestlegung eingeräumt worden.
Sie sei auch deswegen nach § 30 Ab s. 2 Nr. 6 StromNEV zur Festlegung des Umlagemechanismus zum Ausgleich entgangener Erlöse nach § 19 Abs. 2 StromNEV ermächtigt, weil dieser Mechanismus in § 19 Abs. 2 StromNEV i. V. m. § 9 KWKG vorgesehen sei. Da der Verordnungsgeber in § 19 Abs. 2 S.7 HS.2 StromNEV auf den Wälzungsmechanismus in § 9 KWKG verwiesen habe, sei die Umlage bereits kraft Gesetzes zulässig.
Der Einwand, die Umlage sei kein Entgelt, weil sie nicht der Abgeltung einer Gegenleistung diene, greife nicht durch. Dieser Einwand verkenne, dass § 30 Abs. 2 Nr. 6 StromNEV die Regulierungsbehörde dazu ermächtige, Festlegungen zu treffen, die eine sachgerechte Entgeltbildung ermöglichten. So könne die Regulierungsbehörde insbesondere Regelungen treffen, die in Abweichung von den Vorschriften der StromNEV die Sachgerechtigkeit der vorgesehenen Entgelte sicherstelle. Dies werde durch die Verordnungsbegründung bestätigt. Dort weise der Verordnungsgeber darauf hin, dass es nicht zielführend erscheine, sämtliche Regelungen, die für die Gewährleistung angemessener Entgelte erforderlich sind, in der Verordnung festzuschreiben. Daraus gehe gerade nicht hervor, dass die Regulierungsbehörde auf die Festlegung neuer Entgelte beschränkt sein solle. Vielmehr sei von einem Ermessen auszugehen, das sich vor allem an der Sachgerechtigkeit und Angemessenheit der Entgelte zu orientieren habe. Nach dem Willen des Verordnungsgebers solle die Regulierungsbehörde befugt sein, „die zur Gewährleistung angemessener Entgelte erforderlichen Entscheidungen" zu treffen. Um eine solche Entscheidung handele es sich bei der streitgegenständlichen Festlegung, so dass offen bleiben könne, ob die Umlage ein Entgelt, Preisbestandteil oder etwas gänzlich anderes sei.
Ungeachtet dessen lasse sich die Umlage aber auch unter den Begriff des Entgelts fassen. Sie sei jedenfalls kein Netzentgelt, sondern allenfalls ein anderes Entgelt und diene dem Ausgleich von Entlastungen besonderer Netzkunden nach § 19 Abs. 1 S. 1 und S. 2 StromNEV. Bei ihrer Einordnung als Entgelt sei insbesondere die Äquivalenz der Gegenleistung gewährleistet.
Eine Festlegung gemäß § 30 Abs. 2 Nr. 6, 17 Abs. 8 StromNEV müsse kein Netzentgelt i. S. v. § 1 StromNEV zum Gegenstand haben; es genüge ganz allgemein die Festlegung eines Entgelts oder sonstiger Entscheidungen zur Gewährleistung allgemeiner Entgelte. Selbst wenn der Senat nicht der Auffassung folgen wolle, dass die Regelungen von der Verordnungsermächtigung in § 24 S. 1 Nr. 3 EnWG gedeckt sind, führe dies nicht zur vollständigen Aufhebung des streitgegenständlichen Beschlusses. Gleiches gelte für den Fall, dass ihre Ermächtigung verneint würde, nach § 29 Abs. 1 EnWG, § 30 Abs. 2 Nr. 6 StromNEV einen Umlagemechanismus zum Ausgleich von entgangenen Erlösen aufgrund Befreiungen festzulegen. In beiden Konstellationen sei zu berücksichtigen, dass die Festlegung hinsichtlich ihres Regelungsgegenstands teilbar sei. Jedenfalls die Umlage entgangener Erlöse aus der Vereinbarung individueller Netzentgelte nach § 19 Abs. 2 S. 1 StromNEV sei rechtmäßig, denn die Regelung entspreche im Wesentlichen der vor der Verordnungsänderung geltenden Rechtslage.
Durch den Beschluss werde der Lastenausgleich für zwei verschiedene

Regelungsinstrumente geregelt, denen gemeinsam sei, dass sie Sonderformen der Netznutzung betreffen. Im Übrigen aber seien die Regelungen zur Befreiung und zu den individuellen Netzentgelten selbstständig und voneinander getrennt zu betrachten. Insbesondere seien die Tatbestandsvoraussetzungen unterschiedlich, so dass ein untrennbarer innerer Zusammenhang bestehe. Auch für den Fall, dass ausschließlich Erlösausfälle aus dem Regime des § 19 Abs. 2 S. 1 StromNEV anfielen, bestünde weiterhin das Bedürfnis nach dem von § 19 Abs. 2 S. 7 StromNEV geforderten Ausgleich. Die angefochtene Festlegung sei daher allenfalls teilweise aufzuheben.
Mit Schriftsatz vom 31.05.2013 rügt sie erstmals die Beschwerdebefugnis der Beschwerdeführerin. Der Vortrag der Beschwerdeführerin lasse eine materielle Beschwer im konkreten Fall nicht erkennen. Erforderlich sei eine unmittelbare und individuelle Betroffenheit in ihren wirtschaftlichen Interessen. Die tatsächlichen Folgen für die Vertriebsunternehmen, die nicht Adressaten der streitgegenständlichen Festlegung seien, sei allenfalls mittelbarer Natur.
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die zwischen den Beteiligten gewechselten Schriftsätze mit Anlagen, den beigezogenen Verwaltungsvorgang und das Protokoll der Senatssitzung Bezug genommen.
B. Die zulässige Beschwerde der Beschwerdeführerin hat aus den mit den Beteiligten in der Senatssitzung erörterten Gründen in der Sache Erfolg; sie führt zur Aufhebung der angegriffenen Festlegung, weil diese der Umsetzung der mit Wirkung zum 04.08.2011 in Kraft getretenen Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV dient, die indessen nichtig ist.
I.
Die Beschwerde ist zulässig.
Der Beschwerdebefugnis der Betroffenen steht nicht entgegen, dass sie an dem Verwaltungsverfahren der Bundesnetzagentur nicht förmlich beteiligt war. Zwar sieht § 75 Abs. 2 EnWG vor, dass derjenige beschwerdeberechtigt ist, der bereits im regulierungsbehördlichen Verfahren die Beteiligtenstellung innehatte. In erweiternder Auslegung dieser Vorschrift ist allerdings auch die Beschwerdebefugnis eines Dritten, der nicht schon an dem Verfahren beteiligt war, zu bejahen, wenn er durch den angegriffenen Verwaltungsakt unmittelbar in seinen Rechten berührt wird, weil dieser auch ihm gegenüber eine Regelungswirkung entfaltet. Eine Beeinträchtigung wirtschaftlicher Interessen reicht nicht aus (vgl. nur: BGH, Beschluss vom 05.10.2010 - EnVR 52/09, Rdnr. 14 „GABiGas"; Beschluss vom Beschluss vom 11.11.2008 - EnVR 1/08, WuW/E DE-R 2535, Rdnr. 14 ff. - „citiworks"; Beschluss vom 22.02.2005 - KVZ 20/04, WuW/E DE-R 1544, 1545 - „Zeiss/Leica").
Diese Voraussetzungen liegen im Streitfall vor. Als Lieferantin ist die Betroffene zwar nicht Adressatin der Festlegung. Ihre rechtliche Betroffenheit folgt aber aus der unter Tenorziffer 3 in der Festlegung enthaltenen Verpflichtung der Netzbetreiber, die Umlage von allen Letztverbrauchern bzw. Lieferanten zu erheben. Damit bezieht die Festlegung auch die Lieferanten in den in der Festlegung näher ausgestalteten Umlagemechanismus mit ein, so dass sie von den in der Festlegung verbindlich vorgesehenen Zahlungspflichten in ihrem Rechtskreis und nicht nur in ihren wirtschaftlichen Interessen betroffen werden. Die Festlegung greift auch unmittelbar regelnd in den Rechtskreis der Betroffenen ein. Anders als in dem der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 05.10.2010 (EnVR 52/09) zugrunde liegenden Sachverhalt bedarf es nicht erst einer privatrechtlichen Umsetzung durch einen der Adressaten, damit die Festlegung Auswirkungen auf die Betroffene hat. Die Auswirkungen folgen vielmehr unmittelbar aus dem in der Festlegung näher ausgestalteten Umlagemechanismus selbst.

Dass die Lieferanten die Umlage an ihre Kunden, die Letztverbraucher, weiterreichen können, rechtfertigt keine andere Bewertung. Insoweit handelt es sich um einen rein wirtschaftlichen Entlastungseffekt, der an der unmittelbar aus der Festlegung folgenden rechtlichen Zahlungsverpflichtung nichts ändert.
Zudem ist die Betroffene als Stromlieferantin nach § 40 Abs. 2 Nr. 7 EnWG verpflichtet, in ihren Rechnungen für Energielieferungen an Letztverbraucher die Belastung aus den Netzentgelten und damit auch die Umlage auszuweisen. Wie die Bundesnetzagentur in ihren Beschlüssen, mit denen sie den Beiladungsanträgen von Stromlieferanten stattgegeben hat, selbst ausführt, hat die Festlegung der § 19 StromNEV-Umlage somit unmittelbare Auswirkungen auf die Rechnungsstellung des Stromlieferanten und kann zu Mehrbelastungen führen. Auch insoweit handelt es sich um eine rechtliche und nicht nur um eine Betroffenheit in wirtschaftlichen Interessen, denn die Betroffene ist rechtlich verpflichtet, die Belastungen aus den Netzentgelten gegenüber dem Letztverbraucher transparent zu machen.
Hinzu kommt, dass die zusätzliche Erhebung bzw. Weiterwälzung der Umlage auch zu einer höheren Zahlungsverpflichtung bei den Letztverbrauchern führt. In Anlehnung an § 5 Abs. 2 StromGVV erfordern Preisanpassungen sowie Änderungen der Allgemeinen Vertragsbedingungen von Lieferanten aber regelmäßig eine mindestens sechs Wochen vorher erfolgende Mitteilung. Die streitgegenständliche Festlegung ist jedoch erst am 14.12.2011 ergangen. Auch insofern liegt eine unmittelbare rechtliche und nicht nur eine Betroffenheit in wirtschaftlichen Interessen vor, da es der Betroffenen zu diesem Zeitpunkt bereits unmöglich war, die § 19-Umlage entsprechend den rechtlichen Anforderungen des § 5 Abs. 2 StromGVV fristgerecht zum Inkrafttreten der § 19-Umlage am 01.01.2012 an Letztverbraucher weiterzugeben.
Der Einwand der Bundesnetzagentur, die Betroffene habe sich bereits ab der Veröffentlichung des Entwurfs der Festlegung am 17.11.2011 auf die Erhebung der Umlage einstellen können und ausreichend Zeit gehabt, eine Änderung der allgemeinen Preise rechtzeitig öffentlich bekannt zu geben, geht fehl. Der maßgebliche Zeitpunkt für die Veröffentlichung von Preisänderungen ist die Bekanntgabe der Festlegung und nicht eines noch unverbindlichen Entwurfs.
Zurückzuweisen ist auch das Argument, es sei nicht ersichtlich, dass sich Letztverbraucher gegen die Festlegung gewandt und sich die behaupteten Nachteile realisiert hätten. Ausschlaggebend ist insoweit, dass die Betroffene an der Einhaltung rechtlicher Vorgaben gehindert wurde.
II.
Die angegriffene Festlegung ist schon deshalb rechtswidrig, weil die zugrundeliegende Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV nichtig ist. Die Änderung hält sich nicht in den von der Ermächtigungsgrundlage gesetzten Grenzen und ist auch mit höherrangigem Recht nicht vereinbar. Dies hat der Senat am 06.03.2013 in mehreren Verfahren entschieden (vgl. ausführlich dazu die Beschlüsse vom 06.03.2013, IV-3 Kart 14/12 (V), IV-3 Kart 43/12 (V), IV-3 Kart 49/12 (V), IV-3 Kart 57/12 (V), IV-3 Kart 65/12 (V)). Ob die Änderung darüber hinaus auch gegen Art. 34 AEUV verstößt, kann angesichts dessen für den Senat offen bleiben.
1. Der Senat ist zur umfassenden Prüfung der Neuregelung des § 19 Abs. 2 StromNEV und auch zur Feststellung ihrer Nichtigkeit befugt. Aus dem Umstand, dass die Änderung auf einem förmlichen Gesetz - dem am 04.08.2011 in Kraft getretenen Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften - beruht, folgt nicht, dass nur das Bundesverfassungsgericht ihre Nichtigkeit gem. Art. 100 GG feststellen kann. § 19 Abs. 2

StromNEV ist als im parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren geschaffenes Verordnungsrecht zu beurteilen, das von jedem damit befassten Gericht überprüft werden kann. Daraus folgt aber auch, dass der Gesetzgeber bei seiner Änderung an das Verfahren nach Art. 76 ff. GG und an die Grenzen der Ermächtigungsgrundlage gebunden war.
1.1. Der Änderung einer geltenden Verordnung durch ein Parlamentsgesetz steht es nicht schon entgegen, dass der Gesetzgeber die Regelungsbefugnis der Exekutive übertragen hat. Für den parlamentarischen Gesetzgeber besteht - wie die Staatspraxis zeigt - häufig ein Bedürfnis, bei einer Änderung komplexer Regelungsgefüge, in denen förmliches Gesetzesrecht und auf ihm beruhendes Verordnungsrecht ineinander verschränkt sind, auch das Verordnungsrecht anzupassen. Zudem gehört es zur Gestaltungsfreiheit des Parlaments, sein Änderungsvorhaben umfassend selbst zu verwirklichen, ohne dass es die durch die Verordnung geregelten Gegenstände zuvor wieder in förmliches Gesetzesrecht übernehmen müsste. Letzterem stünde es insbesondere entgegen, dass künftige Änderungen durch die Exekutive und damit die für die Zukunft notwendige Flexibilität ausgeschlossen wären (BVerfGE 114, 196 ff. „Beitragssicherungsgesetz", Rdnr. 193 ff.).
1.2. Ändert das Parlament eine bestehende Rechtsverordnung oder fügt es in diese neue Regelungen ein, so ist das dadurch entstehende Normgebilde aus Gründen der Normenklarheit insgesamt als Rechtsverordnung zu qualifizieren. Zur Normenklarheit gehört auch Normenwahrheit, so dass Überschrift und Einleitung eines Regelungswerks auch nach u.U. zahlreichen Änderungen noch halten müssen, was sie versprechen (BVerfG, a. a. O., Rdnr. 198 ff., 202). Auch die Rechtsmittelklarheit verbietet es, bei der parlamentarischen und exekutiven Rechtsetzung beide Rechtsformen so zu vermischen, dass eine klare Zuordnung nicht mehr möglich ist. Der Adressat einer Regelung muss mit Blick auf das Prinzip der Rechtsmittelklarheit erkennen können, ob er es mit einer - auf gesetzlicher Ermächtigung beruhenden - Verordnungsregelung oder mit einem förmlichen Gesetz zu tun hat. Entscheidet sich der Gesetzgeber dafür, eine bestehende Verordnung zu ändern, kann der geänderten Verordnung aus verfassungsrechtlichen Gründen daher nur ein einheitlicher Rang, der der Verordnung, zukommen.
1.3. Mit Blick auf den Grundsatz der Formenstrenge der Rechtsetzung und das Prinzip der Rechtssicherheit ist eine Verordnungsänderung durch den Gesetzgeber allerdings nur unter folgenden Voraussetzungen möglich:
1.3.1. Die Änderung einer Verordnung durch den parlamentarischen Gesetzgeber kann nicht losgelöst und damit unabhängig von sonstigen gesetzgeberischen Maßnahmen erfolgen, sondern nur im Rahmen der Änderung eines Sachbereichs (BVerfGE, a. a. O., Rdnr. 207). Dabei sind Änderungen von Rechtsverordnungen auf das Ausmaß zu beschränken, das unmittelbar durch die Änderungen im Gesetzesrecht veranlasst ist. (BVerfGE, a. a. O.; BVerwG, Urteil vom 20.03.2008, 2 C 50/07; Bundesministerium der Justiz: Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. A., Rdnr. 691).
1.3.2. Der Gesetzgeber ist an das Verfahren nach Art. 76 ff. GG und insbesondere an die Grenzen der Ermächtigungsgrundlage (Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG) gebunden.
1.3.3. Die Zustimmungsbedürftigkeit eines Gesetzes, durch welches eine Verordnung geändert wird, beurteilt sich am Maßstab der für förmliche Gesetze geltenden Normen und nicht nach Art. 80 Abs. 2 GG (BVerfGE, a. a. O., Rdnr. 210 f.).
2. Nach diesen Maßstäben ist die Verordnungsänderung, die der Gesetzgeber mit Wirkung zum 04.08.2011 vorgenommen hat, nicht verfassungsgemäß und daher nichtig.
2.1. Der Gesetzgeber, der die Änderung der Verordnung erlassen hat, hat zwar das Verfahren nach Art. 76 ff. GG für das Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften und die Änderung der Verordnung eingehalten. Das Gesetz, in das der

maßgebliche Art. 7 mit der Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV im Gesetzgebungsverfahren eingefügt worden ist, ist durch Beschluss des Bundestags vom 30.06.2011 angenommen worden (BT-Drs. 395/11 vom 01.07.2011); der Bundesrat hat am 08.07.2011 beschlossen, einen Antrag nach Art. 77 Abs. 2 GG nicht zu stellen.
Jedoch fehlt es an dem erforderlichen sachlichen Zusammenhang der Änderung der Verordnung mit weiteren gesetzgeberischen Maßnahmen. So ist nicht ersichtlich, dass das eigentliche Gesetzesvorhaben des Gesetzgebers - das Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften - auch die Anpassung der Stromnetzentgeltverordnung und damit die Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV erforderlich gemacht hätte.
Das Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften hat vornehmlich nur die Richtlinien 2009/72/EG und 2009/73/EG umgesetzt. Es werden insbesondere die Entflechtungsregeln für die Transportnetze geändert, um die Netzgesellschaft im Konzern zu stärken; des Weiteren soll eine koordinierte, gemeinsame Netzausbauplanung aller Übertragungs- bzw. Fernleitungsnetzbetreiber gewährleistet werden. Daneben werden die Rechte der Verbraucher durch kurze Fristen beim Lieferantenwechsel und klare Regelungen zu Verträgen und Rechnungen sowie für mehr Transparenz verbessert und eine unabhängige Schlichtungsstelle eingerichtet. Schließlich wird durch die Regeln zur Einführung sog. „intelligenter Messsysteme" der Grundstein für eine aktivere Teilnahme des Endverbrauchers am Energiemarkt unter Wahrung seiner Persönlichkeitsrechte geschaffen.
Die Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV steht damit nur insoweit in einem sachlichen Zusammenhang, als es sich auch um eine energiewirtschaftsrechtliche Vorschrift handelt. Die Änderung war im Regierungsentwurf noch nicht einmal vorgesehen, sondern - beruhend auf einer Forderung der „Wirtschaftsvereinigung Metalle" - erstmals in der Beschlussempfehlung und dem Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie vom 29.06.2011 (BT-Drs. 17/6365, S. 14, 20) enthalten. Den insoweit geänderten Gesetzesentwurf hat der Bundestag sodann in seiner Sitzung vom 30.06.2011 angenommen (BR-Drs. 395/11 vom 01.07.2011). Von daher wird auch kritisiert, es handele sich bei der Änderung um eine zusammenhangslos eingebrachte „Mitternachtsregelung".
Dass die Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV erforderlich ist, um „die gebotene Harmonie mit dem Muttergesetz herzustellen" (Schneider, Gesetzgebung, 2. A., Rdnr. 663 f.), ist weder ersichtlich noch dargetan. Der notwendige Zusammenhang zwischen der Befreiung stromintensiver Netzkunden und den in diesem Gesetz vornehmlich geregelten Materien ist nicht gegeben, die Änderung ist auch nicht als Folgeänderung zu einer der im Kern geregelten Materien ausgewiesen. Die Umsetzung der EG-Richtlinien steht mit der beabsichtigten Befreiung industrieller Großabnehmer in keinerlei Zusammenhang. In der Begründung zu der konkreten Gesetzesänderung findet sich - anders als in einem solchen Fall üblich - daher auch nicht die Erläuterung „redaktionelle Änderung" oder „Folgeänderung zu …", um den Zusammenhang klarzustellen.
2.2. Darüber hinaus hat der Gesetzgeber mit der Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV auch die Grenzen der - auf den Verordnungsgeber delegierten - Verordnungsermächtigung überschritten. Die (vollständige) Befreiung von den Netzentgelten hält sich nicht in den Grenzen der Ermächtigungsgrundlage (Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG).
2.2.1. Während der Gesetzgeber grundsätzlich einen weiten Spielraum für seine Gestaltung besitzt und dabei auch Gleich- und Ungleichstellungen anordnen kann, wenn sie sachgerecht sind, ist der Verordnungsgeber enger gebunden, denn er kann verfassungsrechtlich einen Gestaltungsfreiraum nur innerhalb der durch Art. 80 Abs. 1 GG

gezogenen Grenzen haben. Es ist ihm daher verwehrt, Regelungen zu erlassen, die die Grenzen und inhaltlichen Vorgaben der Ermächtigung missachten und in der Sache auf eine Korrektur der Entscheidung des Gesetzgebers hinauslaufen würden. In den engen Grenzen des ihm danach zustehenden Ermessens hat er sich von sachfremdem Erwägungen freizuhalten (BVerfGE 42, 374 (387 f.); 16, 332 (338 f.); 13, 248, (255 f.)). Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung müssen nach Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG in dem ermächtigenden Gesetz bestimmt werden, um die Macht der Exekutive im Bereich der Rechtsetzung zu begrenzen sowie die parlamentarische Steuerung der exekutiven Verordnungsgebung - und damit zugleich die Verantwortung der Legislative für den Inhalt der Rechtsverordnung - zu stärken (Sannwald in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, 12. A., 2011, Rdnr. 59 zu Art. 80).
2.2.2. Mit der Regelung, dass stromintensive Letztverbraucher beim Vorliegen der Schwellenwerte des § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV vollständig von den Netzentgelten befreit werden können, sind die Grenzen der Verordnungsermächtigung überschritten. Nach dem Wortlaut, der Systematik, dem Sinn und Zweck sowie der Entstehungsgeschichte der Ermächtigungsnorm ist der Verordnungsgeber nur ermächtigt, in der Stromnetzentgeltverordnung neben der Methodik zur Bestimmung der Entgelte Regelungen hinsichtlich der Genehmigung (oder Untersagung) individueller Netznutzungsentgelte zu treffen.
2.2.2.1. § 24 Satz 1 Nr. 1 EnWG ermächtigt zur Bedingungs- und Methodenregulierung im Verordnungswege. Durch Verordnung können die Bedingungen für den Netzzugang einschließlich der Beschaffung und Erbringung von Ausgleichsleistungen, die Methoden zur Bestimmung dieser Bedingungen sowie die Methoden zur Bestimmung der Entgelte festgelegt werden. Ergänzend sieht § 24 Satz 1 Nr. 3 EnWG - klarstellend - vor, dass dabei auch im Einzelnen geregelt werden kann, in welchen Fällen und unter welchen Voraussetzungen die Regulierungsbehörde im Einzelfall individuelle Entgelte für den Netzzugang genehmigen oder untersagen kann.
Schon nach dem Wortlaut der Ermächtigungsnorm erfasst die Regelungsbefugnis nicht das „ob", sondern nur die Bestimmungen zur Ermittlung der Höhe der Entgelte. Die Ermächtigung, die Methoden zur Bestimmung der Entgelte für die Netznutzung festzulegen und dabei auch die Voraussetzungen für die Entgelte in Sonderfällen individueller Formen der Netznutzung zu bestimmen, gibt vor, dass für die Netznutzung grundsätzlich ein Entgelt, also eine geldwerte Gegenleistung zu erbringen ist. Mit der Entrichtung des Netzentgelts wird - so auch § 3 Abs. 2 StromNEV - die Nutzung der Netz- oder Umspannebene des Netzbetreibers und aller vorgelagerten Netz- und Umspannebenen abgegolten.
Auch aus der Systematik und dem Sinn und Zweck der Ermächtigung sowie der Entstehungsgeschichte folgt nichts anderes. Die Methode zur Bestimmung der Entgelte soll die Vorgaben des § 21 Abs. 1 und Abs. 2 EnWG umsetzen, wonach die Bedingungen und Entgelte für den Netzzugang insbesondere angemessen, diskriminierungsfrei und transparent sein müssen. Inhaltlich soll der Verordnungsgeber damit nur ermächtigt werden, die Methode für die Bestimmung solcher - angemessenen, diskriminierungsfreien und transparenten - Netzentgelte, ihre Ausgestaltung und Ermittlung näher festzulegen, also zu konkretisieren, auf welche Art und Weise die Netzzugangsentgelte ermittelt werden sollen. Dabei hat die Methode die Ausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung sicherzustellen, weil die daraus abzuleitenden Netzentgelte nur so den materiellen Vorgaben des § 21 EnWG genügen können.
Dieses Verständnis wird auch durch die Regelung des § 118 Abs. 6 EnWG gestützt. Mit

dieser durch das Gesetz zur Beschleunigung des Hochspannungsausbaus vom 21.08.2009 nachträglich eingefügten Privilegierung hat der Gesetzgeber neu errichtete Stromspeicheranlagen von den Entgelten für den Netzzugang auf Gesetzesebene befristet freigestellt (BT-Drs. 16/12898, S. 20).
2.2.2.2. Bei der in der Neuregelung des § 19 Abs. 2 StromNEV vorgesehenen Befreiung handelt es sich nicht um ein individuelles Netzentgelt (ebenso: Missling, IR 2012, 206; Ernst/Koenig, EnWZ 2012, 51, 55). Der befreite Netznutzer entrichtet keine Gegenleistung. Die Befreiung stellt daher keine von der grundsätzlichen Methodik abweichende Entgeltbildung, sondern eine generelle und vollständige Ausnahme von der zugrunde liegenden Entgeltpflicht dar. Bei ihr handelt es sich um eine Privilegierung und damit ein aliud zu der Entgeltbildung, denn mit der Methode der zu bildenden Entgelte hat sie nichts zu tun. Dass der Verordnungsgeber auch ermächtigt werden sollte, solche Befreiungen und damit Ausnahmen von der Entgeltpflicht vorsehen zu können, ist nicht ersichtlich. Vielmehr spricht die Klarstellung in § 24 Satz 1 Nr. 3 EnWG, dass auch individuelle Netzentgelte erfasst sein sollen, gerade dafür, dass der Gesetzgeber sich die (wirtschaftspolitische) Entscheidung darüber, ob und unter welchen Voraussetzungen eine vollständige Befreiung möglich sein soll, vorbehalten wollte.
Aus dem Umstand, dass die Sätze 6 und 7 der Neuregelung eine Kompensation für die von diesen befreiten Netznutzern nicht zu erhebenden Entgelte vorsehen, indem diese Ausfälle bundesweit durch die Letztverbraucher ausgeglichen werden, kann entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur nichts anderes folgen (so aber: OLG Jena, Beschluss vom 23.04.2012, 2 Kart 1/12; kritisch dazu Missling IR 2012, 206; Ernst/Koenig, EnWZ 2012, 51, 55). Zum einen ist auf den befreiten Netznutzer abzustellen, der kein Entgelt für den Netzzugang zu entrichten hat. Zum anderen würde eine etwaige Umlage entsprechend § 9 KWKG, durch welche allen Letztverbrauchern die durch die Befreiungen und individuellen Netzentgelte zu tragenden Entgeltausfälle auferlegt werden, gerade keine Gegenleistung und damit kein Entgelt für ihre Netznutzung darstellen, sondern nur ihre Beteiligung an den Kosten der Befreiung und Entgeltermäßigung Einzelner. Sie soll nach Maßgabe der angegriffenen Festlegung neben und damit zusätzlich zu den Netzzugangsentgelten erhoben werden. Insofern kann es dahinstehen, ob der Ausgleich der Erlösausfälle nach dem Willen des Gesetzgebers auf den horizontalen Ausgleich auf der Ebene der Übertragungsnetzbetreiber beschränkt sein sollte, oder im Anschluss daran - wie die Bundesnetzagentur meint - eine vertikale Rückbelastung der nachgelagerten Netzbetreiber und die Umlage der Kosten auf den Letztverbraucher entsprechend § 9 Abs. 4 ff. KWKG erfolgen sollte. Selbst wenn letzteres mit der Regelung bezweckt gewesen sein sollte, um den vier Übertragungsnetzbetreibern nicht die Last der Vorfinanzierung aufzuerlegen, führt dies im Ergebnis zu keiner anderen Beurteilung. Auch insoweit wäre der Rahmen der Ermächtigung überschritten, denn bei der Umlage handelt es sich um eine bundesweite Kompensationsleistung, die der Netzbetreiber von dem Netznutzer neben den Entgelten für das von ihm genutzte Netz erheben soll. Dass der Verordnungsgeber so weitgehend legitimiert worden ist, er also befugt sein soll, im Rahmen der Verordnung zur Bestimmung der Entgelte auch zusätzliche Kompensationsleistungen zu kreieren, ist jedoch ebenso wenig ersichtlich.
2.2.3. Darüber hinaus verstößt die Befreiungsregelung gegen die Entgeltgrundsätze des § 21 Abs. 1 EnWG und damit auch gegen das Diskriminierungsverbot der Richtlinie 2009/72/EG.
2.2.3.1. Mit der Methode zur Bestimmung der Entgelte sollen die Vorgaben des § 21 Abs. 1 und Abs. 2 EnWG umgesetzt werden. Danach müssen Bedingungen und Entgelte für den

Netzzugang insbesondere angemessen, diskriminierungsfrei und transparent sein. Diese Vorgaben hat der Verordnungsgeber bei seiner konkretisierenden Ausgestaltung der entgelt- und erlösobergrenzenbezogenen Verordnungen grundsätzlich zu beachten (BGH, Kartellsenat, Beschluss vom 28.06.2011, EnVR 34/10, Rdnr. 10). Die Vorgaben für die Beschaffenheit der Entgelte stecken zugleich den Rahmen für die Methode der Entgeltberechnung und davon abweichende Regelungen für die Bestimmung der Entgelte einer individuellen Netznutzung ab. In diesem Rahmen muss sich daher nicht nur die Methode zur Bestimmung der Entgelte, sondern müssen sich spiegelbildlich auch die Bedingungen für davon abweichende individuelle Netzentgelte bewegen.
2.2.3.2. Nach Art. 32 Abs. 1 der Richtlinie 2009/72/EG - entspricht Art. 20 Abs. 1 EltRL (2003/54/EG) - haben die Mitgliedstaaten die Einführung eines Systems für den Zugang Dritter zu den Übertragungs- und Verteilnetzen auf der Grundlage veröffentlichter Tarife zu gewährleisten: die Zugangsregelung hat für alle zugelassenen Kunden zu gelten und soll nach objektiven Kriterien und ohne Diskriminierung zwischen den Netzbenutzern angewandt werden. Auch Erwägungsgrund 32 der Richtlinie sieht vor, dass sicherzustellen ist, dass die Tarife für den Netzzugang transparent und nichtdiskriminierend sind; sie sollen auf nichtdiskriminierende Weise für alle Netznutzer gelten. Danach kann entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur kein Zweifel daran bestehen, dass das Diskriminierungsverbot dem unmittelbaren Schutz des Netznutzers vor einer - sachlich nicht gerechtfertigten - Ungleichbehandlung dient.
Das - die Vorgaben der Richtlinie 2003/54/EG umsetzende - horizontale Diskriminierungsverbot des § 21 Abs. 1 EnWG verpflichtet den Netzbetreiber in gleicher Weise, alle externen Netznutzer gleich zu behandeln, ihnen also gleiche Bedingungen der Netznutzung einzuräumen.
Da das Diskriminierungsverbot eine Ausprägung des allgemeinen Gleichheitssatzes ist, finden auch die insoweit entwickelten Grundsätze Anwendung. Danach hat der Gesetzgeber - wie auch der Verordnungsgeber - wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln. Dabei bedürfen Differenzierungen stets der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind. Der Gleichheitssatz ist dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten oder -betroffenen im Vergleich zu einer anderen anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die unterschiedliche Behandlung rechtfertigen können (vgl. nur: BVerfG, Beschluss vom 16.07.2012, 1 BvR 2983/19, Rdnr. 43 m. w. N., zitiert nach juris). Von einem selbst gesetzten Regelsystem darf der Gesetzgeber grundsätzlich abweichen, wenn das mit Blick auf Art. 3 Abs. 1 GG sachgerecht ist. Die Gründe für eine Durchbrechung des einmal gewählten Ordnungsprinzips müssen, um überzeugend zu sein, zureichend sachlich begründet sein und in ihrem Gewicht der Intensität der Abweichung von der zugrunde gelegten Ordnung entsprechen.
2.2.3.3. Das Gebot angemessener Entgelte betrifft die Entgelthöhe, also den zu zahlenden Gegenwert für den gewährten Netzzugang (Groebel in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2. A., Rdnr. 53 zu § 21).
2.2.3.4. Die Befreiung stromintensiver Netznutzer von den Netznutzungsentgelten verstößt gegen diese Entgeltgrundsätze, mit denen nicht nur die Methode der Entgeltbestimmung, sondern auch etwaige Ausnahmen davon im Einklang stehen müssen. Netzentgelte sind grundsätzlich kostenbezogen zu berechnen, so dass auch Preisdifferenzierungen unterschiedliche Zugangskosten widerspiegeln und zu angemessenen Entgelten für alle Netznutzer führen müssen.

Die in der StromNEV gefundene Methode der Entgeltbildung stellt auf bestimmte Preisfindungsgrundsätze und dabei auf statistische Annahmen ab, um die Kosten des Netzes auf die Netzkunden möglichst verursachungsgerecht zu verteilen. Dabei sind Pauschalisierungen und Typisierungen notwendig. Mit den Sonderformen der Netznutzung in § 19 StromNEV trägt der Verordnungsgeber - legitimiert durch § 24 Satz 1 Nr. 3 EnWG - dem Umstand Rechnung, dass die Lastverläufe oder die Leistungsaufnahme einzelner Netznutzer von diesen Grundsätzen abweichen, so dass die den Preisfindungsgrundsätzen zugrunde liegenden Annahmen nicht zutreffen und daher für sie nicht zu angemessenen Entgelten führen. Daher stellt ein kostensenkendes oder kostenminderndes Nutzungsverhalten, das eine entsprechende Kostensenkung oder -vermeidung zur Folge hat, einen sachlich gerechtfertigten Grund für ein Abweichen von den geltenden Preisfindungsgrundsätzen dar.
Für die übrigen Netznutzer hat die entsprechende Netzentgeltminderung, das individuelle Netzentgelt, jedoch zwangsläufig zur Folge, dass sich ihr Entgelt im Umfang der Kostensenkung oder -minderung entsprechend erhöht. Daher wird die Vorgabe diskriminierungsfreier, angemessener und transparenter Netznutzungsentgelte durch ein individuelles Netznutzungsentgelt nur beachtet, wenn sich der Maßstab der Entgeltminderung auf der einen Seite an dem tatsächlichen Umfang der Kostensenkung oder -minderung orientiert, denn auf der anderen Seite werden die übrigen Netznutzer im Umfang der Entgeltminderung zusätzlich belastet. Dem besonderen Nutzungsverhalten des einzelnen Netzkunden wird durch ein individuell bestimmtes Nutzungsentgelt daher nur dann angemessen Rechnung getragen, wenn der Grad der Entlastung des Netzes, der durch das abweichende Nutzungsverhalten des Netzkunden im Einzelfall bewirkt wird, Maßstab der möglichen Entgeltminderung ist (BGH, Kartellsenat, Beschluss vom 09.10.2012, EnVR 47/11 - „Pumpspeicherkraftwerke II", Rdnr. 10 f.). Nur auf diese Weise sind auch die zu ermittelnden Entgelte in ihrer Gesamtheit angemessen und diskriminierungsfrei. Im Einklang damit sah § 19 Abs. 2 Satz 3 StromNEV a. F. vor, dass das individuelle Netzentgelt den Beitrag des Letztverbrauchers zu einer Senkung oder zu einer Vermeidung der Erhöhung der Netzkosten dieser und aller vorgelagerten Netz- und Umspannebenen widerzuspiegeln hat.
Das besondere Nutzungsverhalten der Gruppe der stromintensiven Netznutzer kann ihre Befreiung von den Netzentgelten nicht rechtfertigen, sondern allenfalls eine entsprechende Reduktion. Nach der Zielsetzung des Gesetzgebers sollen stromintensive Unternehmen mit einer derart hohen Bandlast von den Netzentgelten befreit werden, weil sie aufgrund ihrer Bandlast netzstabilisierend wirken (BT-Drs. 17/6365, S. 34). Die vom Gesetzgeber angeführte Netzstabilität, die durch ein bestimmtes Nutzungsverhalten herbeigeführt wird, mag grundsätzlich ein zulässiges Differenzierungskriterium bei der Entgeltbildung darstellen, weil ein solches Nutzungsverhalten die Kosten des Netzes und damit auch die Entgelte der übrigen Netznutzer mindern oder senken kann. Netzstabilisierende Wirkung kann insbesondere die Verlagerung des überwiegenden Teils des Strombezugs in die Schwachlastzeit haben. Da sich die Dimensionierung des Netzes an der zu erwartenden Spitzenlast auszurichten hat, dient ein solches Nutzungsverhalten v.a. der großen stromintensiven Letztverbraucher der Netzökonomie (BGH, a. a. O.). Dementsprechend kann der Verordnungsgeber dieses nur mit einer entsprechenden - verhältnismäßigen - Reduzierung, nicht aber mit einer völligen Befreiung von den Netzentgelten honorieren, die sich von jeglicher Kostenverursachungsgerechtigkeit löst. Eine Befreiung und damit eine Reduzierung bis auf Null ist schon deshalb ausgeschlossen, weil das abweichende Nutzungsverhalten auf das Leistungselement der Netzkosten beschränkt ist, es also nur zu

einer Reduzierung des Leistungs- und nicht auch des Arbeitspreises führen kann (BGH, a. a. O.).
Das Anknüpfungsmerkmal der stromintensiven Netznutzung und die zugrunde gelegten Schwellenwerte sprechen ungeachtet dessen gegen eine unentgeltliche Netznutzung. Von der Befreiung sollen stromintensive Netznutzer erfasst werden, die 7.000 Benutzungsstunden/p.a. erreichen und einen Stromverbrauch von 10 GWh aufweisen. Da diese intensive Nutzung impliziert, dass sie das Netz jedenfalls auch zeitgleich mit den übrigen Netznutzern nutzen müssen, kann es nicht sachgerecht sein, sie - wie der Gesetzgeber meint - allein mit Blick auf die Bandlast, also den Umstand, dass sie kontinuierlich Strom verbrauchen und damit das Netz nutzen, von den Kosten der Netznutzung freizustellen. Ob es bei diesem Nutzungsverhalten auch zu einer erheblichen Abweichung des individuellen Höchstlastbeitrags von der zeitgleichen Jahreshöchstlast kommen kann, wie der Verordnungsgeber bei dem Regelbeispiel des § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV a. F. unterstellt hatte, kann offen bleiben (zweifelhaft insoweit: Britz/Herrmann, IR 2005, 98 ff.). Eine solche netzstabilisierende Wirkung kann - wie ausgeführt - nur zu einer verhältnismäßigen Reduzierung, nicht aber zu einer vollständigen Befreiung von den Netzkosten führen. Eine vollständige Befreiung lässt sich gerade bei den gewählten Schwellenwerten nicht mit dem System und der gewählten Methode der Entgeltbestimmung vereinbaren. Sie ist nicht sachgerecht und systemwidrig, weil sie impliziert, dass durch diese intensive Netznutzung keine Netzkosten verursacht würden.
Die an die Befreiung geknüpften Schwellenwerte sprechen vielmehr dafür, dass der Gesetzgeber - ähnlich wie in den Regelungen des § 9 Abs. 7 KWKG und des § 41 EEG - die Unternehmen der Papier-, der Zement-, der Metall erzeugenden und der chemischen Industrie durch eine Härtefallregelung privilegieren wollte, um sie vor einer strompreisbedingten Abwanderung in das Ausland zu bewahren (s.a. Begründung zu § 9 Abs. 7 KWKG in BT-Drs. 14/7024, S. 14).
Eine derartige Privilegierung aus wirtschaftspolitischen Gründen ist indessen von der Verordnungsermächtigung, die allein die Bestimmung der Entgelte, also das „wie" betrifft, nicht erfasst.
2.3. Die Nichtigkeit der Verordnungsänderung erfasst diese in vollem Umfang und hat daher zur Folge, dass die Festlegung, die den in der Änderung vorgesehenen Ausgleichsmechanismus weiter umsetzen soll, ebenfalls vollumfänglich aufzuheben ist.
Eine Teilnichtigkeit der Verordnungsänderung mit einer „geltungserhaltenden" Reduktion im Übrigen, also beschränkt auf den bundesweiten Ausgleich der Erlösausfälle durch individuelle Netzentgelte nach § 19 Abs. 2 Satz 1 StromNEV, kommt nicht in Betracht.
Nach den in § 139 BGB und § 44 Abs. 4 VwVfG niedergelegten Rechtsgrundsätzen kann ein Rechtsakt nur (dann) teilweise unwirksam sein, wenn die Unwirksamkeitsgründe einen abgrenzbaren Teil erfassen und zudem feststeht, dass der übrige Rechtsakt gegebenenfalls auch ohne diesen Teil erlassen worden wäre (BVerwG, Beschluss vom 11.07.2002, 3 B 84.02, Rdnr. 3, zitiert nach juris).
Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Der - bundesweite - Ausgleich der Erlösausfälle, die durch Befreiung und individuelle Netzentgelte dem Netzbetreiber entstehen, stellt keinen eigenen abgrenzbaren Teil der Änderung dar, der auch ohne die Befreiung stromintensiver Netznutzer geregelt worden wäre. Die Änderung zielte ganz ersichtlich darauf ab, stromintensive Netznutzer künftig nicht nur in den Genuss eines individuellen Netzentgelts kommen zu lassen, sondern ihnen die Möglichkeit einer weitergehenden Privilegierung, die vollständige Befreiung von den Netzentgelten, einzuräumen. Mit Blick darauf, dass es unbillig wäre, die übrigen Netznutzer je nach Belegenheit des Netzes und Zahl der

stromintensiven Netznutzer in unterschiedlicher Höhe mit den daraus resultierenden Folgen zu belasten, sah der Gesetzgeber die Notwendigkeit, die - nicht unerheblichen - Erlösausfälle gleichmäßig auf alle (übrigen) Letztverbraucher umzulegen. Aus der Verordnungsbegründung geht - wie auch die Bundesnetzagentur erkennt - klar und eindeutig hervor, dass der Gesetzgeber hierzu nur Anlass sah, damit „örtliche Gegebenheiten für die Frage der Befreiung von den Netzentgelten nach § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV keine Rolle spielen" und er von daher den bundesweiten Ausgleich „zur Vermeidung überproportionaler regionaler Belastungen" installiert hat (BT-Drs. 17/6365 (S. 34)). Damit wollte er auch dem Umstand Rechnung tragen, dass die Genehmigung eines individuellen Netzentgelts nach § 19 Abs. 2 Satz 8 StromNEV a. F. nur erfolgen konnte, wenn „die Netzentgelte aller übrigen Netznutzer dieser und aller nachgelagerten Netz- und Umspannebenen sich dadurch nicht wesentlich erhöhen".
Ungeachtet dessen aber gilt für die vom Gesetzgeber vorgenommene Änderung ohnehin, dass - wie schon ausgeführt - der erforderliche sachliche Zusammenhang mit den weiteren gesetzgeberischen Maßnahmen fehlt, der indessen erforderlich ist, wenn der Gesetzgeber von einer delegierten Verordnungsermächtigung Gebrauch machen will. Dies betrifft auch die den Umlagemechanismus betreffende Änderung der maßgeblichen Vorschriften.
I.
C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 Satz 1 EnWG. Da die Beschwerde Erfolg hat, hat die Bundesnetzagentur die Gerichtskosten zu tragen und der Beschwerdeführerin die entstandenen notwendigen Auslagen zu erstatten.
II.
Die Festsetzung des Gegenstandswerts für das Beschwerdeverfahren folgt aus § 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO. Das mit der Beschwerde verbundene Interesse der Beschwerdeführerin an der Aufhebung der angegriffenen Festlegung bemisst der Senat seiner Praxis in vergleichbaren Fällen entsprechend auf 50.000 €.
D. Der Senat hat die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof gegen diese Entscheidung zugelassen, weil die streitgegenständliche Frage grundsätzliche Bedeutung im Sinne des § 86 Abs. 2 Nr. 1 EnWG hat und die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs entsprechend § 86 Abs. 2 Nr. 2 EnWG erfordert.
Zitiervorschlag:
OLG Düsseldorf Beschl. v. 3.7.2013 – 3 Kart 78/12, BeckRS 2016, 18484

BeckRS 2013, 52580

OVG Berlin-Brandenburg (Senat), Urteil vom 11.06.2013 - OVG 4 B 31.12

Titel:
Organstreit, Statthaftigkeit, Beanstandungsverfahren, Frauenversammlung
Normenketten:
BlnLGG §§ 16, 17 V 2, 18a IV 2, 20
BlnPersVG §§ 45 II, 54, 59, 72
VwGO §§ 42 II, 43 I
Rechtsgebiete:
Verwaltungsverfahren und -prozess, Arbeitsrecht, Sonstiges besonderes Verwaltungsrecht
Schlagworte:
Organstreit, Statthaftigkeit, Beanstandungsverfahren, Frauenversammlung

ECLI:
ECLI:DE:OVGBEBB:2013:0611.OVG4B31.12.0A
Rechtskraft:
rechtskräftig

Text1

Hauptschlagwort: Gesamtfrauenvertreterin Organstreit Statthaftigkeit einer Feststellungsklage Feststellungsinteresse Notwendigkeit der Durchführung eines Beanstandungsverfahrens (hier verneint) Recht auf Durchführung einer Frauenversammlung Gesetzesauslegung Wortlaut Form
Normenkette:
In der Verwaltungsstreitsache
der Gesamtfrauenvertreterin der Senatsverwaltung für ... B.-W.-Straße ..., B.,
Klägerin und Berufungsklägerin,
bevollmächtigt: ...
gegen
die Senatorin für ..., B.-W.-Straße ..., B.,
Beklagte und Berufungsbeklagte,
hat der 4. Senat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Juni 2013 durch den Vorsitzenden Richter am Oberverwaltungsgericht Lehmkuhl, die Richterin am Oberverwaltungsgericht Schrimpf, den Richter am Oberverwaltungsgericht Dr. Koch, den ehrenamtlichen Richter Siering und die ehrenamtliche Richterin Stellmacher für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Verwaltungsgerichts Berlin vom 15. Dezember 2010 geändert.
Es wird festgestellt, dass die Beklagte durch die von ihr ausgesprochene Ablehnung des Antrags auf Durchführung einer Frauenversammlung im Geschäftsbereich der Senatsverwaltung für Bildung, Wissenschaft und Forschung am 8. März 2011 die Klägerin in ihren organschaftlichen Rechten als Gesamtfrauenvertreterin verletzt hat.
Die Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens.
Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 v. H. des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 v. H. des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.
Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

Die Beteiligten streiten um das Recht der Klägerin, eine Gesamtfrauenversammlung durchzuführen.
Nachdem im Jahre 2009 ein Antrag der Klägerin auf Durchführung einer Gesamtfrauenversammlung von der Beklagten mit der Begründung abgelehnt worden war, eine derartige Versammlung sei nach dem Landesgleichstellungsgesetz nicht vorgesehen, zeigte die Klägerin der Beklagten mit Schreiben vom 12. Juli 2010 an, für den 8. März 2011 eine Gesamtfrauenversammlung zu planen. Hierzu habe sie nach § 18a Abs. 4 Satz 2 i. V. m. § 17 Abs. 4 (nunmehr Abs. 5) Satz 2 LGG Bln ein Recht. Sie bat die Beklagte um Mitteilung, ob sie ihre Rechtsauffassung teile und die geplante Versammlung stattfinden könne. In einem Gespräch mit der Klägerin am 6. September 2010 erklärte ein Mitarbeiter

der Beklagten, dass diese Versammlung aus seiner Sicht nicht stattfinden dürfe.
Die Klägerin hat am 11. September 2010 Klage beim Verwaltungsgericht Berlin erhoben und zur Begründung ausgeführt: § 18a Abs. 4 Satz 2 LGG Bln verweise auf § 17 LGG Bln, ohne hierbei schon nach seinem Wortlaut eine Einschränkung vorzunehmen. Hierin unterscheide sich das LGG vom PersVG Bln, das für den Gesamt- und den Hauptpersonalrat keine ausdrücklichen Verweise im Hinblick auf die Durchführung von Personalversammlungen vorsehe. Ohne Belang sei es zudem, dass an der Versammlung 25.000 Frauen aus dem Zuständigkeitsbereich teilnehmen könnten. Eine einschränkende Auslegung lasse sich auch nicht auf § 18a Abs. 4 Satz 1 LGG Bln stützen. Daraus ergebe sich nicht, dass sich § 18a Abs. 4 Satz 2 LGG Bln nur auf Beteiligungs- und Beanstandungsrechte beziehe. Diese Bestimmung soll es ihr vielmehr ermöglichen, alle mit ihrer in § 18a Abs. 4 Satz 1 LGG Bln geregelten Aufgabenstellung verbundenen Rechte und Pflichten wahrzunehmen. Die Durchführung einer Gesamtfrauenversammlung sei auch geboten, weil die Gesamtfrauenvertreterin zuständigkeitsübergreifend innerhalb der Senatsverwaltung grundsätzliche gleichstellungsrechtliche Fragen behandele, von denen sowohl die einzelnen Frauenvertreterinnen des Zuständigkeitsbereichs als auch die weiblichen Dienstkräfte betroffen seien.
In ihrer Klageerwiderung hat die Beklagte ausgeführt: Die nach Auffassung der Klägerin über einen uneingeschränkten Verweis auf die Rechte der Frauenvertreterinnen vermittelte Übertragung aller Befugnisse auf die Gesamtfrauenvertreterin führte dazu, dass es ihr zeitlich nicht mehr möglich wäre, ihren eigentlichen vom LGG Bln vorgegebenen Aufgaben nachzugehen. Vor diesem Hintergrund werde in der Literatur vertreten, § 18 Abs. 4 Satz 2 LGG Bln enthalte nur die Klarstellung, dass die Gesamtfrauenvertreterin in ihrem Zuständigkeitsbereich sämtliche Beteiligungs- und Beanstandungsrechte der Frauenvertreterin habe. Von diesen Rechten sei das hier umstrittene Recht nicht umfasst. Diese Auslegung ergebe sich auch aus dem systematischen Zusammenhang der Regelung mit der Vorschrift in § 18a Abs. 4 Satz 1 LGG Bln. Es könne überdies nicht in der Absicht des Landesgesetzgebers gelegen haben, die jährliche Durchführung einer Großversammlung mit 25.000 Frauen zuzulassen, zumal nur das Olympiastadion von seinen Kapazitäten her geeignet wäre, den erforderlichen Raum für eine derartige Veranstaltung zu bieten. Ungeachtet dessen sei nicht zu ersehen, welche zuständigkeitsübergreifenden gleichstellungsrechtlichen Fragen eine Gesamtfrauenversammlung überhaupt diskutieren könnte.
Das Verwaltungsgericht hat die Klage mit Urteil vom 15. Dezember 2010 abgewiesen und zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt: Die zulässige Klage sei nicht begründet. Die Klägerin habe nicht das Recht auf Durchführung einer Frauenversammlung für ihren Geschäftsbereich. Dieses Recht ergebe sich nicht aus § 18a Abs. 4 Satz 2 i. V. m. § 17 Abs. 5 Satz 2 LGG Bln, auch wenn der Wortlaut des Gesetzes die Ansicht der Klägerin zu stützen scheine. Die Entstehungsgeschichte der Gesetzesbestimmung sei unergiebig. Systematisch sei auffällig, dass die in § 17 Abs. 5 Satz 2 LGG Bln genannten Gesetzesbestimmungen nur „entsprechend" gelten sollen, während sich nach § 18 Abs. 3 Satz 1 LGG Bln die Freistellung und die Vertretung der Gesamtfrauenvertreterin nach den für die Frauenvertreterin geltenden Vorschriften „richten". In systematischer Hinsicht sei auch zu beachten, dass § 18a Abs. 4 Satz 2 LGG Bln als nähere Ausführung des Beteiligungsrechts nach § 18a Abs. 4 Satz 1 LGG Bln erscheine. Die Regelungen in § 17 Abs. 5 LGG Bln über die Sprechstunden und die Frauenversammlung seien aber keine Regelungen der Beteiligung, sondern des Geschäftsbetriebs der Frauenvertretung. Es hätte mithin nahegelegen, diese Aspekte

neben den Ausstattungsfragen in der Grundnorm über die Frauenvertreterin, also in § 16 LGG Bln, zu regeln oder den Verweis in einem eigenen Absatz des § 18a LGG Bln aufzunehmen. Dieser Beurteilung stehe die später, im Jahr 2006 erfolgte Aufnahme des § 20 in § 18 a Abs. 4 Satz 2 LGG Bln nur scheinbar entgegen. Die Klagemöglichkeit der Gesamtfrauenvertreterin beschränke sich nicht lediglich auf Beteiligungsfragen. Die Einfügung des Verweises auf § 20 LGG Bln lasse sich deshalb nur mit dem Willen des Gesetzgebers erklären, sprachliche Wiederholungen in einem weiteren, neu zu bildenden Absatz zu vermeiden. Schließlich spreche die Auslegung nach Sinn und Zweck des Gesetzes gegen das hier umstrittene Recht. Der Gesetzgeber habe die Stelle einer Gesamtfrauenvertreterin dem Gremium des Gesamtpersonalrates nachgebildet. Er habe ihr zusätzlich die Aufgaben der Frauenvertretung für den Zuständigkeitsbereich des Hauptpersonalrates zugewiesen. Weder der Gesamt- noch der Hauptpersonalrat dürften allerdings Versammlungen für ihren Bereich durchführen.
Gegen dieses Urteil richtet sich die vom Senat zugelassene Berufung der Klägerin, die sie wie folgt begründet: Zunächst postuliere der Wortlaut des § 18a Abs. 4 Satz 2 LGG Bln bei isolierter Betrachtung eine uneingeschränkte entsprechende Anwendbarkeit der §§ 17, 18 und 20 LGG Bln. Dieser klaren Bezugnahme werde durch die systematischen und teleologischen Argumente des Verwaltungsgerichts nicht die Grundlage entzogen. Die gebräuchliche Formulierung einer „entsprechenden" Geltung sei nicht einschränkend gemeint. Entsprechendes ergebe sich auch nicht aus dem systematischen Zusammenhang zwischen den Sätzen 1 und 2 des § 18a Abs. 4 LGG Bln. Mit seiner daraus geschlussfolgerten Unterscheidung trenne das Verwaltungsgericht künstlich zwischen dem „Geschäftsbetrieb" der Frauenvertretung und den Beteiligungsrechten; das sei dem LGG Bln fremd. Die Erwägungen des Verwaltungsgerichts zum Verweis des § 18a Abs. 4 Satz 2 LGG Bln auf § 20 LGG Bln seien spekulativ. Es sei nicht plausibel, den Verweisen in § 18a Abs. 4 Satz 2 LGG Bln eine unterschiedliche Reichweite beizumessen. Der an Sinn und Zweck der Norm orientierte Hinweis des Verwaltungsgerichts auf die Parallelität der Einrichtung der Gesamtfrauenvertreterin und der Stufenvertretung nach dem Personalvertretungsgesetz des Landes Berlin überzeuge ebenfalls nicht. Lediglich der Aufbau des Gesamtpersonalrats sei Vorbild für die Gesamtfrauenvertreterin gewesen. Für die Struktur der Aufgaben und Rechte der gleichstellungsrechtlichen Gremien ergebe sich aus dieser Orientierung nichts.
Die Klägerin beantragt,
das Urteil des Verwaltungsgerichts Berlin vom 15. Dezember 2010 zu ändern und festzustellen, dass die Ablehnung des Antrags der Klägerin auf Durchführung einer Frauenversammlung am 8. März 2011 ihre Rechte verletzt habe.
Die Beklagte beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.
Sie verteidigt das angefochtene Urteil und tritt der Berufung entgegen.
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Gerichtsakte verwiesen, deren Inhalt - soweit wesentlich - Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen ist.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Berufung der Klägerin ist begründet. Das Verwaltungsgericht ist zu Unrecht davon ausgegangen, dass die Klägerin kein Recht auf Durchführung einer Frauenversammlung für ihren Geschäftsbereich am 8. März 2011 hatte.
1. Die Klage ist zulässig.
a) Die Statthaftigkeit der Feststellungsklage ergibt sich aus § 18a Abs. 4 Satz 2 i. V. m. §

20 Satz 1 LGG Bln. Danach kann die Gesamtfrauenvertreterin das Verwaltungsgericht u. a. anrufen, um geltend zu machen, dass die Dienststelle ihre Rechte aus dem Landesgleichstellungsgesetz des Landes Berlin verletzt hat. Es handelt sich dabei um einen gesetzlich besonders ausgeformten Organstreit, dessen Gegenstand auf die Feststellung eines konkreten Rechtsverstoßes durch ein bestimmtes Handeln oder Unterlassen der Dienststellenleitung beschränkt ist (vgl. zu der im Wesentlichen gleichlautenden Bestimmung des § 22 Abs. 3 Nr. 1 BGlG BVerwG, Urteil vom 8. April 2010 - 6 C 3.09 -, juris Rn. 12).
b) Die Klagebefugnis (entsprechend § 42 Abs. 2 VwGO) sowie das Feststellungsinteresse (§ 43 Abs. 1 VwGO) der Klägerin ergeben sich daraus, dass die von ihr geltend gemachte Rechtsverletzung jedenfalls möglich und ihre Wiederholung - gerade vor dem Hintergrund der bisher von der Beklagten geäußerten Auffassung - nicht ausgeschlossen erscheint.
c) Dass dem Klageverfahren kein Beanstandungsverfahren vorausgegangen ist, kann auch aus Sicht des Senats als unschädlich angesehen werden. Die dazu vom Verwaltungsgericht angestellten Erwägungen (vgl. S. 3 f. EA) sind zutreffend; auf sie wird Bezug genommen.
2. Die Klage ist auch begründet. Die Beklagte hat durch die von ihr ausgesprochene Ablehnung des Antrages auf Durchführung einer Frauenversammlung im Geschäftsbereich der Senatsverwaltung für Bildung, Wissenschaft und Forschung am 8. März 2011 die Klägerin in ihren organschaftlichen Rechten als Gesamtfrauenvertreterin verletzt. Die Klägerin war nach § 18a Abs. 4 Satz 2 i. V. m. § 17 Abs. 5 Satz 2 LGG Bln berechtigt, am 8. März 2011 eine Frauenversammlung für ihren Geschäftsbereich durchzuführen. Der Senat folgt der Interpretation dieser Bestimmungen durch das Verwaltungsgericht, wie sie der angefochtenen Entscheidung zugrunde liegt, nicht.
a) Maßgebend für die Auslegung von Gesetzen ist der in der Norm zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers, wie er sich aus dem Wortlaut der Vorschrift und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den sie hineingestellt ist. Der Erfassung des objektiven Willens des Gesetzgebers dienen die anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung aus dem Wortlaut der Norm, der Systematik, ihrem Sinn und Zweck sowie aus den Gesetzesmaterialien und der Entstehungsgeschichte, die einander nicht ausschließen, sondern sich gegenseitig ergänzen. Unter ihnen hat keine einen unbedingten Vorrang vor einer anderen. Ausgangspunkt der Auslegung ist der Wortlaut der Vorschrift. Er gibt allerdings nicht immer hinreichende Hinweise auf den Willen des Gesetzgebers. Unter Umständen wird erst im Zusammenhang mit Sinn und Zweck des Gesetzes oder anderen Auslegungsgesichtspunkten die im Wortlaut ausgedrückte, vom Gesetzgeber verfolgte Regelungskonzeption deutlich, der sich der Richter nicht entgegenstellen darf. Dessen Aufgabe beschränkt sich darauf, die intendierte Regelungskonzeption bezogen auf den konkreten Fall - auch unter gewandelten Bedingungen - möglichst zuverlässig zur Geltung zu bringen. In keinem Fall darf richterliche Rechtsfindung das gesetzgeberische Ziel der Norm in einem wesentlichen Punkt verfehlen oder verfälschen oder an die Stelle der Regelungskonzeption des Gesetzgebers gar eine eigene treten lassen. Für die Beantwortung der Frage, welche Regelungskonzeption dem Gesetz zugrunde liegt, kommt daneben den Gesetzesmaterialien und der Systematik des Gesetzes eine nicht unerhebliche Indizwirkung zu. Die Eindeutigkeit der im Wege der Auslegung gewonnenen gesetzgeberischen Grundentscheidung wird nicht notwendig dadurch relativiert, dass der Wortlaut der einschlägigen Norm auch andere Deutungsmöglichkeiten eröffnet, soweit diese Deutungen offensichtlich eher fern liegen. Anderenfalls wäre es für den Gesetzgeber angesichts der Schwierigkeit, textlich Eindeutigkeit herzustellen, nahezu unmöglich, sein

Regelungsanliegen gegenüber der Rechtsprechung über einen längeren Zeitraum durchzusetzen (so mit ausführlichen weiteren Nachweisen BVerfG, Urteil vom 19. März 2013 - 2 BvR 2628/10 u. a. -, juris Rn. 66)
b) Ausgehend von diesen Grundsätzen ist die Verweisung des § 18a Abs. 4 Satz 2 LGG Bln auf § 17 LGG Bln als uneingeschränkt zu betrachten mit der Folge, dass sie auch das in § 17 Abs. 5 Satz 2 LGG Bln geregelte Recht erfasst, einmal jährlich eine Versammlung der weiblichen Beschäftigten (Frauenversammlung) durchzuführen.
aa) Für die hier vertretene Auslegung spricht zunächst der Wortlaut des § 18a Abs. 4 Satz 2 LGG Bln. Die in der Norm u. a. enthaltene Binnenverweisung auf § 17 LGG Bln enthält keine Einschränkungen oder Maßgaben; der Bezugstext - im vorliegenden Zusammenhang auch der Text des § 17 Abs. 5 Satz 2 LGG Bln - ist eindeutig und genau bestimmbar. Soweit der Landesgesetzgeber in § 18a Abs. 4 Satz 2 LGG Bln den Begriff „entsprechend" verwendet, um die Reichweite der Geltung der in Bezug genommenen Vorschriften festzulegen, ergibt sich hieraus kein Hinweis auf eine eingeschränkte Geltung der Bezugsnormen. Eine „entsprechende" Geltung bedeutet, dass die einzelnen Elemente des durch die Verweisung geregelten und desjenigen Tatbestandes, auf dessen Rechtsfolgen verwiesen wird, miteinander so in Beziehung zu setzen sind, dass den jeweils nach ihrer Funktion, ihrer Stellung im Sinnzusammenhang des Tatbestandes gleich zu erachtenden Elementen die gleiche Rechtsfolge zugeordnet wird (so Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Studienausgabe, 1983, S. 140; ebenso Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Studienausgabe, 3. Aufl. 1995, S. 82), mithin der in der Verweisung beschriebene Sachverhalt rechtlich so zu behandeln ist wie der Sachverhalt der Vorschrift, auf die verwiesen wird (Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 6. Aufl. 2011, S. 85). Diese Analogieverweisung, die als gesetzestechnisches Mittel gewählt wird, um textliche Wiederholungen zu vermeiden (vgl. Larenz, a. a. O., S. 141; Rüthers/Fischer/Birk, a. a. O.; Bundesministerium der Justiz, Hrsg., Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. Aufl. 2008, www...de, Rn. 225), kommt immer dann in Betracht, wenn der Bezugstext - wie hier der ausdrücklich für Frauenvertreterinnen, hingegen nicht für Gesamtfrauenvertreterinnen geltende § 17 LGG Bln - nicht wörtlich passt. Kann die Bezugsnorm aber nicht wörtlich bei der Ausgangsnorm mitgelesen werden, dann kann nur eine „entsprechende" Anwendung geregelt werden (s. Bundesministerium der Justiz, a. a. O., Rn. 232). Für eine Relativierung der Geltungsanordnung in § 18a Abs. 4 Satz 2 Bln besteht nach alledem kein Raum.
bb) Eine systematische Interpretation des § 18a Abs. 4 Satz 2 LGG Bln führt nicht dazu, die Bestimmung des § 17 Abs. 5 Satz 2 LGG Bln von der Verweisung auszunehmen.
(1) Bei der systematischen Auslegung ist darauf abzustellen, dass einzelne Rechtssätze, die der Gesetzgeber in einen sachlichen Zusammenhang gestellt hat, grundsätzlich so zu interpretieren sind, dass sie logisch miteinander vereinbar sind. Denn es ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber sachlich Zusammenhängendes so geregelt hat, dass die gesamte Regelung einen durchgehenden, verbindlichen Sinn ergibt (BVerfG, Beschluss vom 9. Mai 1978 - 2 BvR 952/75 -, juris Rn. 32).
(2) Gemessen daran ergeben sich nach der systematischen Auslegungsmethode keine ausreichenden Hinweise für eine vom Wortlaut des § 18a Abs. 4 Satz 2 LGG Bln abweichende Deutung der Reichweite der ausgesprochenen Verweisung.
(a) Soweit in der angefochtenen Entscheidung eine systematische Auffälligkeit darin erblickt wird, dass § 18a Abs. 4 Satz 2 LGG Bln eine „entsprechende" Geltung anordnet, während sich nach § 18a Abs. 3 Satz 1 LGG Bln die Freistellung und die Vertretung der Gesamtfrauenvertreterin nach den für die Frauenvertreterin geltenden Vorschriften

„richten", ergibt sich daraus keine - auf eine Einschränkung der Verweisung deutende - Relativierung. Der Landesgesetzgeber verwendet hier nur unterschiedliche Formulierungen für eine Analogieverweisung, ohne dass sich hieraus Schlüsse auf ein unterschiedliches Maß der Verweisung ziehen lassen. Für einen verständigen Rechtsunterworfenen bietet dieser Umstand jedenfalls keinen Anlass zu einer einschränkenden Auslegung des § 18a Abs. 4 Satz 2 LGG Bln.
(b) Der systematische Zusammenhang zwischen dieser Norm und § 18a Abs. 4 Satz 1 LGG Bln, der regelt, dass die Gesamtfrauenvertreterin zuständig ist für die Beteiligung an den Angelegenheiten, an denen der Gesamtpersonalrat zu beteiligen ist, sowie für die Beteiligung bei allen sozialen, organisatorischen und personellen Maßnahmen, für die die Zuständigkeit einer Frauenvertreterin nicht gegeben ist, sowie für Angelegenheiten, für die die Zuständigkeit des Hauptpersonalrats begründet wurde, bietet dafür ebenfalls keinen hinreichenden Anhalt.
§ 18a Abs. 4 Satz 2 LGG Bln kann zwar als nähere Ausführungsbestimmung zu der - die Zuständigkeiten der Gesamtfrauenvertreterin und der Frauenvertreterinnen gegeneinander abgrenzenden - Regelung in § 18a Abs. 4 Satz 1 LGG Bln betrachtet werden.
Der Senat vermag jedoch nicht der Annahme zu folgen, dass die Vorschrift des § 17 Abs. 5 LGG Bln über die Sprechstunden und die Frauenversammlung keine Regelungen über die Beteiligung enthält, sondern den Geschäftsbetrieb der Frauenvertretung betrifft und deshalb neben den Bestimmungen über Ausstattungsfragen in § 16 LGG Bln, der Grundnorm über das Institut der Frauenvertreterin, hätte eingeordnet werden müssen. Abgesehen davon, dass die Durchführung von Sprechstunden und Versammlungen die Ausstattung der Frauenvertreterin, das heißt die zur Ausübung der Tätigkeit erforderlichen personellen, räumlichen, sachlichen und finanziellen Mittel (vgl. Wankel/Horstkötter, in: Schiek/Dieball/Horstkötter/Seidel/Vieten/Wankel, Frauengleichstellungsgesetze des Bundes und der Länder, Kommentar, 2. Aufl. 2002, Teil A: Systematische Darstellung, Rn. 568), nicht berührt, widerspricht eine derartige Betrachtungsweise auch der vom Landesgesetzgeber gewählten Systematik der Bestimmungen über die Frauenvertreterin. Das LGG Bln unterscheidet u. a. zwischen den Vorschriften über die Rechtsstellung der Frauenvertreterin in § 16 - etwa mit Bestimmungen über die Dienststelle als Ort der Tätigkeit, die Wahl, die Verhinderung, die Freistellung vom Dienst, den Benachteiligungsschutz, die Weisungsfreiheit und die Verschwiegenheitspflicht - und (entsprechend der amtlichen Überschrift) deren „Aufgaben und Rechten" in § 17. Diese Norm enthält wiederum Regelungen über die Beteiligungsaufgaben (zu diesem Begriff Wankel/Horstkötter, in: a. a. O., § 17 BerlLGG Rn. 1512, 1515) einschließlich der Normen über eine fehlende oder nicht rechtzeitige Beteiligung (§ 17 Abs. 1 bis Abs. 4 Satz 1, Abs. 7 LGG Bln) sowie die Befugnisse bei der Bewältigung dieser Aufgabenstellungen, zu denen neben Unterrichtungspflichten der Dienststelle (vgl. § 17 Abs. 4 Satz 2, Abs. 6 LGG Bln) auch die Durchführung von Sprechstunden und einer jährlich stattfindenden Frauenversammlung zählt. Die Frauenversammlung gibt der Frauenvertreterin dabei nicht nur die Gelegenheit, ihren Tätigkeitsbericht abzugeben (§ 17 Abs. 5 Satz 3 LGG Bln) und gleichstellungsrechtliche Fragen anzusprechen. Zugleich erhält sie damit (wie übrigens auch mit der Durchführung einer Sprechstunde) die Möglichkeit, sich über gleichstellungsrechtliche Fragen bei den weiblichen Beschäftigten der Dienststelle zu informieren (vgl. zur Funktion der Sprechstunde und der Frauenversammlung als Mittel der Selbstinformation: von Roetteken, Bundesgleichstellungsgesetz, Loseblatt-Kommentar, Stand: März 2013, § 20 Rn. 40 ff.; Wankel/Horstkötter, in: a. a. O., § 18 HGlG Rn. 2133; zur Personalversammlung als Forum für Kritik, Anregungen und Beschwerden der

Beschäftigten s. auch Germelmann/Binkert/Germelmann, PersVG Berlin, Kommentar, 3. Aufl. 2010, § 45 Rn. 7). Diese Instrumente können danach ebenfalls zu den Beteiligungsrechten (als Oberbegriff für Beteiligungsaufgaben und -befugnisse) gezählt werden. Dass § 17 Abs. 5 LGG Bln „fehlplatziert" wirke - wie das Verwaltungsgericht meint -, vermag der Senat nach dem festgestellten Befund, der auch der Struktur des Bundesgleichstellungsgesetzes (vgl. §§ 18 bis 20 BGlG) und anderer Landesgleichstellungsgesetze entspricht (vgl. z. B. §§ 11 f. GlG MV, §§ 17 f. LGG RhPf), nicht zu bestätigen. Seine Einbeziehung in die Geltungsanordnung des § 18a Abs. 4 Satz 2 LGG Bln ist damit auch unter Berücksichtigung seiner Stellung gegenüber § 18a Abs. 4 Satz 1 LGG Bln systematisch nachvollziehbar. Die von der Beklagten zitierten Stimmen aus der Literatur zu § 18a Abs. 4 Satz 2 LGG Bln (vgl. Wankel/Horstkötter, in: a. a. O., § 18a BerlLGG Rn. 1542; Trach/Brodersen, in: ver.di, Hrsg., Erläuterungen zum Landesgleichstellungsgesetz Berlin, 2008, S. 54) rechtfertigen nach alledem keine andere Beurteilung. Der dort jeweils enthaltene Hinweis, der Verweis in Satz 2 stelle klar, dass die Gesamtfrauenvertreterin in allen Angelegenheiten, für die sie nach Satz 1 zuständig sei, sämtliche Beteiligungs- und Benachteiligungsrechte einer Frauenvertreterin habe, widerspricht der hier vertretenen Auffassung gerade nicht.
Vor diesem Hintergrund wird auch verständlich, weshalb sich der Landesgesetzgeber mit dem Achten Gesetz zur Änderung des Landesgleichstellungsgesetzes vom 19. Juni 2006 (GVBl. S. 575) dafür entschieden hat, den neu geschaffenen Verweis auf § 20 LGG Bln in § 18a Abs. 4 Satz 2 LGG Bln aufzunehmen und dafür keinen neuen Absatz zu schaffen. Für eine gesonderte Bezugnahme auf § 20 LGG Bln bestand gar kein Anlass, da diese Verweisung wie auch diejenige auf die §§ 17 und 18 LGG Bln uneingeschränkt gelten soll. Die Einfügung lässt sich damit nicht nur - wie das Verwaltungsgericht hervorhebt - mit dem Willen des Gesetzgebers erklären, auf sprachliche Wiederholungen in einem weiteren, neu zu bildenden Absatz zu verzichten. So verstanden wie hier entspricht die Verweisung auf § 20 LGG Bln jedenfalls der bisherigen rationalen wie stimmigen Systematik und vermeidet zudem Unklarheiten, die mit der Annahme verbunden wären, dass die Reichweite der Geltungsanordnung für die Vorschriften der §§ 17, 18 und 20 LGG Bln jeweils unterschiedlich bestimmt sei.
cc) Sinn und Zweck des § 18a Abs. 4 Satz 2 LGG rechtfertigen eine Einschränkung der Verweisung auf § 17 LGG im Sinne der erstinstanzlich vertretenen Auffassung nicht. Eine teleologische Reduktion ist nicht angezeigt.
(1) Die Befugnis zur Korrektur des Wortlauts einer Vorschrift steht den Gerichten nur begrenzt zu. Sie ist unter anderem dann gegeben, wenn die Beschränkung des Wortsinns einer gesetzlichen Regelung aufgrund des vom Gesetzgeber mit ihr verfolgten Regelungsziels geboten ist, die gesetzliche Regelung also nach ihrem Wortlaut Sachverhalte erfasst, die sie nach dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers nicht erfassen soll. In einem solchen Fall ist eine zu weitgefasste Regelung im Wege der sogenannten teleologischen Reduktion auf den ihr nach Sinn und Zweck zugedachten Anwendungsbereich zurückzuführen (BVerwG, Urteil vom 27. Juni 1995 - 9 C 8.95 -, juris Rn. 9).
(2) Die Voraussetzungen hierfür sind nicht gegeben.
Der in der angefochtenen Entscheidung hervorgehobene Umstand, dass die Stelle einer Gesamtfrauenvertreterin nur für diejenigen Bereiche eingerichtet wurde, in denen es einen Gesamtpersonalrat gibt (vgl. § 18a Abs. 1 Satz 1 LGG Bln), und sie in ihrer koordinierenden Funktion dieser Stufenvertretung nachgebildet ist, der wie dem Hauptpersonalrat kein Recht zusteht, eine Personalversammlung für ihren Bereich

durchzuführen, eröffnet eine Befugnis, den Wortlaut des § 18a Abs. 4 Satz 2 LGG Bln zu korrigieren, nicht. Denn hierbei handelt es sich um jeweils eigenständige Institute. Sowohl die Aufgabenstellungen als auch die Beteiligung dieser Gremien ist unterschiedlich ausgestaltet und unterliegt differierenden gesetzlichen Zwecken. Während das LGG Bln den Gesamtfrauenvertreterinnen für ihren Zuständigkeitsbereich eine umfassende Beteiligungsaufgabe bei allen die weiblichen Beschäftigten betreffenden sozialen, organisatorischen und personellen Maßnahmen auferlegt (§ 17 Abs. 1 LGG Bln), besteht die Hauptaufgabe für den Gesamtpersonalrat bzw. den Hauptpersonalrat in der Vertretung der kollektiven Interessen aller in den jeweiligen Geschäftsbereichen tätigen Personen (zu den allgemeinen Aufgaben der Personalvertretungen im Detail vgl. § 72 PersVG Bln; zu denjenigen des Gesamt- bzw. des Hauptpersonalrats s. §§ 54, 59 PersVG). Die Regelungen über die Beteiligungsrechte der Gesamtfrauenvertreterin lassen erkennen, dass sie wie die Frauenvertreterin bereits während des Stadiums der Planung und Vorbereitung gleichstellungsrechtlich relevanter Maßnahmen zu beteiligen ist; die Personalvertretungen einschließlich der Stufenvertretungen werden hingegen regelmäßig erst mit den Maßnahmen konfrontiert, wenn sie getroffen worden sind (vgl. Wankel/ Horstkötter, in: a. a. O., Teil A, Rn. 724 f.; zu den Qualitätsunterschieden zwischen den gleichstellungsrechtlichen Beteiligungs- und Beanstandungsrechten und den personalvertretungsrechtlichen Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechten nach dem Berliner Landesrecht s. dies., a. a. O., Rn. 491). Dieser Verfahrenseinbindung entsprechen unterschiedliche Instrumentarien und Verfahrensabläufe, so dass es sich letztlich verbietet, der Gesamtfrauenvertreterin ein Recht nur deshalb zu versagen, weil es weder für den Gesamt- noch den Hauptpersonalrat geregelt worden ist. Auch mit der an Sinn und Zweck orientierten Argumentation des Verwaltungsgerichts lässt sich folglich nicht der notwendige eindeutige Nachweis erbringen, dass der Landesgesetzgeber etwas anderes gesagt hat, als er sagen wollte.
Ein entsprechender Beleg kann im vorliegenden Zusammenhang auch nicht mit dem Hinweis auf die Möglichkeit von Frauenversammlungen mit 25.000 oder mehr Teilnehmerinnen geführt werden. Es ist nicht zu ersehen, dass die Durchführung derartiger Massenversammlungen gänzlich unmöglich wäre, zumal es das LGG Bln nicht ausschließt, sich auf Teilversammlungen zu beschränken (zu dieser Möglichkeit nach dem Landespersonalvertretungsrecht vgl. § 45 Abs. 2 PersVG), deren Teilnehmerkriterien durch die Gesamtfrauenvertreterin bestimmt werden (vgl. Wankel/Horstkötter, in: a. a. O., § 13 BremLGG Rn. 1863 m. w. N., die sich ebenfalls auf eine Parallelregelung im Landespersonalvertretungsrecht beziehen). Ob die Durchführung der Frauenversammlung für den Geschäftsbereich der Gesamtfrauenvertreterin - was die Beklagte bezweifelt - im Einzelfall praktikabel wäre, ist für die Auslegung der Norm im Übrigen bedeutungslos. Das Gericht ist - anders als der Landesgesetzgeber - nicht befugt, danach zu fragen, ob es sich bei einer gesetzlichen Lösung um die zweckmäßigste, effektivste oder praktikabelste Regelung handelt.
Soweit die Beklagte die Sinnhaftigkeit einer derartigen Frauenversammlung in Frage zu stellen sucht, weil sie meint, es seien keine Themen erkennbar, über die auf dieser Versammlung diskutiert werden könnte, ist dies im vorliegenden Zusammenhang ebenfalls unergiebig. Die Beklagte übersieht neben den bereits erörterten Funktionen der Frauenversammlung (Selbstinformation, Gelegenheit zur Abgabe eines Tätigkeitsberichts), dass der Landesgesetzgeber die Gesamtfrauenvertreterin mit bestimmten Aufgabenstellungen betraut hat und damit zugleich davon ausgeht, dass sich in diesem Rahmen gleichstellungsrelevante Fragen stellen können, die auch einen entsprechenden

Diskussionsbedarf zu erzeugen vermögen. Ob dies für die Zukunft - etwa aus der Perspektive der Dienststellenleitung - absehbar ist oder nicht, rechtfertigt eine andere als die hier vertretene Interpretation des § 18a Abs. 4 Satz 2 LGG Bln jedenfalls nicht.
dd) Aus der Entstehungsgeschichte des § 18a Abs. 4 Satz 2 LGG Bln ergeben sich keine Hinweise, die gegen die hier vertretene Interpretation angeführt werden könnten. Das Institut der Gesamtfrauenvertreterin gemäß § 18a LGG Bln ist mit dem Gesetz über die Neuorganisation der Schulaufsicht und die Errichtung eines Landesschulamtes in Berlin vom 26. Januar 1995 (GVBl. S. 26) zunächst nur für das Landesschulamt geschaffen worden. Der Gesetzentwurf (vgl. Vorlage - zur Beschlussfassung - über Gesetz über die Neuorganisation der Schulaufsicht und die Errichtung eines Landesschulamtes in Berlin, AbgH-Drucks. 12/4910) enthielt eine entsprechende Bestimmung noch nicht; sie gelangte erst im Zuge der Ausschussberatungen - allerdings ohne nähere Begründung zu den einzelnen Regelungen einschließlich des § 18 a Abs. 4 Satz 2 LGG Bln - in die vorgeschlagene Gesetzesfassung (vgl. Beschlussempfehlung des Ausschusses für Schulwesen vom 12. Januar 1995 Gesetzesvorlage, AbgH-Drucks. 12/5158). Die Gesetzgebungsmaterialien zu späteren Gesetzesänderungen gehen auf die Reichweite der in besagter Vorschrift enthaltenen Verweisung ebenfalls nicht ein (vgl. Antrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen über ein Gesetz zur Änderung des LGG, AbgH-Drucks. 13/1651, zur Erweiterung der Institution der Gesamtfrauenvertreterin auf alle Geschäftsbereiche, in denen ein Gesamtpersonalrat besteht; Beschlussempfehlung des Ausschusses für Arbeit, Berufliche Bildung und Frauen vom 27. Mai 1998 zum Antrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen über ein Gesetz zur Änderung des LGG, AbgH-Drucks. 13/2746; Vorlage des Senats - zur Beschlussfassung - über Änderung des LGG, AbgH-Drucks. 15/4887, S. 4 ff. mit Erweiterung der Verweisung des § 18a Abs. 4 Satz 2 LGG Bln auf § 20 LGG Bln).
Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 167 Abs. 1 Satz 1 VwGO in Verbindung mit § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.
Die Revision ist nicht zuzulassen, weil keiner der in § 132 Abs. 2 VwGO genannten Gründe vorliegt.
Zitiervorschlag:
OVG Berlin-Brandenburg Urt. v. 11.6.2013 – OVG 4 B 31/12, BeckRS 2013, 52580

BeckRS 2013, 4758

OLG Düsseldorf (3. Kartellsenat), Beschluss vom 06.03.2013 - VI-3 Kart 14/12(V)

Titel:
Beschwerde, Elektrizitätsverteilernetz, Elektrizitätsversorgungsnetz, Umlage
Normenketten:
EnWG § 3 Nr. 2
StromNEV § 19 II 1
Rechtsgebiete:
Sonstiges besonderes Verwaltungsrecht, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Kartellrecht, EG-Kartellrecht, Verwaltungsverfahren und -prozess, Sonstiges Bürgerliches Recht
Schlagworte:
Beschwerde, Elektrizitätsverteilernetz, Elektrizitätsversorgungsnetz, Umlage
nachfolgend:
BGH, Beschluss vom 20.09.2016 - EnVR 20/13 (rechtskräftig)

ECLI:
ECLI:DE:OLGD:2013:0306.VI3KART14.12V.00
Rechtskraft:
nicht rechtskräftig

KI-generierte Zusammenfassung:
Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat die Festlegung der Bundesnetzagentur zur § 19 StromNEV-Umlage aufgehoben, da die zugrundeliegende Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV nichtig ist, weil sie die Grenzen der Verordnungsermächtigung überschreitet und mit höherrangigem Recht nicht vereinbar ist.
Die Entscheidung begründet das Gericht damit, dass die Einführung einer Befreiung von den Netzentgelten für stromintensive Unternehmen nicht von der Ermächtigungsgrundlage gedeckt ist. Die Regelung, die eine vollständige Befreiung von den Netzentgelten ermöglicht, verletzt die Grundsätze der angemessenen, diskriminierungsfreien und transparenten Netznutzungsentgelte nach § 21 Abs. 1 EnWG und das Diskriminierungsverbot der Richtlinie 2009/72/EG. Die Befreiung stromintensiver Netznutzer von den Netzentgelten ist nicht sachgerecht und systemwidrig, da sie impliziert, dass durch diese intensive Netznutzung keine Netzkosten verursacht würden. Das Gericht stellt fest, dass eine solche Privilegierung aus wirtschaftspolitischen Gründen nicht von der Verordnungsermächtigung erfasst ist und somit die gesamte Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV nichtig ist. Folglich ist auch die darauf basierende Festlegung der Bundesnetzagentur rechtswidrig und wurde aufgehoben.

Auf die Beschwerde der Betroffenen wird die Festlegung der Beschlusskammer 8 der Bundesnetzagentur vom 14. Dezember 2011 - BK 8-11/024 - aufgehoben. Die weitergehende Beschwerde wird zurückgewiesen.
Die Feststellungsanträge der Beteiligten B. und C. werden verworfen.
Die Bundesnetzagentur trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen der Betroffenen. Die übrigen Beteiligten tragen ihre Auslagen selbst.
Der Beschwerdewert wird auf € 50.000 festgesetzt.
Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.
Gründe:
A. Die Betroffene betreibt ein Elektrizitätsverteilernetz in D., an das weniger als 100.000 Kunden angeschlossen sind. Vorgelagerte Übertragungsnetzbetreiberin ist die C.
Mit ihrer Beschwerde wendet die Betroffene sich gegen die Festlegung der Beschlusskammer 8 der Bundesnetzagentur vom 14.12.2011, mit der diese gegenüber allen Betreibern von Elektrizitätsversorgungsnetzen gemäß § 3 Nr. 2 EnWG Einzelheiten der „§ 19 StromNEV-Umlage in Abweichung von § 17 Abs. 8 StromNEV" festgelegt hat. Der Beschluss wurde am 21.12.2011 im Amtsblatt der Bundesnetzagentur veröffentlicht. Die Betroffene war nicht förmlich am Verwaltungsverfahren beteiligt.
Hintergrund für die Festlegung der Umlage ist die mit Wirkung vom 4. August 2011 in

Kraft getretene Änderung des § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV. § 19 Abs. 2 Satz 1 StromNEV sieht vor, dass für atypisches Nutzungsverhalten in Abweichung von § 16 StromNEV individuelle Netzentgelte vereinbart werden können. Nach § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV a. F. war ein individuelles Entgelt außerdem dann anzubieten, wenn die Stromabnahme aus dem Netz der allgemeinen Versorgung für den eigenen Verbrauch an einer Abnahmestelle die Benutzungsstundenzahl von jährlich mindestens 7.000 Stunden erreicht und der Stromverbrauch an dieser Abnahmestelle jährlich 10 Gigawattstunden übersteigt; das zu bildende individuelle Entgelt hatte den Beitrag des Letztverbrauchers zu einer Senkung oder Vermeidung der Erhöhung der Netzkosten dieser und aller vorgelagerten Netzebenen widerzuspiegeln. Es durfte nicht weniger als 20% des veröffentlichten Netzentgelts betragen und sollte nur genehmigt werden, wenn sich die Netzentgelte aller übrigen Nutzer dieser und aller nachgelagerten Netz- und Umspannebenen dadurch nicht wesentlich erhöhen. Nach der Neufassung des Satz 2 sollen Netznutzer grundsätzlich von den Netzentgelten befreit werden, wenn sie die Schwellenwerte einer Benutzungsstundenzahl von 7.000 Stunden und eines Stromverbrauchs von 10 Gigawattstunden an einer Abnahmestelle überschreiten. Die Vereinbarung eines individuellen Netzentgelts nach Satz 1 wie auch die Befreiung nach Satz 2 bedürfen der Genehmigung der Regulierungsbehörde. Mit der Befreiung werden im Wesentlichen Unternehmen großer Industriezweige begünstigt. Für das Jahr 2011 sind - so die Beigeladene zu ... und die E. - im Geschäftsbereich der Bundesnetzagentur ... Befreiungsanträge stromintensiver Unternehmen zu verzeichnen, wobei die Genehmigungen mit Wirkung ab dem 1. Januar 2011 erteilt worden sind.

Durch die Netzentgeltbefreiungen bzw. Netzentgeltermäßigungen gemäß § 19 Abs. 2 Satz 1, 2 StromNEV entstehen den Verteilernetzbetreibern Erlösausfälle. Insoweit sieht die Neufassung des § 19 Abs. 2 StromNEV in Satz 6 vor, dass die Betreiber von Übertragungsnetzen verpflichtet sind, den nachgelagerten Verteilernetzbetreibern die entgangenen Erlöse zu erstatten. Diese Zahlungen sowie eigene entgangene Erlöse durch Befreiungen bzw. Ermäßigungen von den Netzentgelten nach Satz 1 und 2 sind nach § 19 Abs. 2 Satz 7 StromNEV über eine finanzielle horizontale Verrechnung unter den Übertragungsnetzbetreibern auszugleichen; § 9 des KWKG findet entsprechende Anwendung.

Durch die angegriffene Festlegung vom 14.12.2011 hat die Bundesnetzagentur einen Umlagemechanismus entsprechend den Vorgaben der Absätze 4 bis 7 des § 9 KWKG näher ausgestaltet. Danach sind die Netzbetreiber u. a. verpflichtet, von allen Netzverbrauchern bzw. Lieferanten eine Umlage zu erheben und an den jeweiligen Übertragungsnetzbetreiber ihrer Regelzone weiterzuleiten. Die Höhe der Umlage sollen die Netzbetreiber auf dem Preisblatt sowie auf ihrer jeweiligen Internetseite veröffentlichen. In Ziffer 10 der Festlegung hat die Beschlusskammer 8 Folgendes geregelt:

„Die Vorgaben aus der Festlegung sind ab dem 01.01.2012 umzusetzen. Entgangene Erlöse aus dem Kalenderjahr 2011 werden nicht vom Umlagemechanismus erfasst. Für Verteilernetzbetreiber bzw. Übertragungsnetzbetreiber werden diese Sachverhalte entsprechend § 5 ARegV im Regulierungskonto berücksichtigt. Verteilernetzbetreiber können keine Mindererlöse nach § 19 Abs. 2 StromNEV für das Jahr 2011 gegenüber den Übertragungsnetzbetreibern geltend machen."

Weder der Verordnungswortlaut noch die darauf beruhende Festlegung wurden bei der Europäischen Kommission notifiziert.

Im Netzgebiet der Betroffenen hat die Beschlusskammer 4 der Bundesnetzagentur als Landesregulierungsbehörde für D. mit Beschluss vom 02.12.2011 ... Letztverbraucher, d. für das Jahr 2011 die allgemein gültigen Netzentgelte gezahlt hatte, die Genehmigung der Befreiung von den Netzentgelten ab dem 01.01.2011 erteilt. Der Betroffenen entgehen dadurch - ihrem Vorbringen zufolge - Netzentgelte in Höhe von. . .€, weil sie die in dieser Höhe bereits gezahlten Entgelte zurückzuerstatten hatte. Die Betroffene hat gegen den Genehmigungsbeschluss Beschwerde vor dem ... erhoben und einen Antrag nach § 77 Abs. 3 Satz 4 EnWG gestellt. Das ... hat letzteren durch Beschluss vom ... abgelehnt. Wegen der Einzelheiten wird auf die Anlage Bf 5 verwiesen.
Mit ihrer form- und fristgerechten Beschwerde wendet sich die Betroffene gegen die Regelungen in Ziffer 10 Satz 3 und 4 der Festlegung der Beschlusskammer 8 der Bundesnetzagentur vom 14.12.2011, deren Aufhebung - hilfsweise die der gesamten Festlegung - sie beantragt. Den Antrag der Betroffenen, die Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerden hinsichtlich Ziffer 10 der Festlegung anzuordnen, hat der Senat mit Beschluss vom 14.11.2012 (VI-3 Kart 14/12 (V)) zurückgewiesen. Zur Begründung hat der Senat u. a. ausgeführt, dass Ziffer 10 der angegriffenen Festlegung einer isolierten Aufhebung nicht zugänglich sei, so dass eine darauf beschränkte Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde im Eilverfahren nicht in Betracht komme. In diesem Zusammenhang hat der Senat - wie auch in einem weiteren Beschluss vom 14.11.2012 in dem Eilverfahren VI-3 Kart 65/12 (V) - darauf hingewiesen, dass er erhebliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der der Festlegung zugrundliegenden Verordnungsänderung hat. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Gründe der Entscheidung Bezug genommen.
Mit ihrer Beschwerde macht die Betroffene geltend:
Die in Ziffer 10 Satz 3 und 4 der streitgegenständlichen Festlegung getroffenen Regelungen seien rechtswidrig und damit unbegründet i. S. d. § 83 Abs. 2 Satz 1 EnWG, da sie den Vorgaben des § 19 Abs. 2 Satz 6 und 7 StromNEV widersprächen. Habe eine Befreiungsgenehmigung ab dem 01.01.2011 ergehen dürfen, wovon das ... in dem Beschluss vom ... entscheidungstragend ausgegangen sei, müsse auch der in § 19 Abs. 2 Satz 6 StromNEV vorgesehene Ausgleichsanspruch des betroffenen Netzbetreibers bestehen und dürfe nicht - wie geschehen - durch die Bundesnetzagentur durch Verwaltungsakt ausgeschlossen werden.
Sie greift die vom Senat geäußerten Bedenken an der Rechtmäßigkeit der Verordnungsänderung auf und trägt dazu vor: Der Senat sei zu Recht von der Nichtigkeit der Verordnungsänderung in § 19 Abs. 2 Satz 2 und 3 StromNEV ausgegangen, weil diese Vorschrift nicht von einer gesetzlichen Verordnungsermächtigung gedeckt sei. In § 24 Satz 1 Nr. 1, Nr. 3 EnWG habe der Gesetzgeber dem Verordnungsgeber keinen Spielraum gelassen, Regelungen zu treffen, die eine vollständige Befreiung von den Netzentgelten für stromintensive Unternehme zuließen. Damit gehe die Regelung über die Grenzen der Ermächtigung hinaus und verstoße gegen Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG.
Die Reichweite der gesetzlichen Verordnungsermächtigung lasse sich schließlich nicht ohne das Zusammenwirken des § 24 Satz 1 Nr. 3 EnWG mit § 21 Abs. 1 EnWG bestimmen. Die Entgeltbefreiung stehe jedoch mit dem Angemessenheitserfordernis des § 21 Abs. 1, 1. Variante EnWG nicht in Einklang und verstoße überdies gegen das (horizontale) Diskriminierungsverbot in § 21 Abs. 1 Satz 2, 2. Variante EnWG.
Die Nichtigkeit des § 19 Abs. 2 Satz 2 und 3 StromNEV habe zur Folge, dass die

streitgegenständliche Festlegung auf der Grundlage einer unwirksamen Rechtsgrundlage ergangen und daher wegen Verstoßes gegen den Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes (Art. 20 Abs. 3 GG) rechtswidrig sei. Gehe man - mit dem erkennenden Senat - davon aus, dass eine isolierte Aufhebung der Ziffer 10 der Festlegung nicht in Betracht komme, so sei die Festlegung daher insgesamt aufzuheben.
Die streitgegenständliche Festlegung sei darüber hinaus auch nicht durch § 30 Abs. 2 Nr. 6 StromNEV gedeckt. Bei der Umlage handele es sich nicht um die Festlegung eines sachgerechten Entgelts für den Netzzugang. Zumindest wäre § 30 Abs. 2 Nr. 6 StromNEV dann wegen fehlender gesetzlicher Grundlage nichtig. § 24 Satz 1 Nr. 1 EnWG ermächtige nur zur Festlegung von Methoden zur Bestimmung der Entgelte für den Netzzugang. Bei der Umlage handele es sich auch nicht um ein „individuelles Entgelt für den Netzzugang" i. S. d. § 24 Satz 1 Nr. 3 EnWG, da die Umlage in keinem synallagmatischen Verhältnis zum Netzzugang stehe.
Sie beantragt,
1. die Regelung in Ziffer 10 Satz 3 und 4 der Festlegung der Beschwerdegegnerin vom 14.12.2011 (BK 8 - 11-024) aufzuheben,
2. hilfsweise: die Festlegung der Beschwerdegegnerin vom 14.12.2011 vollständig aufzuheben.
Die Bundesnetzagentur beantragt,
die Beschwerde zurückzuweisen.
Sie verteidigt die angegriffene Festlegung unter Wiederholung und Vertiefung ihrer Gründe.
Zur Rechtmäßigkeit der Verordnungsänderung trägt sie vor: Die Regelung sei rechtmäßig, denn der Verordnungsgeber habe weder die Grenzen der Verordnungsermächtigung überschritten noch habe er gegen die Grundsätze des § 21 EnWG verstoßen.
Die Regelungen des § 19 Abs. 2 S. 2 und S. 3 StromNEV seien auch nach dessen Änderung im August 2011 von der Verordnungsermächtigung in § 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 EnWG gedeckt. Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG verlange, dass eine Verordnungsermächtigung Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung bestimme. Damit werde nicht vorgeschrieben, dass auch die Einzelheiten der durch eine Rechtsverordnung zu treffenden Regelung in die Ermächtigungsnorm aufzunehmen sind. Gerade in vielschichtigen und komplexen Bereichen des Wirtschaftsverwaltungsrechts, zu denen die Energieregulierung zähle, seien geringere Anforderungen an eine hinreichende Bestimmtheit der Ermächtigungen zu stellen. Im Übrigen sei dem Verordnungsgeber gerade im Regulierungsrecht ein Gestaltungsspielraum zuzugestehen. Daher seien bei solchen vielschichtigen Sachverhalten flexiblere und weniger strenge Anforderungen an die Bestimmtheit der Ermächtigung zu stellen.
Die Verordnungsermächtigung des § 24 S. 1 Nr. 3 EnWG gebe den Rahmen der Verordnung vor, mit der der Verordnungsgeber regeln könne, in welchen Sonderfällen der Netznutzung und unter welchen Voraussetzungen die Regulierungsbehörde individuelle Netzentgelte genehmigen oder untersagen dürfe. Durch das Abstellen auf „Sonderfälle der Netznutzung" erkenne der Gesetzgeber an, dass es neben dem typischen Netzkunden auch atypische Fälle gebe, die nicht billigerweise unter das im Übrigen für alle Netznutzer gleichermaßen geltende System fallen sollten. Durch den Begriff des individuellen Netzentgelts gebe der Gesetzgeber zugleich vor, dass in der Verordnung eine Abweichung vom typischen Fall der Netznutzung auch auf der

Rechtsfolgenseite, nämlich bei der finanziellen Kompensation zu regeln ist. Darin sei zugleich die Wertung enthalten, dass die Gegenleistung in diesem speziellen Fall von der allgemeinen Entgeltbildung abweiche und damit zum individuellen Netzentgelt werde. Durch das Abstellen auf die unbestimmten Rechtsbegriffe der individuellen Netzentgelte und der Sonderfälle der Netznutzung habe der Gesetzgeber dem Verordnungsgeber einen Gestaltungsspielraum und eine Einschätzungsprärogative hinsichtlich der zugrunde liegenden komplexen Verhältnisse der Elektrizitätswirtschaft und der hierauf anwendbaren komplexen Regulierungsmethoden zugestanden. In Anbetracht dessen sei es dem Gericht verwehrt, die Einschätzung der regelungsbefugten Exekutive durch eine an der Zweckmäßigkeit oder an der Interessenlage der Betroffenen ausgerichteten eigenen Einschätzung zu ersetzen.
Mit der konkreten Regelung halte der Verordnungsgeber sich innerhalb des von der Ermächtigung gezogenen Rahmens. Es handele sich um eine rechtmäßige Ausgestaltung der Befugnis, für atypische Netznutzungen eine der Situation angemessene individuelle Kompensation zu bestimmen. Bei den Voraussetzungen des § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV handle es sich um Sonderfälle der Netznutzung, denn die besonders intensive Netznutzung entspreche gerade der Abweichung von der typischen Netznutzung, die § 24 S. 1 Nr. 3 EnWG verlange. In einem solchen Fall sei es dem Verordnungsgeber erlaubt, diskriminierungsfreie und angemessene Netzentgelte auf anderem Wege zu ermitteln und damit das ob und wie einer individuellen finanziellen Kompensation zu gestalten. Die Befreiung von den Netzentgelten habe der Verordnungsgeber statuiert, weil stromintensive Unternehmen mit einer hohen Bandlast netzstabilisierend wirken, was nicht ernstlich bezweifelt werden könne. Durch eine hohe Benutzungsstundenzahl der Bandlastkunden mit einer gleichmäßigen Leistungsentnahme könnten Netzbetreiber von einer kontinuierlichen Auslastung der Netzinfrastruktur durch den Bandlastkunden ausgehen. Dies sei je nach Situation für die Prognose der jeweiligen Netzlast sowohl im Verteilnetz als auch im Übertragungsnetz positiv. Eingriffe in den Netzbetrieb könnten gegebenenfalls reduziert werden. Darüber hinaus trügen die stromintensiven Netzkunden durch den gleichmäßig hohen Strombezug regelmäßig zur Netzstabilität bei, indem Schwankungen der übrigen Netzkunden relativiert würden. Die Feststellung dieser Wirkungsmechanismen sei von der Einschätzungsprärogative des Verordnungsgebers gedeckt. Dann sei es von seinem Gestaltungsspielraum erfasst, wie stark er diese netzstabilisierende Wirkung bei der Reduzierung von Netzentgelten berücksichtige. Vor diesem Hintergrund sei es unschädlich, dass sich der Verordnungsgeber in § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV in einem ersten Schritt für eine Reduktion auf Null entschieden habe. Dabei sei zu beachten, dass der befreite Netzkunde in einem zweiten Schritt die § 19-Umlage und damit auch ein weiteres geldwertes Entgelt zahle. Denn der Netzkunde sei zwar von der Zahlung aller im Zusammenhang mit der Netznutzung stehenden leistungs- und arbeitsabhängigen Netzentgelte befreit. Andere Entgelte, etwa für Zählen und Messen, seien von der Netzentgeltbefreiung aber gerade nicht umfasst. Der Verordnungsgeber habe ein bloß reduziertes Netzentgelt nicht als hinreichend betrachtet, sondern es für sachgerecht gehalten, die betroffenen Unternehmen bei Vorliegen der Voraussetzungen zunächst pauschal zu befreien. Der Verordnungsgeber halte sich im Rahmen des vorgegebenen Gestaltungsspielraums, wenn er die insgesamt netzstabilisierende Wirkung höher bewerte als die möglicherweise durch die Entnahme verursachten Netzkosten.
Auch nach Sinn und Zweck des § 24 S. 1 Nr. 3 EnWG ergebe sich kein Unterschied

zwischen der Vereinbarung eines gegebenenfalls sehr geringen individuellen Netzentgelts und einer Befreiung. Der Gesetzgeber bezwecke mit seiner Ermächtigung in erster Linie, von den allgemeinen Entgelten abweichende Sondernetzentgelte unter einen Prüfungsvorbehalt zu stellen. Diese Prüfung durch die Regulierungsbehörde sei auch im Fall einer Befreiung vorgeschaltet, so dass die finanzielle Kompensation verschiedene Größenordnungen bis hin zu Null einnehmen könne.
Es sei auch nicht ersichtlich, dass sich der Gesetzgeber eine vollständige Befreiung habe vorbehalten wollen. Nur weil er im Fall des § 118 Abs. 6 EnWG neu errichtete Stromspeicheranlagen habe anreizen wollen und daher unmittelbar im Gesetz selbst von den Entgelten für den Netzzugang freigestellt habe, bedeute das noch nicht, dass dies für alle Fälle von Netzentgeltbefreiungen zwingend im EnWG selbst erfolgen müsse.
Darüber hinaus sei zu beachten, dass sich für die stromintensiven Betriebe im Ergebnis die in § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV als Befreiung bezeichnete Ermäßigung der Netzentgelte finanziell nicht als hundertprozentige Befreiung auswirke. Die Regelung bestehe im Ergebnis aus einer entlastenden wie auch belastenden Regelung: während die Kosten der Befreiung in der vor dem 4. August 2011 geltenden Fassung den allgemeinen Netznutzungsentgelten zugerechnet und somit auf das jeweilige Netzgebiet verteilt wurden, finde nun eine Umlageregelung Anwendung, die die Umlage auch zulasten der befreiten Unternehmen vorsehe. Daher handle es sich für die befreiten Unternehmen im Ergebnis weiterhin lediglich um eine im Vergleich zur alten Regelung nochmals erhöhte Reduzierung der Gesamtbelastung. Die Umlage sei so hoch, dass im Ergebnis auch die formell und nach der Begrifflichkeit des § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV befreiten Unternehmen an den Netzkosten beteiligt würden.
Die Befreiung verstoße auch nicht gegen das in § 21 Abs. 1 EnWG verankerte Gebot der Nichtdiskriminierung. Das Diskriminierungsverbot ziele ebenso wie die Richtlinie 2003/54/EG vom 26.06.2003 und die Richtlinie 2009/72/EG darauf ab, den Wettbewerb auf der dem Netzbetrieb vorgelagerten Stufe - der Stromerzeugung - und der nachgelagerten Stufe - dem Stromvertrieb - zu ermöglichen und zu gewährleisten. Die Schaffung von Wettbewerb auf dem Elektrizitätsmarkt sei das zentrale Anliegen des europäischen Gemeinschaftsgesetzgebers und ziehe sich wie ein roter Faden durch die maßgeblichen Richtlinien, deren Umsetzung das EnWG im Allgemeinen und § 21 EnWG im Besonderen diene. Die Zielrichtung spiegele sich im Wortlaut des Gesetzes wieder. Demgegenüber verbiete es weder das Gemeinschaftsrecht, noch das Diskriminierungsverbot des § 21 EnWG, in Fällen atypischer Netznutzung diese Netznutzer anders zu behandeln, als andere. Dass dies grundsätzlich zulässig und sogar gewollt sei, zeige die Vorschrift des § 24 S. 1 Nr. 3 EnWG, die in diesen Fällen individuelle Entgelte erlaube. Entscheidend sei, dass die vermeintliche Ungleichbehandlung der befreiten Letztverbraucher den Wettbewerb auf der vor- und nachgelagerten Ebene nicht gefährde. Es gehe auch nicht um eine Ungleichbehandlung von außerhalb des assoziierten Unternehmens stehenden Unternehmen. Ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot liege daher nicht vor.
Darüber hinaus handele es sich bei dem Befreiungstatbestand um eine diskriminierungsfreie Ausgestaltung. Die Ungleichbehandlung sei wegen der Sondersituation dieser Netznutzer jedenfalls gerechtfertigt. Diese wiesen im Gegensatz zu den nicht befreiten Netznutzern ein besonderes Nutzungsverhalten auf. Es handle sich somit um Sonderformen der Netznutzung, die nach der Einschätzung des Gesetz- und des Verordnungsgebers einer Ungleichbehandlung bedürften.

Es sei auch eine angemessene Entgeltbildung gewährleistet. Der gemeinschaftsrechtlich vorgegebene und durch § 21 EnWG umgesetzte Grundsatz der Angemessenheit der Entgelte solle sicherstellen, dass der Marktzugang zum Erzeugungs- und Versorgungsmarkt nicht durch unangemessene Bedingungen für den Netzzugang behindert werde. Im Verhältnis zum Netzkunden bedeute dies, dass die Netzentgelte nicht so hoch sein dürften, dass sie den Zugang zum vorgelagerten Erzeugungs- und dem nachgelagerten Versorgungsmarkt ungerechtfertigt behindern. Davon könne trotz eines höheren zu entrichtenden Betrags für Netzentgelt und Umlage nicht ausgegangen werden. Der Kern des Erfordernisses der Angemessenheit der Entgelte sei der Grundsatz der Kostenorientierung, auf den sich der Netzbetreiber berufen könne. Europarechtlicher Kern dieses Grundsatzes sei es, den Netzbetreibern durch die Tarifgestaltung die notwendigen Netzinvestitionen zu ermöglichen und somit die Lebensfähigkeit der Netze zu gewährleisten. Dies setzte voraus, dass der regulatorische Rahmen eine Refinanzierung dieser Investitionen ermögliche. Dem trage die streitgegenständliche Umlage gerade Rechnung.
Sie - die Bundesnetzagentur - sei nach § 29 Abs. 1 EnWG i. V. m. § 30 Abs. 2 Nr. 6 StromNEV auch dazu ermächtigt gewesen, in Abweichung von § 17 Abs. 8 StromNEV Einzelheiten des durch § 19 Abs. 2 StromNEV i. V. m. § 9 KWKG vorgegebenen Umlagemechanismus zum Ausgleich von entgangenen Erlösen aufgrund von individuellen Netzentgelten nach § 19 Abs. 2 S.1 StromNEV und Befreiungen nach § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV festzulegen.
Die Festlegung gewährleiste angemessene und damit sachgerechte Entgelte für die Betreiber von Stromnetzen. Dieser müsse die Erlöse, die ihm aufgrund ermäßigter individueller Netzentgelte und Befreiungen entgehen, refinanzieren können. Dies gewährleiste die Festlegung, indem sie den in § 19 Abs. 2 StromNEV und § 9 KWKG vorgesehenen Wälzungs- und Umlagemechanismus zum Ausgleich der entgangenen Erlöse nachvollziehe und konkretisiere.
Eine Kompetenz zur Regelung der vorliegenden Materie ergebe sich auch mit Blick auf § 30 Abs. 1 Nr. 8 StromNEV. Nach dieser Vorschrift könne die Regulierungsbehörde sogar Festlegungen zur Höhe der sich aus dem Belastungsausgleich nach § 9 Abs. 7 KWKG ergebenden Zuschläge treffen. Andere Zuschläge seien bei Verordnungserlass namentlich nicht bekannt gewesen. Um den sich schnell wandelnden Bedürfnissen des komplexen Elektrizitätswirtschaftsbereichs gerecht zu werden, sei der Regulierungsbehörde nach § 30 Abs. 2 Nr. 6 StromNEV für weitere Entgelte in Abweichung zu § 17 Abs. 8 StromNEV eine entsprechende Kompetenz zur Entgeltfestlegung eingeräumt worden.
Sie sei auch deswegen nach § 30 Ab s. 2 Nr. 6 StromNEV zur Festlegung des Umlagemechanismus zum Ausgleich entgangener Erlöse nach § 19 Abs. 2 StromNEV ermächtigt, weil dieser Mechanismus in § 19 Abs. 2 StromNEV i. V. m. § 9 KWKG vorgesehen sei. Da der Verordnungsgeber in § 19 Abs. 2 S.7 HS. 2 StromNEV auf den Wälzungsmechanismus in § 9 KWKG verwiesen habe, sei die Umlage bereits kraft Gesetzes zulässig.
Der Einwand, die Umlage sei kein Entgelt, weil sie nicht der Abgeltung einer Gegenleistung diene, greife nicht durch. Dieser Einwand verkenne, dass § 30 Abs. 2 Nr. 6 StromNEV die Regulierungsbehörde dazu ermächtige, Festlegungen zu treffen, die eine sachgerechte Entgeltbildung ermöglichten. So könne die Regulierungsbehörde insbesondere Regelungen treffen, die in Abweichung von den Vorschriften der StromNEV die Sachgerechtigkeit der vorgesehenen Entgelte sicherstelle. Dies werde

durch die Verordnungsbegründung bestätigt. Dort weise der Verordnungsgeber darauf hin, dass es nicht zielführend erscheine, sämtliche Regelungen, die für die Gewährleistung angemessener Entgelte erforderlich sind, in der Verordnung festzuschreiben. Daraus gehe gerade nicht hervor, dass die Regulierungsbehörde auf die Festlegung neuer Entgelte beschränkt sein solle. Vielmehr sei von einem Ermessen auszugehen, das sich vor allem an der Sachgerechtigkeit und Angemessenheit der Entgelte zu orientieren habe. Nach dem Willen des Verordnungsgebers solle die Regulierungsbehörde befugt sein, „die zur Gewährleistung angemessener Entgelte erforderlichen Entscheidungen" zu treffen. Um eine solche Entscheidung handele es sich bei der streitgegenständlichen Festlegung, so dass offen bleiben könne, ob die Umlage ein Entgelt, Preisbestandteil oder etwas gänzlich anderes sei.
Ungeachtet dessen lasse sich die Umlage aber auch unter den Begriff des Entgelts fassen. Sie sei jedenfalls kein Netzentgelt, sondern allenfalls ein anderes Entgelt und diene dem Ausgleich von Entlastungen besonderer Netzkunden nach § 19 Abs. 1 S. 1 und S. 2 StromNEV. Bei ihrer Einordnung als Entgelt sei insbesondere die Äquivalenz der Gegenleistung gewährleistet.
Eine Festlegung gemäß § 30 Abs. 2 Nr. 6, 17 Abs. 8 StromNEV müsse keinNetzentgelt i. S. v. § 1 StromNEV zum Gegenstand haben; es genüge ganz allgemein die Festlegung eines Entgelts oder sonstiger Entscheidungen zur Gewährleistung allgemeiner Entgelte.
Selbst wenn der Senat nicht der Auffassung folgen wolle, dass die Regelungen von der Verordnungsermächtigung in § 24 S. 1 Nr. 3 EnWG gedeckt sind, führe dies nicht zur vollständigen Aufhebung des streitgegenständlichen Beschlusses. Gleiches gelte für den Fall, dass ihre Ermächtigung verneint würde, nach § 29 Abs. 1 EnWG, § 30 Abs. 2 Nr. 6 StromNEV einen Umlagemechanismus zum Ausgleich von entgangenen Erlösen aufgrund Befreiungen festzulegen. In beiden Konstellationen sei zu berücksichtigen, dass die Festlegung hinsichtlich ihres Regelungsgegenstands teilbar sei. Jedenfalls die Umlage entgangener Erlöse aus der Vereinbarung individueller Netzentgelte nach § 19 Abs. 2 S. 1 StromNEV sei rechtmäßig, denn die Regelung entspreche im Wesentlichen der vor der Verordnungsänderung geltenden Rechtslage.
Durch den Beschluss werde der Lastenausgleich für zwei verschiedene Regelungsinstrumente geregelt, denen gemeinsam sei, dass sie Sonderformen der Netznutzung betreffen. Im Übrigen aber seien die Regelungen zur Befreiung und zu den individuellen Netzentgelten selbstständig und voneinander getrennt zu betrachten. Insbesondere seien die Tatbestandsvoraussetzungen unterschiedlich, so dass ein untrennbarer innerer Zusammenhang bestehe. Auch für den Fall, dass ausschließlich Erlösausfälle aus dem Regime des § 19 Abs. 2 S. 1 StromNEV anfielen, bestünde weiterhin das Bedürfnis nach dem von § 19 Abs. 2 S. 7 StromNEV geforderten Ausgleich. Die angefochtene Festlegung sei daher allenfalls teilweise aufzuheben.
Die beteiligten Übertragungsnetzbetreiber B. und C. schließen sich dem Antrag der Bundesnetzagentur an und beantragen hilfsweise für den Fall der Aufhebung der angefochtenen Festlegung,
festzustellen, dass sie nicht aus § 19 Abs. 2 Satz 6 StromNEV dazu verpflichtet sind, entgangene Erlöse, die aus individuellen Netzentgelten nach § 19 Abs. 2 Satz 1 StromNEV und Befreiungen von Netzentgelten nach § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV auf Grundlage von Genehmigungen nach § 19 Abs. 2 Satz 3 StromNEV resultieren, nachgelagerten Betreibern von Elektrizitätsverteilernetzen zu erstatten.

In der Sache treten sie der Auffassung der Bundesnetzagentur bei, dass die den Netzbetreibern im Jahre 2011 entgangenen Erlöse über das Regulierungskonto abgewickelt werden sollten. Den Schwierigkeiten, die aus dem Inkrafttreten der Neuregelung des § 19 Abs. 2 StromNEV ohne Übergangsregelung erwachsen, habe die Bundesnetzagentur durch eine sachgerechte Regelung auf Grundlage der Vorgaben der StromNEV Rechnung getragen. Auch habe sie mit Recht und zutreffender Begründung das Vorliegen einer Ermächtigungsgrundlage zum Erlass der Festlegung verteidigt.
Sollte der Senat dem entgegen die Festlegung infolge der in der Eilentscheidung geäußerten vorläufigen Rechtsauffassung wegen der Nichtigkeit des § 19 Abs. 2 StromNEV insgesamt aufheben, sei durch Stattgabe ihres Hilfsantrags sicherzustellen, dass eine solche Entscheidung im Falle ihrer Rechtskraft einheitlich gegenüber allen von dem Umlagemechanismus erfassten Unternehmen gelte. Wenn die (rechtskräftige) Aufhebung der Festlegung - entgegen ihrer Auffassung - nicht mit inter-omnes-Wirkung erfolge, wirke sie jedenfalls gegenüber allen Verfahrensbeteiligten und damit gegenüber allen Betreibern von Elektrizitätsversorgungsnetzen. In diesem Fall sei noch nicht geklärt, ob Unternehmen, die an dem Umlagemechanismus ebenfalls beteiligt sind, sich nach Aufhebung der Festlegung noch unmittelbar auf § 19 StromNEV berufen könnten. Für diesen Fall hätten sie ein berechtigtes Interesse an der Feststellung, dass sie auch nicht unmittelbar aus § 19 Abs. 2 S. 6 StromNEV zur Erstattung entgangener Erlöse verpflichtet seien.
Die Beigeladenen zu …), …) und …)treten der Beschwerde bei. Sie sind ebenfalls der Auffassung, dass es für eine Netzentgeltbefreiung an einer Ermächtigungsgrundlage im Energiewirtschaftsgesetz fehle und sie gegen Vorschriften des europäischen Beihilfenrechts sowie gegen den grundrechtlich geschützten Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. 3 GG verstoße. Darüber hinaus fehle es auch an einer Ermächtigungsgrundlage für die streitbefangene Festlegung, die daher insgesamt aufzuheben sei.
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die zwischen den Beteiligten gewechselten Schriftsätze mit Anlagen, den beigezogenen Verwaltungsvorgang, den Senatsbeschluss vom 14. November 2012 und das Protokoll der Senatssitzung Bezug genommen.
B. Die zulässige Beschwerde der Betroffenen hat aus den mit den Beteiligten in der Senatssitzung erörterten Gründen hinsichtlich des hilfsweise gestellten umfassenden Aufhebungsantrags Erfolg. Der auf isolierte Aufhebung der Tenorziffer 10 Satz 2 und 4 der angegriffenen Festlegung gerichtete Hauptantrag ist hingegen unbegründet. Die Hilfsanträge der am Beschwerdeverfahren der Betroffenen beteiligten Übertragungsnetzbetreiber B. und C. sind bereits unzulässig.
I.
Die Beschwerde der Betroffenen ist - wie der Senat schon im Beschluss vom 14.11.2012 (VI-3 Kart 14/12 (V)) ausgeführt hat - zulässig.
Ihrer Beschwerdebefugnis steht insbesondere nicht entgegen, dass sie an dem Verwaltungsverfahren der Bundesnetzagentur nicht förmlich beteiligt war. Zwar sieht § 75 Abs. 2 EnWG vor, dass derjenige beschwerdeberechtigt ist, der bereits im regulierungsbehördlichen Verfahren die Beteiligtenstellung innehatte. In erweiternder Auslegung dieser Vorschrift ist allerdings auch die Beschwerdebefugnis eines Dritten, der nicht schon an dem Verfahren beteiligt war, zu bejahen, wenn er durch den

angegriffenen Verwaltungsakt unmittelbar in seinen Rechten berührt wird, weil dieser auch ihm gegenüber eine Regelungswirkung entfaltet (vgl. nur: BGH, Beschluss vom 5. Oktober 2010 - EnVR 52/09, Rdnr. 14 „GABiGas"; Beschluss vom 11. November 2008 - EnVR 1/08, WuW/E DE-R 2535, Rdnr. 14 ff. - „citiworks"; Beschluss vom 22. Februar 2005 - KVZ 20/04, WuW/E DE-R 1544, 1545 - „Zeiss/Leica").
So liegt der Fall hier. Als Verteilernetzbetreiberin ist die Betroffene Adressatin der Festlegung, die sich an alle Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen richtet (s. a. S. 18 unter II.3. der Festlegung).
II.
Die mit dem Hauptantrag der Betroffenen begehrte Aufhebung der Tenorziffer 10 Satz 2 und 4 der angegriffenen Festlegung kommt allerdings nicht in Betracht. Die Beschwerde hat insoweit keinen Erfolg.
Wie der Senat bereits in dem vorangegangenen Eilverfahren mit Beschluss vom 14.11.2012 (VI-3 Kart 14/12 (V)) festgestellt hat, ist Ziffer 10 der angegriffenen Festlegung einer isolierten Aufhebung nicht zugänglich.
So wird - von der Betroffenen selbst wie auch von den Beigeladenen zu …), …) und …) - gegen die zugrundeliegende Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV insbesondere eingewandt, sie sei bereits nichtig, weil der Gesetzgeber mit der Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV die Grenzen der Verordnungsermächtigung überschritten und gegen das Diskriminierungsverbot verstoßen habe. Diese Einwände greifen nach Auffassung des Senats durch, so dass nicht nur der Befreiung, sondern auch der Festlegung zur Kompensation der Erlösausfälle und damit dem gesamten Umlagemechanismus die Grundlage fehlt.
Das Rechtsschutzbegehren der Betroffenen lässt sich nicht isoliert und unabhängig davon beurteilen. Mit der angegriffenen Festlegung hat die Bundesnetzagentur die Abwicklung des - bundesweiten - Umlagemechanismus zum Ausgleich der Erlösausfälle, die Netzbetreibern u. a. durch Befreiungen nach § 19 Abs. 2 StromNEV n. F. entstehen, näher ausgestaltet. Dabei hat sie in Ziffer 10 - an Stelle des Gesetz-/ Verordnungsgebers - eine Übergangsregelung getroffen, nach der die Vorgaben aus der Festlegung erst ab dem 01.01.2012 umzusetzen sind, die Netzbetreiber Mindererlöse aus dem Kalenderjahr 2011 mithin nicht gegenüber den Übertragungsnetzbetreibern geltend machen können, sondern diese entsprechend § 5 ARegV nur im Regulierungskonto berücksichtigt werden. Hebt der Senat auf den Hauptantrag der Betroffenen hin nur die Regelungen in Ziffer 10 Satz 3 und 4 der Festlegung auf - sofern dies wegen der Einheitlichkeit der Regelungen in Ziffer 10 überhaupt in Frage kommt -, kann die Betroffene gemäß § 19 Abs. 2 Satz 6 StromNEV von dem Übertragungsnetzbetreiber die Erstattung auch der ihr in 2011 durch die Befreiung stromintensiver Netzkunden entgangenen Erlöse verlangen. Dies kommt vorliegend jedoch schon deshalb nicht in Betracht, da die vom Gesetzgeber vorgenommene Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV, die den gesetzlichen Erstattungsanspruch in Satz 6 beinhaltet, nach Auffassung des Senats nichtig ist. Insoweit wird auf die nachfolgenden Ausführungen unter Ziffer 3. verwiesen.
III.
Der Hilfsantrag der Betroffenen hat jedoch Erfolg. Die angegriffene Festlegung ist schon deshalb rechtswidrig und daher insgesamt aufzuheben, weil die ihr zugrunde liegende Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV nichtig ist. Die Änderung hält sich nicht in den von der Ermächtigungsgrundlage gesetzten Grenzen und ist auch mit höherrangigem Recht nicht vereinbar, so dass für den Senat offen bleiben kann, ob sie

darüber hinaus auch eine rechtswidrige staatliche Beihilfe i. S. d. Art. 107 AEUV darstellt oder gegen Art. 34 AEUV verstößt.

1. Der Senat ist zur umfassenden Prüfung der Neuregelung des § 19 Abs. 2 StromNEV und auch zur Feststellung ihrer Nichtigkeit befugt. Aus dem Umstand, dass die Änderung auf einem förmlichen Gesetz - dem am 4. August 2011 in Kraft getretenen Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften - beruht, folgt nicht, dass nur das Bundesverfassungsgericht ihre Nichtigkeit gemäß Art. 100 GG feststellen kann. § 19 Abs. 2 StromNEV ist als im parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren geschaffenes Verordnungsrecht zu beurteilen, das von jedem damit befassten Gericht überprüft werden kann. Daraus folgt aber auch, dass der Gesetzgeber bei seiner Änderung an das Verfahren nach Art. 76 ff. GG und an die Grenzen der Ermächtigungsgrundlage gebunden war.

1.1. Der Änderung einer geltenden Verordnung durch ein Parlamentsgesetz steht es nicht schon entgegen, dass der Gesetzgeber die Regelungsbefugnis der Exekutive übertragen hat. Für den parlamentarischen Gesetzgeber besteht - wie die Staatspraxis zeigt - häufig ein Bedürfnis, bei einer Änderung komplexer Regelungsgefüge, in denen förmliches Gesetzesrecht und auf ihm beruhendes Verordnungsrecht ineinander verschränkt sind, auch das Verordnungsrecht anzupassen. Zudem gehört es zur Gestaltungsfreiheit des Parlaments, sein Änderungsvorhaben umfassend selbst zu verwirklichen, ohne dass es die durch die Verordnung geregelten Gegenstände zuvor wieder in förmliches Gesetzesrecht übernehmen müsste. Letzterem stünde es insbesondere entgegen, dass künftige Änderungen durch die Exekutive und damit die für die Zukunft notwendige Flexibilität ausgeschlossen wären (BVerfGE 114, 196 ff. „Beitragssicherungsgesetz", Rdnr. 193 ff.).

1.2. Ändert das Parlament eine bestehende Rechtsverordnung oder fügt es in diese neue Regelungen ein, so ist das dadurch entstehende Normgebilde aus Gründen der Normenklarheit insgesamt als Rechtsverordnung zu qualifizieren. Zur Normenklarheit gehört auch Normenwahrheit, so dass Überschrift und Einleitung eines Regelungswerks auch nach u. U. zahlreichen Änderungen noch halten müssen, was sie versprechen (BVerfG, a. a. O., Rdnr. 198 ff., 202). Auch die Rechtsmittelklarheit verbietet es, bei der parlamentarischen und exekutiven Rechtsetzung beide Rechtsformen so zu vermischen, dass eine klare Zuordnung nicht mehr möglich ist. Der Adressat einer Regelung muss mit Blick auf das Prinzip der Rechtsmittelklarheit erkennen können, ob er es mit einer - auf gesetzlicher Ermächtigung beruhenden - Verordnungsregelung oder mit einem förmlichen Gesetz zu tun hat. Entscheidet sich der Gesetzgeber dafür, eine bestehende Verordnung zu ändern, kann der geänderten Verordnung aus verfassungsrechtlichen Gründen daher nur ein einheitlicher Rang, der der Verordnung, zukommen.

Etwas anderes gilt dann, wenn der Gesetzgeber die der Exekutive übertragenen Regelungsbefugnisse wieder an sich zieht und eine bisher als Verordnung geltende Regelung als Gesetz erlässt (BVerfGE 114, 303 ff.). Ein Bedürfnis dafür besteht insbesondere dann, wenn die schon existierende Verordnungsregelung zwar auf einer gesetzlichen Ermächtigungsnorm beruht, sie indessen von dieser nach Inhalt, Zweck oder Ausmaß nicht gedeckt wird und von daher ein förmliches Gesetz erforderlich ist (BVerfGE, a. a. O.; OVG NW, DÖD 2010, 17 ff. Rdnr. 24 ff.). Um einen solchen Fall geht es vorliegend indessen nicht, denn der Gesetzgeber hat die bestehende Verordnung geändert und sich damit auf die Ebene des Verordnungsgebers begeben.

1.3. Mit Blick auf den Grundsatz der Formenstrenge der Rechtsetzung und das Prinzip

der Rechtssicherheit ist eine Verordnungsänderung durch den Gesetzgeber allerdings nur unter folgenden Voraussetzungen möglich:

1.3.1. Die Änderung einer Verordnung durch den parlamentarischen Gesetzgeber kann nicht losgelöst und damit unabhängig von sonstigen gesetzgeberischen Maßnahmen erfolgen, sondern nur im Rahmen der Änderung eines Sachbereichs (BVerfGE, a. a. O., Rdnr. 207). Dabei sind Änderungen von Rechtsverordnungen auf das Ausmaß zu beschränken, das unmittelbar durch die Änderungen im Gesetzesrecht veranlasst ist. (BVerfGE, a. a. O.; BVerwG, U. v. 20.03.2008, 2 C 50/07; Bundesministerium der Justiz: Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. A., Rdnr. 691)

1.3.2. Der Gesetzgeber ist an das Verfahren nach Art. 76 ff. GG und insbesondere an die Grenzen der Ermächtigungsgrundlage (Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG) gebunden.

Befasst sich der Gesetzgeber mit einem Änderungsvorhaben, das sowohl Gesetzes- als auch Verordnungsänderungen umfasst, dann müssen Beratung, Beschlussfassung und Beteiligungsrechte der verschiedenen Organe einheitlich beurteilt werden können, so dass für das Zustandekommen des ändernden Gesetzes die grundgesetzlichen Regeln über die Gesetzgebung anzuwenden sind.

Bei der Änderung einer Verordnung ist auch der parlamentarische Gesetzgeber an die Grenzen der Ermächtigungsgrundlage gebunden (Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG). Weder die Wahl des zutreffenden Rechtswegs noch die Prüfungskompetenz des angerufenen Gerichts oder der anzuwendende Prüfungsmaßstab dürfen davon abhängen, ob Änderungen im parlamentarischen Verfahren vorgenommen werden (BVerfGE, a. a. O., Rdnr. 209; BGH, Kartellsenat, Beschluss vom 31.01.2012, EnVR 58/09, Rdnr. 8).

1.3.3. Die Zustimmungsbedürftigkeit eines Gesetzes, durch welches eine Verordnung geändert wird, beurteilt sich am Maßstab der für förmliche Gesetze geltenden Normen und nicht nach Art. 80 Abs. 2 GG (BVerfGE, a. a. O., Rdnr. 210 f.).

2. Nach diesen Maßstäben ist die Verordnungsänderung, die der Gesetzgeber mit Wirkung zum 4. August 2011 vorgenommen hat, nicht verfassungsgemäß und daher nichtig.

2.1. Der Gesetzgeber hat das Verfahren nach Art. 76 ff. GG für das Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften zwar eingehalten. Das Gesetz, in das der maßgebliche Art. 7 mit der Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV im Gesetzgebungsverfahren eingefügt worden ist, ist durch Beschluss des Bundestags vom 30. Juni 2011 angenommen worden (BT-Drs. 395/11 vom 1.07.2011); der Bundesrat hat am 8. Juli 2011 beschlossen, einen Antrag nach Art. 77 Abs. 2 GG nicht zu stellen.

Indessen fehlt schon der erforderliche sachliche Zusammenhang mit den weiteren gesetzgeberischen Maßnahmen, denn es ist nicht ersichtlich, dass das eigentliche Gesetzesvorhaben des Gesetzgebers - das Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften - auch die Anpassung der Stromnetzentgeltverordnung und damit die Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV erforderlich machte.

Das Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften setzt vornehmlich nur die Richtlinien 2009/72/EG und 2009/73/EG um. Es werden insbesondere die Entflechtungsregeln für die Transportnetze geändert, um die Netzgesellschaft im Konzern zu stärken; des Weiteren soll eine koordinierte, gemeinsame Netzausbauplanung aller Übertragungs- bzw. Fernleitungsnetzbetreiber gewährleistet werden. Daneben werden die Rechte der Verbraucher durch kurze Fristen beim Lieferantenwechsel und klare Regelungen zu Verträgen und Rechnungen sowie für

mehr Transparenz gestärkt und eine unabhängige Schlichtungsstelle eingerichtet. Schließlich wird durch die Regeln zur Einführung sog. „intelligenter Messsysteme" der Grundstein für eine aktivere Teilnahme des Endverbrauchers am Energiemarkt unter Wahrung seiner Persönlichkeitsrechte geschaffen.
Die Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV steht damit nur insoweit in einem sachlichem Zusammenhang, als es sich auch um eine energiewirtschaftsrechtliche Vorschrift handelt. Die Änderung war im Regierungsentwurf noch nicht vorgesehen, sondern - beruhend auf einer Forderung der „Wirtschaftsvereinigung Metalle" - erstmals in der Beschlussempfehlung und dem Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie vom 29. Juni 2011 (BT-Drs. 17/6365, S. 14, 20) enthalten. Den insoweit geänderten Gesetzesentwurf hat der Bundestag sodann in seiner Sitzung vom 30. Juni 2011 angenommen (BR-Drs. 395/11 vom 1. Juli 2011). Von daher wird auch kritisiert, es handele sich bei der Änderung um eine zusammenhangslos eingebrachte „Mitternachtsregelung".
Dass die Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV erforderlich ist, um „die gebotene Harmonie mit dem Muttergesetz herzustellen" (Schneider, Gesetzgebung, 2. A., Rdnr. 663 f.), ist weder ersichtlich noch dargetan. Der notwendige Zusammenhang zwischen der Befreiung stromintensiver Netzkunden und den in diesem Gesetz vornehmlich geregelten Materien ist nicht gegeben, die Änderung ist auch nicht als Folgeänderung zu einer der im Kern geregelten Materien ausgewiesen. Die Umsetzung der EG-Richtlinien steht mit der beabsichtigten Befreiung industrieller Großabnehmer in keinerlei Zusammenhang. In der Begründung zu der konkreten Gesetzesänderung findet sich - anders als in einem solchen Fall üblich - daher auch nicht die Erläuterung „redaktionelle Änderung" oder „Folgeänderung zu …", um den Zusammenhang klarzustellen.
Dem entspricht es, dass die Bundesregierung in einem vergleichbaren Fall - dem Änderungsvorschlag des Bundesrats u. a. zur Einfügung eines § 6a in die Strom- und Gasnetzentgeltverordnungen im Rahmen des Dritten Gesetzes zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften - den erforderlichen Sachzusammenhang nicht gesehen und sie - aufgrund der verfassungsrechtlichen Bedenken - dem Änderungsvorschlag nicht zugestimmt hat (BT-Drs. 17/11269 vom 31. Oktober 2012, S. 41).
2.2. Darüber hinaus hat der Gesetzgeber mit der Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV auch die Grenzen der - auf den Verordnungsgeber delegierten - Verordnungsermächtigung überschritten.
2.2.1. Die Änderung des § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV enthält im Wesentlichen zwei Komponenten:
Zum einen die Neuregelung, dass beim Vorliegen der dort genannten Schwellenwerte nunmehr eine Befreiung von den Netzentgelten erfolgen kann statt des zuvor nach § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV a. F. möglichen individuellen Netzentgelts. Letzteres hatte nach Satz 3 a. F. den Beitrag des Letztverbrauchers zu einer Senkung oder zu einer Vermeidung der Erhöhung der Netzkosten dieser und aller vorgelagerten Netz- und Umspannebenen widerzuspiegeln und war im Übrigen nach Satz 8 a. F. nur genehmigungsfähig, wenn die Netzentgelte aller übrigen Netznutzer dieser und aller nachgelagerten Netz- und Umspannebenen sich dadurch nicht wesentlich erhöhen.
Zum einen die Neuregelung, dass beim Vorliegen der dort genannten Schwellenwerte nunmehr eine Befreiung von den Netzentgelten erfolgen kann statt des zuvor nach § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV a. F. möglichen individuellen Netzentgelts. Letzteres hatte

nach Satz 3 a. F. den Beitrag des Letztverbrauchers zu einer Senkung oder zu einer Vermeidung der Erhöhung der Netzkosten dieser und aller vorgelagerten Netz- und Umspannebenen widerzuspiegeln und war im Übrigen nach Satz 8 a. F. nur genehmigungsfähig, wenn die Netzentgelte aller übrigen Netznutzer dieser und aller nachgelagerten Netz- und Umspannebenen sich dadurch nicht wesentlich erhöhen.
Zum anderen ist einbundesweiter Ausgleich zur Vermeidung überproportionaler regionaler Belastungen installiert worden. Danach sollen die durch individuelle Netzentgelte und Befreiungen entgangenen Erlöse auf der Ebene der Übertragungsnetzbetreiber über eine finanzielle Verrechnung untereinander ausgeglichen werden. Verteilernetzbetreiber erhalten daher einen Erstattungsanspruch gegenüber dem vorgelagerten Übertragungsnetzbetreiber mit der Folge, dass die entgangenen Erlöse im Rahmen der Verprobung ihrer Netzentgelte nicht zu einer Erhöhung führen können. Auf der Ebene der Übertragungsnetzbetreiber sieht § 19 Abs. 2 Satz 7 StromNEV sodann eine finanzielle Verrechnung der Erstattungsbeträge und der eigenen entgangenen Erlöse, also einen horizontalen Ausgleich, vor. Im Übrigen verweist der Gesetzgeber auf eine entsprechende Anwendung des § 9 KWKG.
Zum anderen ist einbundesweiter Ausgleich zur Vermeidung überproportionaler regionaler Belastungen installiert worden. Danach sollen die durch individuelle Netzentgelte und Befreiungen entgangenen Erlöse auf der Ebene der Übertragungsnetzbetreiber über eine finanzielle Verrechnung untereinander ausgeglichen werden. Verteilernetzbetreiber erhalten daher einen Erstattungsanspruch gegenüber dem vorgelagerten Übertragungsnetzbetreiber mit der Folge, dass die entgangenen Erlöse im Rahmen der Verprobung ihrer Netzentgelte nicht zu einer Erhöhung führen können. Auf der Ebene der Übertragungsnetzbetreiber sieht § 19 Abs. 2 Satz 7 StromNEV sodann eine finanzielle Verrechnung der Erstattungsbeträge und der eigenen entgangenen Erlöse, also einen horizontalen Ausgleich, vor. Im Übrigen verweist der Gesetzgeber auf eine entsprechende Anwendung des § 9 KWKG.
Der Umfang dieser Verweisung ist streitig. Die Bundesnetzagentur - und mit ihr die Übertragungsnetzbetreiber - misst der Verweisung das Verständnis bei, dass der Gesetzgeber neben dem horizontalen Ausgleich auf der Ebene der Übertragungsnetzbetreiber auch die Weiterwälzung und damit einen Umlagemechanismus wie in § 9 Abs. 4 ff. KWKG vorsehen wollte, den sie - die Bundesnetzagentur - mit der streitgegenständlichen Festlegung weiter ausgestaltet hat. Beschwerdeführer anderer Beschwerdeverfahren wie auch die Beigeladenen zu …), …) und …) sind dagegen der Auffassung, es sei nur der Erstattungsanspruch der Verteilernetzbetreiber gegenüber den Übertragungsnetzbetreibern und daran anschließend der horizontale Ausgleich geregelt.
Die Frage kann letztlich offen bleiben, da sich die maßgebliche Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV - die Ergänzung der individuellen Netzentgelte um eine Befreiung von diesen - nicht in den Grenzen der Ermächtigungsgrundlage hält (Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG), ohne dass es auf die konkrete Ausgestaltung des Ausgleichs der Erlösausfälle ankommt. Es bedarf daher keiner Entscheidung, ob die Erlösausfälle nach dem Willen des Gesetzgebers durch einen bundesweiten Ausgleich auf der Ebene der Übertragungsnetzbetreiber oder eine von dem Letztverbraucher zu erhebende Umlage kompensiert werden sollen.
2.2.2. Während der Gesetzgeber grundsätzlich einen weiten Spielraum für seine

Gestaltung besitzt und dabei auch Gleich- und Ungleichstellungen anordnen kann, wenn sie sachgerecht sind, ist der Verordnungsgeber enger gebunden, denn er kann verfassungsrechtlich einen Gestaltungsfreiraum nur innerhalb der durch Art. 80 Abs. 1 GG gezogenen Grenzen haben. Es ist ihm daher verwehrt, Regelungen zu erlassen, die die umfänglichen Grenzen wie die inhaltlichen Vorgaben der Ermächtigung missachten und in der Sache auf eine Korrektur der Entscheidung des Gesetzgebers hinauslaufen würden. In den engen Grenzen des ihm danach zustehenden Ermessens hat er sich von sachfremdem Erwägungen freizuhalten (BVerfGE 42, 374 (387 f.); 16, 332 (338 f.); 13, 248, (255 f.)). Damit ist er - was die Bundesnetzagentur verkennt - deutlich engeren Vorgaben unterworfen, die sich neben denen des Gemeinschafts-, Verfassungs- und Gesetzesrechts insbesondere aus der Anbindung an das Programm der Verordnungsermächtigung sowie aus der Tatsache ergeben, dass dem Verordnungsgeber die Regelung „wesentlicher" Aspekte untersagt ist (Brenner in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. A. 2010, Rdnr. 69 zu Art. 80; Uhle in: Epping/ Hillgruber, GG, 2009, Rdnr. 29 zu Art. 80).

Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung müssen nach Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG in dem ermächtigenden Gesetz bestimmt werden, um die Macht der Exekutive im Bereich der Rechtsetzung zu begrenzen sowie die parlamentarische Steuerung der exekutiven Verordnungsgebung - und damit zugleich die Verantwortung der Legislative für den Inhalt der Rechtsverordnung - zu stärken (Sannwald in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, 12. A., 2011, Rdnr. 59 zu Art. 80). Der Gesetzgeber selbst muss die Entscheidung treffen, dass bestimmte Fragen geregelt werden sollen und die Grenzen einer solchen Regelung festsetzen sowie angeben, welchem Ziel die Regelung dienen soll. Das Erfordernis hinreichender Bestimmtheit stellt die notwendige Ergänzung und Konkretisierung des aus dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip folgenden Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes sowie der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung dar (Sannwald, a. a. O., m. w. N.).

Die richterliche Kontrolle ist darauf beschränkt, ob sich der Verordnungsgeber mit seiner Gesetzeskonkretisierung innerhalb des vorgegebenen Rahmens und des Ziels der gesetzlichen Regelung bewegt und verfassungsrechtliche Prinzipien beachtet hat (Ossenbühl, Hdb des StaatsR, § 103, Rdnr. 42, 85).

2.2.3. Mit der Regelung, dass stromintensive Letztverbraucher beim Vorliegen der Schwellenwerte des § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV a. F. statt der Vereinbarung eines individuellen Netzentgelts die vollständige Befreiung von den Netzentgelten erlangen können, hat der Gesetzgeber die von ihm gesetzten Grenzen der Verordnungsermächtigung überschritten. Nach dem Wortlaut, der Systematik, dem Sinn und Zweck sowie der Entstehungsgeschichte der Ermächtigungsnorm ist der Verordnungsgeber nur ermächtigt, in der Stromnetzentgeltverordnung neben der Methodik zur Bestimmung der Entgelte Regelungen hinsichtlich der Genehmigung (oder Untersagung) individueller Netznutzungsentgelte zu treffen.

2.2.3.1. § 24 Satz 1 Nr. 1 EnWG ermächtigt zur Bedingungs- und Methodenregulierung im Verordnungswege; durch Verordnung können die Bedingungen für den Netzzugang einschließlich der Beschaffung und Erbringung von Ausgleichsleistungen, die Methoden zur Bestimmung dieser Bedingungen sowie die Methoden zur Bestimmung der Entgelte festgelegt werden. Ergänzend sieht § 24 Satz 1 Nr. 3 EnWG - klarstellend - vor, dass dabei auch im Einzelnen geregelt werden kann, in welchen Fällen und unter welchen Voraussetzungen die Regulierungsbehörde im Einzelfall individuelle Entgelte für den Netzzugang genehmigen oder untersagen kann.

Schon nach dem Wortlaut der Ermächtigungsnorm erfasst die Regelungsbefugnis nicht das „ob", sondern nur die Bestimmungen zur Ermittlung der Höhe der Entgelte. Die Ermächtigung, die Methoden zur Bestimmung der Entgelte für die Netznutzung festzulegen und dabei auch die Voraussetzungen für die Entgelte in Sonderfällen individueller Formen der Netznutzung zu bestimmen, gibt vor, dass für die Netznutzung grundsätzlich ein Entgelt, also eine geldwerte Gegenleistung zu erbringen ist. Mit der Entrichtung des Netzentgelts wird - so auch § 3 Abs. 2 StromNEV - die Nutzung der Netz- oder Umspannebene des Netzbetreibers und aller vorgelagerten Netz- und Umspannebenen abgegolten.
Aus der Systematik und dem Sinn und Zweck der Ermächtigung sowie der Entstehungsgeschichte folgt nichts anderes. Die Methode zur Bestimmung der Entgelte soll die Vorgaben des § 21 Abs. 1 und Abs. 2 EnWG umsetzen, wonach die Bedingungen und Entgelte für den Netzzugang insbesondere angemessen, diskriminierungsfrei und transparent sein müssen. Inhaltlich soll der Verordnungsgeber damit nur ermächtigt werden, die Methode für die Bestimmung solcher - angemessenen, diskriminierungsfreien und transparenten - Netzentgelte, ihre Ausgestaltung und Ermittlung näher festzulegen, also zu konkretisieren, auf welche Art und Weise die Netzzugangsentgelte ermittelt werden sollen. Dabei hat die Methode die Ausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung sicherzustellen, weil die daraus abzuleitenden Netzentgelte nur so den materiellen Vorgaben des § 21 EnWG genügen können. Mit Blick darauf soll der Verordnungsgeber befugt sein, auch von einer grundsätzlich gewählten Methode abzuweichen und die Voraussetzungen für individuelle, also der Höhe nach abweichende Entgelte für die Nutzung des Netzes regeln zu können. Die erst im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens in den Katalog des § 24 Satz 1 EnWG eingefügte Regelungsziffer Nr. 3 dient - wie in der Begründung der Beschlussempfehlung des Bundestagsausschusses für Wirtschaft und Arbeit ausgeführt ist - „der rechtsförmlichen Klarstellung des Gewollten" (BT-Drs. 15/5268, S. 121). Mit ihr soll klargestellt werden, dass zum einen in Sonderfällen auch von der grundsätzlich nach Satz 1 Nr. 1 verwendeten Methode abweichende Regelungen für die Bestimmung der Entgelte einer individuellen Netznutzung vorgesehen werden können und zum anderen in solchen Einzelfällen ebenfalls das Instrument der Genehmigung oder der Untersagung zur Verfügung steht (s.a. Bruhn in BerlKommEnR, 2. A., Rdnr. 13 zu § 24). Dabei hatte der Gesetzgeber ganz offensichtlich im Blick, dass schon die VV II plus in Ziffer 1.10 individuelle Netznutzungsentgelte zwischen Netzbetreiber und Netznutzer vorsah, wenn das Nutzungsverhalten des Netznutzers - sein Höchstlastbeitrag - erheblich von den Preisfindungsgrundsätzen abwich.[1]
Dieses Verständnis wird nicht nur durch die Regelung des § 118 Abs. 6 EnWG gestützt. Mit dieser durch das Gesetz zur Beschleunigung des Hochspannungsausbaus vom 21. August 2009 nachträglich eingefügten Privilegierung hat der Gesetzgeber neu errichtete Stromspeicheranlagen von den Entgelten für den Netzzugang auf Gesetzesebene befristet freigestellt (BT-Drs. 16/12898, S. 20[2]). Für den daraus ersichtlichen Gesetzesvorbehalt spricht weiter auch, dass es sich um eine wesentliche Entscheidung handelt, denn die vollständige Befreiung von der Gegenleistung und damit der Privilegierung von Gruppen von Netznutzern lässt sich mit dem die Entgeltregulierung beherrschenden Grundsatz der Verursachungsgerechtigkeit nicht in Einklang bringen (dazu s. u.).
2.2.3.2. Bei der in der Neuregelung des § 19 Abs. 2 StromNEV vorgesehenen

„Befreiung" handelt es sich nicht um ein solches individuelles Netzentgelt (ebenso: Missling, IR 2012, 206; Ernst/Koenig, EnWZ 2012, 51, 55). Der befreite Netznutzer entrichtet keine Gegenleistung. Die Befreiung stellt daher keine von der grundsätzlichen Methodik abweichende Entgeltbildung, sondern eine generelle und vollständige Ausnahme von der zugrunde liegenden Entgeltpflicht dar mit - wie die vorliegende Konstellation zeigt - ggfs. weitreichenden finanziellen Folgen. Bei ihr handelt es sich um eine Privilegierung und damit ein aliud zu der Entgeltbildung, denn mit der Methode der zu bildenden Entgelte hat sie nichts zu tun. Dass der Verordnungsgeber auch ermächtigt werden sollte, solche Befreiungen und damit Ausnahmen von der Entgeltpflicht vorsehen zu können, ist - wie schon ausgeführt - nicht ersichtlich. Vielmehr spricht die Klarstellung in § 24 Satz 1 Nr. 3 EnWG, dass auch individuelle Netzentgelte erfasst sein sollen, gerade dafür, dass der Gesetzgeber sich die (wirtschaftspolitische) Entscheidung darüber, ob und unter welchen Voraussetzungen eine vollständige Befreiung möglich sein soll, vorbehalten wollte.
Aus dem Umstand, dass die Sätze 6 und 7 der Neuregelung eine Kompensation für die von diesen befreiten Netznutzern nicht zu erhebenden Entgelte vorsehen, indem diese Ausfälle bundesweit durch die Letztverbraucher ausgeglichen werden, kann entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur nichts anderes folgen (so aber: OLG Jena, Beschluss vom 23.04.2012, 2 Kart 1/12; kritisch dazu Missling IR 2012, 206; Ernst/ Koenig, EnWZ 2012, 51, 55). Zum einen ist auf den befreiten Netznutzer abzustellen, der kein Entgelt für den Netzzugang zu entrichten hat. Zum anderen würde eine etwaige Umlage entsprechend § 9 KWKG, durch welche allen Letztverbrauchern die durch die Befreiungen und individuellen Netzentgelte zu tragenden Entgeltausfälle auferlegt werden, gerade keine Gegenleistung und damit kein Entgelt für ihre Netznutzung darstellen, sondern nur ihre Beteiligung an den Kosten der Befreiung und Entgeltermäßigung Einzelner. Sie soll nach Maßgabe der angegriffenen Festlegung neben und damit zusätzlich zu den Netzzugangsentgelten erhoben werden. Insofern kann es dahinstehen, ob der Ausgleich der Erlösausfälle nach dem Willen des Gesetzgebers auf den horizontalen Ausgleich auf der Ebene der Übertragungsnetzbetreiber beschränkt sein sollte, oder im Anschluss daran - wie die Bundesnetzagentur und die Übertragungsnetzbetreiber meinen - eine vertikale Rückbelastung der nachgelagerten Netzbetreiber und die Umlage der Kosten auf den Letztverbraucher entsprechend § 9 Abs. 4 ff. KWKG erfolgen sollte. Selbst wenn letzteres mit der Regelung bezweckt gewesen sein sollte, um den vier Übertragungsnetzbetreibern nicht die Last der Vorfinanzierung aufzuerlegen, führt dies im Ergebnis zu keiner anderen Beurteilung. Auch insoweit wäre der Rahmen der Ermächtigung überschritten, denn bei der Umlage handelt es sich um eine bundesweite Kompensationsleistung, die der Netzbetreiber von dem Netznutzer neben den Entgelten für das von ihm genutzte Netz erheben soll. Dass der Verordnungsgeber so weitgehend legitimiert worden ist, er also befugt sein soll, im Rahmen der Verordnung zur Bestimmung der Entgelte auch zusätzliche Kompensationsleistungen zu kreieren, ist jedoch ebenso wenig ersichtlich.
2.2.4. Dass § 24 Satz 1 Nr. 1, Nr. 3 EnWG nicht zur Befreiung von den Netzentgelten ermächtigt, folgt auch daraus, dass die vollständige Befreiung nicht in Einklang mit den Grundsätzen der Entgeltbildung gebracht werden kann. Sie verstößt gegen die Entgeltgrundsätze des § 21 Abs. 1 EnWG und damit auch gegen das Diskriminierungsverbot der Richtlinie 2009/72/EG. Mit diesen Vorgaben lässt sich nur ein individuelles Netzentgelt vereinbaren wie der Verordnungsgeber es bis zum

Inkrafttreten der Änderung in § 19 Abs. 2 StromNEV a. F. (allein) vorgesehen hatte.
2.2.4.1. Mit der Methode zur Bestimmung der Entgelte sollen die Vorgaben des § 21 Abs. 1 und Abs. 2 EnWG umgesetzt werden. Danach müssen Bedingungen und Entgelte für den Netzzugang insbesondere angemessen, diskriminierungsfrei und transparent sein. Diese Vorgaben hat der Verordnungsgeber bei seiner konkretisierenden Ausgestaltung der entgelt- und erlösobergrenzenbezogenen Verordnungen grundsätzlich zu beachten (BGH, Kartellsenat, Beschluss vom 28.06.2011 - EnVR 34/10 -, Rdnr. 10). Die Vorgaben für die Beschaffenheit der Entgelte stecken zugleich den Rahmen für die Methode der Entgeltberechnung und davon abweichende Regelungen für die Bestimmung der Entgelte einer individuellen Netznutzung ab. In diesem Rahmen muss sich daher nicht nur die Methode zur Bestimmung der Entgelte, sondern müssen sich spiegelbildlich auch die Bedingungen für davon abweichende individuelle Netzentgelte bewegen.
2.2.4.2. Nach Art. 32 Abs. 1 der Richtlinie 2009/72/EG[3] haben die Mitgliedstaaten die Einführung eines Systems für den Zugang Dritter zu den Übertragungs- und Verteilnetzen auf der Grundlage veröffentlichter Tarife zu gewährleisten: die Zugangsregelung hat für alle zugelassenen Kunden zu gelten und soll nach objektiven Kriterien und ohne Diskriminierung zwischen den Netzbenutzern angewandt werden. Auch Erwägungsgrund 32 der Richtlinie sieht vor, dass sicherzustellen ist, dass die Tarife für den Netzzugang transparent und nichtdiskriminierend sind; sie sollen auf nichtdiskriminierende Weise für alle Netznutzer gelten. Danach kann entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur kein Zweifel daran bestehen, dass das Diskriminierungsverbot dem unmittelbaren Schutz des Netznutzers vor einer - sachlich nicht gerechtfertigten - Ungleichbehandlung dient.
Das - die Vorgaben der Richtlinie 2003/54/EG umsetzende - horizontale Diskriminierungsverbot des § 21 Abs. 1 EnWG verpflichtet den Netzbetreiber in gleicher Weise, alle externen Netznutzer gleich zu behandeln, ihnen also gleiche Bedingungen der Netznutzung einzuräumen.
Da das Diskriminierungsverbot eine Ausprägung des allgemeinen Gleichheitssatzes ist, finden auch die insoweit entwickelten Grundsätze Anwendung. Danach hat der Gesetzgeber - wie auch der Verordnungsgeber - wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln. Je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen ergeben sich unterschiedliche Grenzen, die von gelockerten, auf das Willkürverbot beschränkten Bindungen bis hin zu strengen Verhältnismäßigkeitserfordernissen reichen können (BVerfGE 117, 1 (30); 122, 1 (23); 126, 400 (416) m. w. N.). Dabei bedürfen Differenzierungen stets der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind. Der Gleichheitssatz ist dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten oder -betroffenen im Vergleich zu einer anderen anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die unterschiedliche Behandlung rechtfertigen können (vgl. nur: BVerfG, B. v. 16.07.2012, 1 BvR 2983/19, Rdnr. 43 m. w. N., zitiert nach juris). Von einem selbst gesetzten Regelsystem darf der Gesetzgeber grundsätzlich abweichen, wenn das mit Blick auf Art. 3 Abs. 1 GG sachgerecht ist. Die Gründe für eine Durchbrechung des einmal gewählten Ordnungsprinzips müssen, um überzeugend zu sein, zureichend sachlich begründet sein und in ihrem Gewicht der Intensität der Abweichung von der zugrunde gelegten Ordnung entsprechen.

2.2.4.3. Das Gebot angemessener Entgelte betrifft die Entgelthöhe, also den zu zahlenden Gegenwert für den gewährten Netzzugang (Groebel in: Britz/Hellermann/ Hermes, EnWG, 2. A., Rdnr. 53 zu § 21).
2.2.4.4. Die Befreiung stromintensiver Netznutzer von den Netznutzungsentgelten verstößt gegen diese Entgeltgrundsätze, mit denen nicht nur die Methode der Entgeltbestimmung, sondern auch etwaige Ausnahmen davon im Einklang stehen müssen.
Netzentgelte sind grundsätzlich kostenbezogen zu berechnen, so dass auch Preisdifferenzierungen unterschiedliche Zugangskosten widerspiegeln und zu angemessenen Entgelten für alle Netznutzer führen müssen.
Die in der StromNEV gefundene Methode der Entgeltbildung stellt auf bestimmte Preisfindungsgrundsätze und dabei auf statistische Annahmen ab, um die Kosten des Netzes auf die Netzkunden möglichst verursachungsgerecht zu verteilen. Dabei sind Pauschalisierungen und Typisierungen notwendig. Mit den Sonderformen der Netznutzung in § 19 StromNEV trägt der Verordnungsgeber - legitimiert durch § 24 Satz 1 Nr. 3 EnWG - dem Umstand Rechnung, dass die Lastverläufe oder die Leistungsaufnahme einzelner Netznutzer von diesen Grundsätzen abweichen, so dass die den Preisfindungsgrundsätzen zugrunde liegenden Annahmen nicht zutreffen und daher für sie nicht zu angemessenen Entgelten führen. Daher stellt ein kostensenkendes oder kostenminderndes Nutzungsverhalten, das eine entsprechende Kostensenkung oder -vermeidung zur Folge hat, einen sachlich gerechtfertigten Grund für ein Abweichen von den geltenden Preisfindungsgrundsätzen dar. Für die übrigen Netznutzer hat die entsprechende Netzentgeltminderung, das individuelle Netzentgelt, jedoch zwangsläufig zur Folge, dass sich ihr Entgelt im Umfang der Kostensenkung oder -minderung entsprechend erhöht. Daher wird die Vorgabe diskriminierungsfreier, angemessener und transparenter Netznutzungsentgelte durch ein individuelles Netznutzungsentgelt nur beachtet, wenn sich der Maßstab der Entgeltminderung auf der einen Seite an dem tatsächlichen Umfang der Kostensenkung oder -minderung orientiert, denn auf der anderen Seite werden die übrigen Netznutzer im Umfang der Entgeltminderung zusätzlich belastet. Dem besonderen Nutzungsverhalten des einzelnen Netzkunden wird durch ein individuell bestimmtes Nutzungsentgelt daher nur dann angemessen Rechnung getragen, wenn der Grad der Entlastung des Netzes, der durch das abweichende Nutzungsverhalten des Netzkunden im Einzelfall bewirkt wird, Maßstab der möglichen Entgeltminderung ist (BGH, Kartellsenat, Beschluss vom 9. Oktober 2012 - EnVR 47/11 - „Pumpspeicherkraftwerke II", Rdnr. 10 f.). Nur auf diese Weise sind auch die zu ermittelnden Entgelte in ihrer Gesamtheit angemessen und diskriminierungsfrei. Im Einklang damit sah § 19 Abs. 2 Satz 3 StromNEV a. F. vor, dass das individuelle Netzentgelt den Beitrag des Letztverbrauchers zu einer Senkung oder zu einer Vermeidung der Erhöhung der Netzkosten dieser und aller vorgelagerten Netz- und Umspannebenen widerzuspiegeln hat.
Das besondere Nutzungsverhalten der Gruppe der stromintensiven Netznutzer kann ihre Befreiung von den Netzentgelten nicht rechtfertigen, sondern allenfalls eine entsprechende Reduktion, also ein individuelles Netzentgelt. Nach der Zielsetzung des Gesetzgebers sollen stromintensive Unternehmen mit einer derart hohen Bandlast von den Netzentgelten befreit werden, weil sie aufgrund ihrer Bandlast netzstabilisierend wirken (BT-Drs. 17/6365, S. 34). Die vom Gesetzgeber angeführte Netzstabilität, die durch ein bestimmtes Nutzungsverhalten herbeigeführt wird, mag grundsätzlich ein zulässiges Differenzierungskriterium bei der Entgeltbildung darstellen, weil ein solches

Nutzungsverhalten die Kosten des Netzes und damit auch die Entgelte der übrigen Netznutzer mindern oder senken kann. Netzstabilisierende Wirkung kann insbesondere die Verlagerung des überwiegenden Teils des Strombezugs in die Schwachlastzeit haben. Da sich die Dimensionierung des Netzes an der zu erwartenden Spitzenlast auszurichten hat, dient ein solches Nutzungsverhalten v. a. der großen stromintensiven Letztverbraucher der Netzökonomie (BGH, a. a. O.). Dementsprechend kann der Verordnungsgeber dieses nur mit einer entsprechenden - verhältnismäßigen - Reduzierung, nicht aber mit einer völligen Befreiung von den Netzentgelten honorieren, die sich von jeglicher Kostenverursachungsgerechtigkeit löst. Eine Befreiung und damit eine Reduzierung bis auf Null ist schon deshalb ausgeschlossen, weil das abweichende Nutzungsverhalten auf das Leistungselement der Netzkosten beschränkt ist, es also nur zu einer Reduzierung des Leistungs- und nicht auch des Arbeitspreises führen kann (BGH, a. a. O.).
Das Anknüpfungsmerkmal der stromintensiven Netznutzung und die zugrunde gelegten Schwellenwerte sprechen ungeachtet dessen gegen eine unentgeltliche Netznutzung. Von der Befreiung sollen stromintensive Netznutzer erfasst werden, die 7.000 Benutzungsstunden/p. a. erreichen und einen Stromverbrauch von 10 GWh aufweisen. Da diese intensive Nutzung impliziert, dass sie das Netz jedenfalls auch zeitgleich mit den übrigen Netznutzern nutzen müssen, kann es nicht sachgerecht sein, sie - wie der Gesetzgeber meint - allein mit Blick auf die Bandlast, also den Umstand, dass sie kontinuierlich Strom verbrauchen und damit das Netz nutzen, von den Kosten der Netznutzung freizustellen. Ob es bei diesem Nutzungsverhalten auch zu einer erheblichen Abweichung des individuellen Höchstlastbeitrags von der zeitgleichen Jahreshöchstlast kommen kann, wie der Verordnungsgeber bei dem Regelbeispiel des § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV a. F. unterstellt hatte, kann offen bleiben (zweifelhaft insoweit: Britz/Herrmann, IR 2005, 98 ff.). Eine solche netzstabilisierende Wirkung kann - wie ausgeführt - nur zu einer verhältnismäßigen Reduzierung, nicht aber zu einer vollständigen Befreiung von den Netzkosten führen. Eine vollständige Befreiung lässt sich gerade bei den gewählten Schwellenwerten nicht mit dem System und der gewählten Methode der Entgeltbestimmung vereinbaren. Sie ist nicht sachgerecht und systemwidrig, weil sie impliziert, dass durch diese intensive Netznutzung keine Netzkosten verursacht würden.
Die an die Befreiung geknüpften Schwellenwerte sprechen vielmehr dafür, dass der Gesetzgeber - ähnlich wie in den Regelungen des § 9 Abs. 7 KWKG und des § 41 EEG - die Unternehmen der Papier-, Zement-, der Metall erzeugenden und der chemischen Industrie durch eine Härtefallregelung privilegieren wollte, um sie vor einer strompreisbedingten Abwanderung in das Ausland zu bewahren (s. a. Begründung zu § 9 Abs. 7 KWKG in BT-Drs. 14/7024, S. 14).
Eine derartige Privilegierung aus wirtschaftspolitischen Gründen ist indessen von der Verordnungsermächtigung, die allein die Bestimmung der Entgelte, also das „wie" betrifft, nicht erfasst.
2.3. Die Nichtigkeit der Verordnungsänderung erfasst diese in vollem Umfang und hat daher zur Folge, dass die Festlegung, die den in der Änderung vorgesehenen Ausgleichsmechanismus weiter umsetzen soll, ebenfalls vollumfänglich aufzuheben ist.
Eine Teilnichtigkeit der Verordnung mit einer „geltungserhaltenden" Reduktion im Übrigen, also beschränkt auf den bundesweiten Ausgleich der Erlösausfälle durch individuelle Netzentgelte nach § 19 Abs. 2 Satz 1 StromNEV, kommt nicht in Betracht.

Nach den in § 139 BGB und § 44 Abs. 4 VwVfG niedergelegten Rechtsgrundsätzen kann ein Rechtsakt nur (dann) teilweise unwirksam sein, wenn die Unwirksamkeitsgründe einen abgrenzbaren Teil erfassen und zudem feststeht, dass der übrige Rechtsakt gegebenenfalls auch ohne diesen Teil erlassen worden wäre (BVerwG, Beschluss vom 11. Juli 2002 - 3 B 84.02 -, Rdnr. 3, zitiert nach juris).
Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Der - bundesweite - Ausgleich der Erlösausfälle, die durch Befreiung und individuelle Netzentgelte dem Netzbetreiber entstehen, stellt keinen eigenen abgrenzbaren Teil der Änderung dar, der auch ohne die Befreiung stromintensiver Netznutzer geregelt worden wäre. Die Änderung zielte ganz ersichtlich darauf ab, stromintensive Netznutzer künftig nicht nur in den Genuss eines individuellen Netzentgelts kommen zu lassen, sondern ihnen die Möglichkeit einer weitergehenden Privilegierung, die vollständige Befreiung von den Netzentgelten, einzuräumen. Mit Blick darauf, dass es unbillig wäre, die übrigen Netznutzer je nach Belegenheit des Netzes und Zahl der stromintensiven Netznutzer in unterschiedlicher Höhe mit den daraus resultierenden Folgen zu belasten, sah der Gesetzgeber die Notwendigkeit, die - nicht unerheblichen - Erlösausfälle gleichmäßig auf alle (übrigen) Letztverbraucher umzulegen. Aus der Verordnungsbegründung geht- wie auch die Bundesnetzagentur erkennt - klar und eindeutig hervor, dass der Gesetzgeber hierzu nur Anlass sah, damit „örtliche Gegebenheiten für die Frage der Befreiung von den Netzentgelten nach § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV keine Rolle spielen" und er von daher den bundesweiten Ausgleich „zur Vermeidung überproportionaler regionaler Belastungen" installiert hat (BT-Drs. 17/6365 (S. 34)). Damit wollte er auch dem Umstand Rechnung tragen, dass die Genehmigung eines individuellen Netzentgelts nach § 19 Abs. 2 Satz 8 StromNEV a. F. nur erfolgen konnte, wenn „die Netzentgelte aller übrigen Netznutzer dieser und aller nachgelagerten Netz- und Umspannebenen sich dadurch nicht wesentlich erhöhen".
Ungeachtet dessen aber gilt für die vom Gesetzgeber vorgenommene Änderung ohnehin, dass - wie schon ausgeführt - der erforderliche sachliche Zusammenhang mit den weiteren gesetzgeberischen Maßnahmen fehlt, der indessen erforderlich ist, wenn der Gesetzgeber von einer delegierten Verordnungsermächtigung Gebrauch machen will. Dies betrifft auch die den Umlagemechanismus betreffende Änderung der maßgeblichen Vorschriften.
IV.
Die Hilfsanträge der beteiligten Übertragungsnetzbetreiber B., C. und F. sind unzulässig.
1. Sie begehren die (allgemeine) Feststellung, dass sie nicht aus § 19 Abs. 2 Satz 6 StromNEV dazu verpflichtet sind, entgangene Erlöse, die aus individuellen Netzentgelten nach § 19 Abs. 2 Satz 1 StromNEV und Befreiungen von Netzentgelten nach § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV auf Grundlage von Genehmigungen nach § 19 Abs. 2 Satz 3 StromNEV resultieren, nachgelagerten Betreibern von Elektrizitätsverteilernetzen zu erstatten.
Für eine solche allgemeine, abstrakte Feststellung ist in dem Beschwerdeverfahren der Betroffenen indessen aus verschiedenen Gründen kein Raum. Allerdings ist ein Feststellungsantrag nach der Rechtsprechung des Kartellsenats des Bundesgerichtshofs im energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungsverfahren grundsätzlich statthaft, soweit im Einzelfall ein dem Art. 19 Abs. 4 GG genügender lückenloser Rechtsschutz nur im Wege eines gerichtlichen Feststellungsstreits in Betracht kommt. Dabei sind für die Beurteilung der Zulässigkeit eines solchen

Feststellungsantrags die Vorschriften der Verwaltungsgerichtsordnung und ihre Ausgestaltung durch die Rechtsprechung entsprechend heranzuziehen (BGH, Kartellsenat, Beschluss vom 14.08.2008 - „Rheinhessische Energie" -, Rdnr. 80 f.). Entsprechend § 43 Abs. 1 VwGO könnte daher die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses oder der Nichtigkeit eines Verwaltungsakts begehrt werden, wenn der Kläger ein berechtigtes Interesse an der baldigen Feststellung hat.
Daran und an der Beschränkung des Gegenstands des Beschwerdeverfahrens auf den Aufhebungsanspruch der Betroffenen scheitern die Feststellungsanträge der beteiligten Übertragungsnetzbetreiber indessen. Dabei kann es dahinstehen, ob die beteiligten Übertragungsnetzbetreiber als notwendig Beteiligte des Beschwerdeverfahrens anzusehen sind. Selbst dann ist ihr Antragsrecht nach § 66 Satz 2 VwGO, der in energieverwaltungsrechtlichen Verfahren entsprechende Anwendung findet, durch den Rahmen des vom Beschwerdeführer bestimmten Streitgegenstands beschränkt (Hanebeck in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2. A., Rdnr. 6 zu § 79; Bracher in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Rdnr. 12 zu § 67; Schmidt in: Eyermann, VwGO, 13. Aufl., Rdnr. 10 zu § 66; a. A.: Kopp/Schenke, VwGO, 18. Aufl., Rdnr. 6 zu § 66; Bier in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 24. Erg.lieferung 2012, Rdnr. 6 zu § 66; VG Koblenz NVwZ 1992, 295, 296; offengelassen BVerwG, Beschluss vom 31.05.2010, 3 B 29/10, BeckRS 2010, 52459, Rdnr. 10f.). Als Dritte in einem Verfahren zwischen anderen Hauptbeteiligten können sie schon nicht über den Verfahrensgegenstand dieses Beschwerdeverfahrens disponieren und den so gesteckten Rahmen überschreiten, indem sie einen eigenen weitergehenden Anspruch, der die Frage ihrer in § 19 Abs. 2 Satz 6 StromNEV normierten Verpflichtung gegenüber allen nachgelagerten Verteilernetzbetreibern betrifft, zum Gegenstand des Beschwerdeverfahrens zwischen der Betroffenen und der Bundesnetzagentur machen.
2. Gegenstand energiewirtschaftlicher Beschwerdeverfahren sind Verwaltungsakte und schlichte Verwaltungshandlungen der Regulierungsbehörden und damit der administrative Vollzug von gesetzlichen und verordnungsrechtlichen Normen (Hanebeck in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2. A., Rdnr. 3 ff. zu § 75; vgl. zu § 63 GWB nur: Langen/Buntein: Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bd. 1, 11. A., Rdnr. 4 zu § 63). Vorliegend ist der Verfahrensgegenstand dementsprechend auf den Anspruch der Betroffenen beschränkt, der auf Aufhebung der Festlegung der Bundesnetzagentur gerichtet ist und in dessen Rahmen lediglich eine Inzidentkontrolle der zugrundeliegenden Verordnungsänderung erfolgt. Insoweit unterscheidet sich die Zielsetzung dieses auf Einzelrechtsschutz im Rahmen des Verwaltungsvollzugs gerichteten Beschwerdeverfahrens von einem abstrakten Normenkontrollverfahren, das eine Vielzahl von Klagen in einem Verfahren bündelt und die Norm selbst zum Gegenstand hat, das jedoch vorliegend nicht zur Verfügung steht. Mit einem solchen Verfahren könnte durch eine allgemeinverbindliche Feststellung der Unwirksamkeit die auch von den beteiligten Übertragungsnetzbetreibern angeführte mögliche Rechtsunsicherheit durch abweichende Inzidententscheidungen vermieden und so auch die Gerichtsbarkeit entlastet werden. Neben einer solchen - hier nicht eröffneten - abstrakten Normenkontrolle kann allenfalls noch eine auf Erlass oder Änderung einer Rechtsverordnung gerichtete Feststellungsklage gegen den Normgeber in Betracht kommen (BVerfGE 115, 81 ff. - „Kulturpflanzenanbau" -, Rdnr. 50 ff., zit. nach juris;

BVerwGE 136, 54 ff, Rdnr. 28 ff., zit. nach juris).

3. Das Feststellungsbegehren der beteiligten Übertragungsnetzbetreiber ist nicht auf ein konkretes Rechtsverhältnis im Rahmen dieses Beschwerdeverfahrens beschränkt, denn es geht den Übertragungsnetzbetreibern nicht um die Klärung eines solchen, sondern um die abstrakte Rechtsfrage ihrer Verpflichtung aus § 19 Abs. 2 Satz 6 StromNEV und damit seiner weiteren Anwendbarkeit. Da sie nach dieser Norm allen nachgelagerten Verteilernetzbetreibern verpflichtet sind, die aus individuellen Netzentgelten und Befreiungen resultierenden Erlösausfälle zu erstatten, läuft ihr Feststellungsbegehren darauf hinaus, dass die Nichtigkeit dieser normierten Verpflichtung für alle Fälle ihrer Inanspruchnahme von Seiten der Verteilernetzbetreiber festgestellt wird. Die begehrte Feststellung betrifft daher nicht das durch das konkrete Beschwerdeverfahren individualisierte und damit allenfalls feststellungsfähige Rechtsverhältnis, sondern die mehr oder weniger abstrakte Rechtsfrage der Nichtigkeit (auch) des § 19 Abs. 2 Satz 6 StromNEV.

C. 1. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 Satz 1 EnWG. Da die Beschwerde überwiegend Erfolg hat, entspricht es der Billigkeit, dass die Bundesnetzagentur die Gerichtskosten zu tragen und der Betroffenen die entstandenen notwendigen Auslagen zu erstatten hat. Gründe dafür, eine Erstattung der außergerichtlichen Auslagen der übrigen Beteiligten anzuordnen, sind nicht ersichtlich.

2. Die Festsetzung des Gegenstandswerts für das Beschwerdeverfahren folgt aus § 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO. Das mit der Beschwerde verbundene Interesse der Betroffenen an der Aufhebung der angegriffenen Festlegung bemisst der Senat seiner Praxis in vergleichbaren Fällen entsprechend auf 50.000 €.

D. Der Senat hat die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof gegen diese Entscheidung zugelassen, weil die streitgegenständliche Frage grundsätzliche Bedeutung im Sinne des § 86 Abs. 2 Nr. 1 EnWG hat und die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs entsprechend § 86 Abs. 2 Nr. 2 EnWG erfordert.

Rechtsmittelbelehrung:

Die Rechtsbeschwerde kann nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung auf einer Verletzung des Rechts beruht (§§ 546, 547 ZPO). Sie ist binnen einer Frist von einem Monat schriftlich bei dem Oberlandesgericht Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen. Die Frist beginnt mit der Zustellung dieser Beschwerdeentscheidung. Die Rechtsbeschwerde ist durch einen bei dem Beschwerdegericht oder Rechtsbeschwerdegericht (Bundesgerichtshof) einzureichenden Schriftsatz binnen eines Monats zu begründen. Die Frist beginnt mit der Einlegung der Beschwerde und kann auf Antrag von dem oder der Vorsitzenden des Rechtsbeschwerdegerichts verlängert werden. Die Begründung der Rechtsbeschwerde muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird. Rechtsbeschwerdeschrift und -begründung müssen durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Für die Regulierungsbehörde besteht kein Anwaltszwang; sie kann sich im Rechtsbeschwerdeverfahren durch ein Mitglied der Behörde vertreten lassen (§§ 88 Abs. 4 S. 2, 80 S. 2 EnWG).

1 1.10 In einem Fall, in dem aufgrund vorliegender Verbrauchsdaten offensichtlich ist, dass der Höchstlastbeitrag des Netzkunden vorhersehbar erheblich von den Preisfindungsgrundsätzen nach dieser Vereinbarung (Anlagen 3 und 4) abweicht, soll zwischen Netzbetreiber und Netznutzer vor Lieferung ein Netznutzungsentgelt

vereinbart werden, das die besonderen Verhältnisse angemessen berücksichtigt. Tritt diese Abweichung wider Erwarten nicht ein, erfolgt rückwirkend eine Abrechnung auf Basis der Preisfindungsgrundsätze (Anlagen 3 und 4).

2 Begründung: „Der Zubau weiterer Pumpspeicherkraftwerke und anderer Anlagen zur Speicherung elektrischer Energie ist im Hinblick auf die zunehmende Windenergieeinspeisung, verbunden mit der derzeitigen konjunkturell bedingten Minderabnahme, als kurzfristig wünschenswert einzustufen. Pumpspeicherkraftwerke nehmen in Schwachlastzeiten Strom auf."

3 entspricht Art. 20 Abs. 1 EltRL (2003/54/EG)

Zitiervorschlag:
OLG Düsseldorf Beschl. v. 6.3.2013 – 3 Kart 14/12, BeckRS 2013, 4758

BeckRS 2014, 8849

OLG Düsseldorf (3. Kartellsenat), Beschluss vom 06.03.2013 - VI-3 Kart 43/12 (V)

Titel:
Änderung, Rechtsverordnung, Festlegung, Umlage, Bundesnetzagentur, Netzentgelt, Stromabnahme, Befreiung
Normenketten:
StromNEV §§ 16, 19 II
GG Art. 76, 80 I 2
EnWG § 24 1 Nrn. 1 u. 3
Rechtsgebiete:
Kartellrecht, EG-Kartellrecht, Verwaltungsverfahren und -prozess, Sonstiges besonderes Verwaltungsrecht, Staats- und Verfassungsrecht, Sonstiges Bürgerliches Recht
Schlagworte:
Änderung, Rechtsverordnung, Festlegung, Umlage, Bundesnetzagentur, Netzentgelt, Stromabnahme, Befreiung
nachfolgend:
BGH, Beschluss vom 12.04.2016 - EnVR 25/13 (rechtskräftig)
ECLI:
ECLI:DE:OLGD:2013:0306.VI3KART43.12V.00
Rechtskraft:
rechtskräftig

KI-generierte Zusammenfassung:
Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat die Festlegung der Bundesnetzagentur zur § 19 StromNEV-Umlage aufgehoben, da die zugrunde liegende Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV nichtig ist.
Die Antragstellerin, eine Übertragungsnetzbetreiberin, wandte sich gegen die Festlegung der Bundesnetzagentur, die Einzelheiten der § 19 StromNEV-Umlage in Abweichung von § 17 Abs. 8 StromNEV festlegte. Die Festlegung sah vor, dass Netzbetreiber von allen Netzverbrauchern eine Umlage erheben und an den Übertragungsnetzbetreiber weiterleiten müssen. Die Betroffene rügte, dass sie zu einer zinslosen Zwischenfinanzierung gezwungen werde und die Festlegung an

Begründungsmängeln leide.
Das Gericht stellte fest, dass die Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV nicht in den Grenzen der Ermächtigungsgrundlage des § 24 EnWG liegt und gegen höherrangiges Recht verstößt. Die Befreiung von Netzentgelten für stromintensive Unternehmen sei nicht durch die Verordnungsermächtigung gedeckt und verstoße gegen die Grundsätze der Angemessenheit und Nichtdiskriminierung der Netzentgelte. Daher sei die Festlegung der Bundesnetzagentur insgesamt aufzuheben.

Auf die Beschwerde der Betroffenen wird die Festlegung der Beschlusskammer 8 der Bundesnetzagentur vom 14. Dezember 2011 - BK 8-11/024 - aufgehoben. Die weitergehende Beschwerde wird zurückgewiesen.
Die Bundesnetzagentur trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen der Betroffenen. Die übrigen Beteiligten tragen ihre Auslagen selbst.
Der Beschwerdewert wird auf € 50.000 festgesetzt.
Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.
Gründe:
A.
Die Antragstellerin ist Übertragungsnetzbetreiberin im Sinne von § 3 Nr. 10 EnWG.
Mit ihrer Beschwerde wendet die Betroffene sich gegen die Festlegung der Beschlusskammer 8 der Bundesnetzagentur vom 14.12.2011, mit der diese gegenüber allen Betreibern von Elektrizitätsversorgungsnetzen gemäß § 3 Nr. 2 EnWG Einzelheiten der „§ 19 StromNEV-Umlage in Abweichung von § 17 Abs. 8 StromNEV" festgelegt hat. Der Beschluss wurde am 21.12.2011 im Amtsblatt der Bundesnetzagentur veröffentlicht. Die Betroffene war am Verwaltungsverfahren nicht förmlich beteiligt.
Hintergrund für die Festlegung der Umlage ist die mit Wirkung vom 4. August 2011 in Kraft getretene Änderung des § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV. § 19 Abs. 2 Satz 1 StromNEV sieht vor, dass für atypisches Nutzungsverhalten in Abweichung von § 16 StromNEV individuelle Netzentgelte vereinbart werden können. Nach § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV a. F. war ein individuelles Entgelt außerdem dann anzubieten, wenn die Stromabnahme aus dem Netz der allgemeinen Versorgung für den eigenen Verbrauch an einer Abnahmestelle die Benutzungsstundenzahl von jährlich mindestens 7.000 Stunden erreicht und der Stromverbrauch an dieser Abnahmestelle jährlich 10 Gigawattstunden übersteigt; das zu bildende individuelle Entgelt hatte den Beitrag des Letztverbrauchers zu einer Senkung oder Vermeidung der Erhöhung der Netzkosten dieser und aller vorgelagerten Netzebenen widerzuspiegeln. Es durfte nicht weniger als 20% des veröffentlichten Netzentgelts betragen und sollte nur genehmigt werden, wenn sich die Netzentgelte aller übrigen Nutzer dieser und aller nachgelagerten Netz- und Umspannebenen dadurch nicht wesentlich erhöhen. Nach der Neufassung des Satz 2 sollen Netznutzer grundsätzlich von den Netzentgelten befreit werden, wenn sie die Schwellenwerte einer Benutzungsstundenzahl von 7.000 Stunden und eines Stromverbrauchs von 10 Gigawattstunden an einer Abnahmestelle überschreiten. Die Vereinbarung eines individuellen Netzentgelts nach Satz 1 wie auch die Befreiung nach Satz 2 bedürfen der Genehmigung der Regulierungsbehörde. Mit der Befreiung werden im Wesentlichen Unternehmen großer Industriezweige begünstigt. Für das Jahr 2011 sind - so die Beigeladene zu ...) - bislang 281 Anträge stromintensiver

Unternehmen zu verzeichnen, wobei die Genehmigungen mit Wirkung ab dem 1. Januar 2011 erteilt worden sind.
Durch die Netzentgeltbefreiungen bzw. Netzentgeltermäßigungen gemäß § 19 Abs. 2 Satz 1, 2 StromNEV entstehen den Verteilernetzbetreibern Erlösausfälle. Insoweit sieht die Neufassung des § 19 Abs. 2 StromNEV in Satz 6 vor, dass die Betreiber von Übertragungsnetzen verpflichtet sind, den nachgelagerten Verteilernetzbetreibern die entgangenen Erlöse zu erstatten. Diese Zahlungen sowie eigene entgangene Erlöse durch Befreiungen bzw. Ermäßigungen von den Netzentgelten nach Satz 1 und 2 sind nach § 19 Abs. 2 Satz 7 StromNEV über eine finanzielle horizontale Verrechnung unter den Übertragungsnetzbetreibern auszugleichen; § 9 des KWKG findet entsprechende Anwendung.
Durch die angegriffene Festlegung vom 14.12.2011 hat die Bundesnetzagentur einen Umlagemechanismus entsprechend den Vorgaben der Absätze 4 bis 7 des § 9 KWKG näher ausgestaltet. Danach sind die Netzbetreiber u. a. verpflichtet, von allen Netzverbrauchern bzw. Lieferanten eine Umlage zu erheben und an den jeweiligen Übertragungsnetzbetreiber ihrer Regelzone weiterzuleiten. Die Höhe der Umlage sollen die Netzbetreiber auf dem Preisblatt sowie auf ihrer jeweiligen Internetseite veröffentlichen. Für das Jahr 2012 haben die Übertragungsnetzbetreiber nach Ziffer 2 des Festlegungstenors zur Bestimmung der § 19-Umlage ein Umlagevolumen von ... in Ansatz zu bringen. Nach Ziffer 10 des Festlegungstenors sind die Vorgaben aus der Festlegung ab dem 01.01.2012 umzusetzen. Entgangene Erlöse aus dem Kalenderjahr 2011 werden - so die Festlegung weiter - nicht vom Umlagemechanismus erfasst, Mindererlöse nach § 19 Abs. 2 StromNEV für das Jahr 2011 können Verteilernetzbetreiber gegenüber den Übertragungsnetzbetreibern nicht geltend machen; für Verteiler- bzw. Übertragungsnetzbetreiber werden diese Sachverhalte entsprechend § 5 ARegV im Regulierungskonto berücksichtigt.
Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den angegriffenen Beschluss Bezug genommen.
Weder der Verordnungswortlaut noch die darauf beruhende Festlegung wurden bei der Europäischen Kommission notifiziert.
Beim Senat sind mehrere gegen die Festlegung gerichtete Beschwerdeverfahren von Verteilernetzbetreibern, Lieferanten und Übertragungsnetzbetreibern anhängig. Mit Beschlüssen vom 14.11.2012 (VI-3 Kart 65/12 (V), VI-3 Kart 14/12 (V)) hat der Senat die Anträge zweier Netzbetreiber, die aufschiebende Wirkung der Beschwerden hinsichtlich Ziffer 10 der Festlegung anzuordnen, zurückgewiesen und im Rahmen dessen auf erhebliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der der Festlegung zugrundliegenden Verordnungsänderung hingewiesen. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Gründe der Entscheidung Bezug genommen.
Mit ihrer form- und fristgerecht Beschwerde wendet sich die Betroffene gegen die Festlegung, wobei sie vorrangig nicht die vollständige Aufhebung der Festlegung anstrebt, sondern im Wege der Neubescheidungsbeschwerde eine Korrektur. Insofern rügt sie, dass sie zu einer zinslosen Zwischenfinanzierung gezwungen werde, da die Bundesnetzagentur in der angegriffenen Festlegung für die Bestimmung der Umlage im Jahr 2012 ein Volumen von ... angesetzt habe, der erwartete Umfang der tatsächlich anfallenden Mindererlöse jedoch wesentlich höher liegen werde, nämlich nach Erhebungen der Übertagungsnetzbetreiber insgesamt ... Dadurch müsse sie einen Fehlbetrag von rund ... zinslos vorfinanzieren, was unter Zugrundelegung eines Zinssatzes in Höhe von ...% entsprechend § 5 Abs. 2 ARegV zu Zinsverlusten in Höhe

von ... führe. Deren Nichterfassung durch den Wälzungsmechanismus sei rechtswidrig. Wegen der Einzelheiten der Berechnung der Zinsverluste wird auf Seite ... der Beschwerdebegründung (Bl... . GA) sowie die Anlage BF ... verwiesen. Zudem leide die Festlegung an Begründungsmängeln, da für den Adressaten nicht nachvollziehbar sei, wie die Bundesnetzagentur den von ihr angesetzten Pauschalbetrag von ... für das Jahr 2012 ermittelt habe.
Mit Blick auf die vom Senat in den Eilentscheidungen vom 14.11.2012 (VI-3 Kart 65/12 (V), VI-3 Kart 14/12 (V)) geäußerten erheblichen Zweifel an der Rechtmäßigkeit der der Festlegung zugrunde liegenden Verordnungsänderung, schließe sie sich der Auffassung der Bundesnetzagentur, dass die Befreiung von den Netzentgelten gemäß § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV grundsätzlich rechtmäßig sei und die Festlegung auf einer wirksamen Ermächtigungsgrundlage beruhe, an.
Soweit der Senat an seiner im Eilverfahren geäußerten Rechtsauffassung festhalte und die streitgegenständliche Festlegung insgesamt aufhebe, sei es ihr weiteres Begehren sicherzustellen, dass eine derartige Aufhebung der Festlegung und Feststellung der Nichtigkeit ihrer Ermächtigungsgrundlage im Falle ihrer Rechtskraft einheitlich gegenüber allen an dem Wälzungsmechanismus Beteiligten Bindungswirkung entfalte. Wenn die (rechtskräftige) Aufhebung der Festlegung - entgegen ihrer Auffassung - nicht mit inter-omnes-Wirkung erfolge, wirke sie jedenfalls gemäß § 121 VwGO gegenüber allen Verfahrensbeteiligten und damit gegenüber allen Betreibern von Elektrizitätsversorgungsnetzen. Im Falle der Aufhebung der Festlegung durch den Senat würde zunächst unmittelbar die Verordnung gelten, deren Konkretisierung die Festlegung diene. Die Erstattungspflicht gelte dann gegenüber einer Vielzahl der am Verfahren beteiligten Verteilernetzbetreiber und löse im Übrigen auch den Ausgleichsmechanismus der Übertragungsnetzbetreiber untereinander aus. Zudem begründe die Erstattungspflicht auch ein Rechtsverhältnis zur Bundesnetzagentur, die zur Durchsetzung dieser Pflicht ihr gegenüber befugt sei (§§ 30, 65 EnWG). Soweit der Senat die Aufhebung der Festlegung mit der Nichtigkeit des § 19 Abs. 2 StromNEV begründe, sei angesichts ausufernder und einzelfallbezogener Judikatur nicht eindeutig, ob diese Feststellung auch von der Bindungswirkung der materiellen Rechtskraft umfasst wäre. Sie habe daher im Falle einer Aufhebung der Festlegung durch den Senat ein schutzwürdiges Interesse an der Feststellung, dass sie auch nicht unmittelbar aus § 19 Abs. 2 S. 6 StromNEV zur Erstattung entgangener Erlöse verpflichtet sei.
Die Betroffene beantragt,
1. den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 14.12.2011 (Az. BK 8-11-024) aufzuheben und die Bundesnetzagentur zu verpflichten, über die Festlegung der § 19 StromNEV-Umlage in Abweichung von § 17 Abs. 8 StromNEV unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden.
2. hilfsweise - für den Fall, dass das Gericht dem Bescheidungsantrag zu Ziffer 1 nicht stattgibt und den Beschluss vom 14.12.2011 (BK8-11-024) aufhebt -, festzustellen, dass sie nicht aus § 19 Abs. 2 Satz 6 StromNEV dazu verpflichtet sei, entgangene Erlöse, die aus individuellen Netzentgelten nach § 19 Abs. 2 Satz 1 StromNEV und Befreiungen von Netzentgelten nach § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV auf Grundlage von Genehmigungen nach § 19 Abs. 2 Satz 3 StromNEV resultieren, nachgelagerten Betreibern von Elektrizitätsverteilernetzen zu erstatten.
Die Bundesnetzagentur beantragt,
die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie verteidigt die angegriffene Festlegung unter Wiederholung und Vertiefung ihrer Gründe.
Sie greift die vom Senat geäußerten Bedenken an der Rechtmäßigkeit der Verordnungsänderung auf und trägt dazu vor: Die Regelung sei rechtmäßig, denn der Verordnungsgeber habe weder die Grenzen der Verordnungsermächtigung überschritten noch habe er gegen die Grundsätze des § 21 EnWG verstoßen.
Die Regelungen des § 19 Abs. 2 S. 2 und S. 3 StromNEV seien auch nach dessen Änderung im August 2011 von der Verordnungsermächtigung in § 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 EnWG gedeckt. Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG verlange, dass eine Verordnungsermächtigung Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung bestimme. Damit werde nicht vorgeschrieben, dass auch die Einzelheiten der durch eine Rechtsverordnung zu treffenden Regelung in die Ermächtigungsnorm aufzunehmen sind. Gerade in vielschichtigen und komplexen Bereichen des Wirtschaftsverwaltungsrechts, zu denen die Energieregulierung zähle, seien geringere Anforderungen an eine hinreichende Bestimmtheit der Ermächtigungen zu stellen. Im Übrigen sei dem Verordnungsgeber gerade im Regulierungsrecht ein Gestaltungsspielraum zuzugestehen. Daher seien bei solchen vielschichtigen Sachverhalten flexiblere und weniger strenge Anforderungen an die Bestimmtheit der Ermächtigung zu stellen.
Die Verordnungsermächtigung des § 24 S. 1 Nr. 3 EnWG gebe den Rahmen der Verordnung vor, mit der der Verordnungsgeber regeln könne, in welchen Sonderfällen der Netznutzung und unter welchen Voraussetzungen die Regulierungsbehörde individuelle Netzentgelte genehmigen oder untersagen dürfe. Durch das Abstellen auf „Sonderfälle der Netznutzung" erkenne der Gesetzgeber an, dass es neben dem typischen Netzkunden auch atypische Fälle gebe, die nicht billigerweise unter das im Übrigen für alle Netznutzer gleichermaßen geltende System fallen sollten. Durch den Begriff des individuellen Netzentgelts gebe der Gesetzgeber zugleich vor, dass in der Verordnung eine Abweichung vom typischen Fall der Netznutzung auch auf der Rechtsfolgenseite, nämlich bei der finanziellen Kompensation zu regeln ist. Darin sei zugleich die Wertung enthalten, dass die Gegenleistung in diesem speziellen Fall von der allgemeinen Entgeltbildung abweiche und damit zum individuellen Netzentgelt werde. Durch das Abstellen auf die unbestimmten Rechtsbegriffe der individuellen Netzentgelte und der Sonderfälle der Netznutzung habe der Gesetzgeber dem Verordnungsgeber einen Gestaltungsspielraum und eine Einschätzungsprärogative hinsichtlich der zugrunde liegenden komplexen Verhältnisse der Elektrizitätswirtschaft und der hierauf anwendbaren komplexen Regulierungsmethoden zugestanden. In Anbetracht dessen sei es dem Gericht verwehrt, die Einschätzung der regelungsbefugten Exekutive durch eine an der Zweckmäßigkeit oder an der Interessenlage der Betroffenen ausgerichteten eigenen Einschätzung zu ersetzen.
Mit der konkreten Regelung halte der Verordnungsgeber sich innerhalb des von der Ermächtigung gezogenen Rahmens. Es handele sich um eine rechtmäßige Ausgestaltung der Befugnis, für atypische Netznutzungen eine der Situation angemessene individuelle Kompensation zu bestimmen. Bei den Voraussetzungen des § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV handle es sich um Sonderfälle der Netznutzung, denn die besonders intensive Netznutzung entspreche gerade der Abweichung von der typischen Netznutzung, die § 24 S. 1 Nr. 3 EnWG verlange. In einem solchen Fall sei es dem Verordnungsgeber erlaubt, diskriminierungsfreie und angemessene Netzentgelte auf anderem Wege zu ermitteln und damit das ob und wie einer individuellen finanziellen Kompensation zu gestalten. Die Befreiung von den

Netzentgelten habe der Verordnungsgeber statuiert, weil stromintensive Unternehmen mit einer hohen Bandlast netzstabilisierend wirken, was nicht ernstlich bezweifelt werden könne. Durch eine hohe Benutzungsstundenzahl der Bandlastkunden mit einer gleichmäßigen Leistungsentnahme könnten Netzbetreiber von einer kontinuierlichen Auslastung der Netzinfrastruktur durch den Bandlastkunden ausgehen. Dies sei je nach Situation für die Prognose der jeweiligen Netzlast sowohl im Verteilnetz als auch im Übertragungsnetz positiv. Eingriffe in den Netzbetrieb könnten gegebenenfalls reduziert werden. Darüber hinaus trügen die stromintensiven Netzkunden durch den gleichmäßig hohen Strombezug regelmäßig zur Netzstabilität bei, indem Schwankungen der übrigen Netzkunden relativiert würden. Die Feststellung dieser Wirkungsmechanismen sei von der Einschätzungsprärogative des Verordnungsgebers gedeckt. Dann sei es von seinem Gestaltungsspielraum erfasst, wie stark er diese netzstabilisierende Wirkung bei der Reduzierung von Netzentgelten berücksichtige. Vor diesem Hintergrund sei es unschädlich, dass sich der Verordnungsgeber in § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV in einem ersten Schritt für eine Reduktion auf Null entschieden habe. Dabei sei zu beachten, dass der befreite Netzkunde in einem zweiten Schritt die § 19-Umlage und damit auch ein weiteres geldwertes Entgelt zahle. Denn der Netzkunde sei zwar von der Zahlung aller im Zusammenhang mit der Netznutzung stehenden leistungs- und arbeitsabhängigen Netzentgelte befreit. Andere Entgelte, etwa für Zählen und Messen, seien von der Netzentgeltbefreiung aber gerade nicht umfasst. Der Verordnungsgeber habe ein bloß reduziertes Netzentgelt nicht als hinreichend betrachtet, sondern es für sachgerecht gehalten, die betroffenen Unternehmen bei Vorliegen der Voraussetzungen zunächst pauschal zu befreien. Der Verordnungsgeber halte sich im Rahmen des vorgegebenen Gestaltungsspielraums, wenn er die insgesamt netzstabilisierende Wirkung höher bewerte als die möglicherweise durch die Entnahme verursachten Netzkosten.

Auch nach Sinn und Zweck des § 24 S. 1 Nr. 3 EnWG ergebe sich kein Unterschied zwischen der Vereinbarung eines gegebenenfalls sehr geringen individuellen Netzentgelts und einer Befreiung. Der Gesetzgeber bezwecke mit seiner Ermächtigung in erster Linie, von den allgemeinen Entgelten abweichende Sondernetzentgelte unter einen Prüfungsvorbehalt zu stellen. Diese Prüfung durch die Regulierungsbehörde sei auch im Fall einer Befreiung vorgeschaltet, so dass die finanzielle Kompensation verschiedene Größenordnungen bis hin zu Null einnehmen könne.

Es sei auch nicht ersichtlich, dass sich der Gesetzgeber eine vollständige Befreiung habe vorbehalten wollen. Nur weil er im Fall des § 118 Abs. 6 EnWG neu errichtete Stromspeicheranlagen habe anreizen wollen und daher unmittelbar im Gesetz selbst von den Entgelten für den Netzzugang freigestellt habe, bedeute das noch nicht, dass dies für alle Fälle von Netzentgeltbefreiungen zwingend im EnWG selbst erfolgen müsse.

Darüber hinaus sei zu beachten, dass sich für die stromintensiven Betriebe im Ergebnis die in § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV als Befreiung bezeichnete Ermäßigung der Netzentgelte finanziell nicht als hundertprozentige Befreiung auswirke. Die Regelung bestehe im Ergebnis aus einer entlastenden wie auch belastenden Regelung: während die Kosten der Befreiung in der vor dem 4. August 2011 geltenden Fassung den allgemeinen Netznutzungsentgelten zugerechnet und somit auf das jeweilige Netzgebiet verteilt wurden, finde nun eine Umlageregelung Anwendung, die die Umlage auch zulasten der befreiten Unternehmen vorsehe. Daher handle es sich für die befreiten Unternehmen im Ergebnis weiterhin lediglich um eine im Vergleich zur

alten Regelung nochmals erhöhte Reduzierung der Gesamtbelastung. Die Umlage sei so hoch, dass im Ergebnis auch die formell und nach der Begrifflichkeit des § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV befreiten Unternehmen an den Netzkosten beteiligt würden.
Die Befreiung verstoße auch nicht gegen das in § 21 Abs. 1 EnWG verankerteGebot der Nichtdiskriminierung. Das Diskriminierungsverbot ziele ebenso wie die Richtlinie 2003/54/EG vom 26.06.2003 und die Richtlinie 2009/72/EG darauf ab, den Wettbewerb auf der dem Netzbetrieb vorgelagerten Stufe - der Stromerzeugung - und der nachgelagerten Stufe - dem Stromvertrieb - zu ermöglichen und zu gewährleisten. Die Schaffung von Wettbewerb auf dem Elektrizitätsmarkt sei das zentrale Anliegen des europäischen Gemeinschaftsgesetzgebers und ziehe sich wie ein roter Faden durch die maßgeblichen Richtlinien, deren Umsetzung das EnWG im Allgemeinen und § 21 EnWG im Besonderen diene. Die Zielrichtung spiegele sich im Wortlaut des Gesetzes wieder. Demgegenüber verbiete es weder das Gemeinschaftsrecht, noch das Diskriminierungsverbot des § 21 EnWG, in Fällen atypischer Netznutzung diese Netznutzer anders zu behandeln, als andere. Dass dies grundsätzlich zulässig und sogar gewollt sei, zeige die Vorschrift des § 24 S. 1 Nr. 3 EnWG, die in diesen Fällen individuelle Entgelte erlaube. Entscheidend sei, dass die vermeintliche Ungleichbehandlung der befreiten Letztverbraucher den Wettbewerb auf der vor- und nachgelagerten Ebene nicht gefährde. Es gehe auch nicht um eine Ungleichbehandlung von außerhalb des assoziierten Unternehmens stehenden Unternehmen. Ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot liege daher nicht vor.
Darüber hinaus handele es sich bei dem Befreiungstatbestand um eine diskriminierungsfreie Ausgestaltung. Die Ungleichbehandlung sei wegen der Sondersituation dieser Netznutzer jedenfalls gerechtfertigt. Diese wiesen im Gegensatz zu den nicht befreiten Netznutzern ein besonderes Nutzungsverhalten auf. Es handle sich somit um Sonderformen der Netznutzung, die nach der Einschätzung des Gesetz- und des Verordnungsgebers einer Ungleichbehandlung bedürften.
Es sei auch eine angemessene Entgeltbildung gewährleistet. Der gemeinschaftsrechtlich vorgegebene und durch § 21 EnWG umgesetzte Grundsatz der Angemessenheit der Entgelte solle sicherstellen, dass der Marktzugang zum Erzeugungs- und Versorgungsmarkt nicht durch unangemessene Bedingungen für den Netzzugang behindert werde. Im Verhältnis zum Netzkunden bedeute dies, dass die Netzentgelte nicht so hoch sein dürften, dass sie den Zugang zum vorgelagerten Erzeugungs- und dem nachgelagerten Versorgungsmarkt ungerechtfertigt behindern. Davon könne trotz eines höheren zu entrichtenden Betrags für Netzentgelt und Umlage nicht ausgegangen werden. Der Kern des Erfordernisses der Angemessenheit der Entgelte sei der Grundsatz der Kostenorientierung, auf den sich der Netzbetreiber berufen könne. Europarechtlicher Kern dieses Grundsatzes sei es, den Netzbetreibern durch die Tarifgestaltung die notwendigen Netzinvestitionen zu ermöglichen und somit die Lebensfähigkeit der Netze zu gewährleisten. Dies setzte voraus, dass der regulatorische Rahmen eine Refinanzierung dieser Investitionen ermögliche. Dem trage die streitgegenständliche Umlage gerade Rechnung.
Sie - die Bundesnetzagentur - sei nach § 29 Abs. 1 EnWG i. V. m. § 30 Abs. 2 Nr. 6 StromNEV auch dazu ermächtigt gewesen, in Abweichung von § 17 Abs. 8 StromNEV Einzelheiten des durch § 19 Abs. 2 StromNEV i. V. m. § 9 KWKG vorgegebenen Umlagemechanismus zum Ausgleich von entgangenen Erlösen aufgrund von individuellen Netzentgelten nach § 19 Abs. 2 S.1 StromNEV und Befreiungen nach § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV festzulegen.

Die Festlegung gewährleiste angemessene und damit sachgerechte Entgelte für die Betreiber von Stromnetzen. Dieser müsse die Erlöse, die ihm aufgrund ermäßigter individueller Netzentgelte und Befreiungen entgehen, refinanzieren können. Dies gewährleiste die Festlegung, indem sie den in § 19 Abs. 2 StromNEV und § 9 KWKG vorgesehenen Wälzungs- und Umlagemechanismus zum Ausgleich der entgangenen Erlöse nachvollziehe und konkretisiere.
Eine Kompetenz zur Regelung der vorliegenden Materie ergebe sich auch mit Blick auf § 30 Abs. 1 Nr. 8 StromNEV. Nach dieser Vorschrift könne die Regulierungsbehörde sogar Festlegungen zur Höhe der sich aus dem Belastungsausgleich nach § 9 Abs. 7 KWKG ergebenden Zuschläge treffen. Andere Zuschläge seien bei Verordnungserlass namentlich nicht bekannt gewesen. Um den sich schnell wandelnden Bedürfnissen des komplexen Elektrizitätswirtschaftsbereichs gerecht zu werden, sei der Regulierungsbehörde nach § 30 Abs. 2 Nr. 6 StromNEV für weitere Entgelte in Abweichung zu § 17 Abs. 8 StromNEV eine entsprechende Kompetenz zur Entgeltfestlegung eingeräumt worden.
Sie sei auch deswegen nach § 30 Ab s. 2 Nr. 6 StromNEV zur Festlegung des Umlagemechanismus zum Ausgleich entgangener Erlöse nach § 19 Abs. 2 StromNEV ermächtigt, weil dieser Mechanismus in § 19 Abs. 2 StromNEV i. V. m. § 9 KWKG vorgesehen sei. Da der Verordnungsgeber in § 19 Abs. 2 S.7 HS.2 StromNEV auf den Wälzungsmechanismus in § 9 KWKG verwiesen habe, sei die Umlage bereits kraft Gesetzes zulässig.
Der Einwand, die Umlage sei kein Entgelt, weil sie nicht der Abgeltung einer Gegenleistung diene, greife nicht durch. Dieser Einwand verkenne, dass § 30 Abs. 2 Nr. 6 StromNEV die Regulierungsbehörde dazu ermächtige, Festlegungen zu treffen, die eine sachgerechte Entgeltbildung ermöglichten. So könne die Regulierungsbehörde insbesondere Regelungen treffen, die in Abweichung von den Vorschriften der StromNEV die Sachgerechtigkeit der vorgesehenen Entgelte sicherstelle. Dies werde durch die Verordnungsbegründung bestätigt. Dort weise der Verordnungsgeber darauf hin, dass es nicht zielführend erscheine, sämtliche Regelungen, die für die Gewährleistung angemessener Entgelte erforderlich sind, in der Verordnung festzuschreiben. Daraus gehe gerade nicht hervor, dass die Regulierungsbehörde auf die Festlegung neuer Entgelte beschränkt sein solle. Vielmehr sei von einem Ermessen auszugehen, das sich vor allem an der Sachgerechtigkeit und Angemessenheit der Entgelte zu orientieren habe. Nach dem Willen des Verordnungsgebers solle die Regulierungsbehörde befugt sein, „die zur Gewährleistung angemessener Entgelte erforderlichen Entscheidungen" zu treffen. Um eine solche Entscheidung handele es sich bei der streitgegenständlichen Festlegung, so dass offen bleiben könne, ob die Umlage ein Entgelt, Preisbestandteil oder etwas gänzlich anderes sei.
Ungeachtet dessen lasse sich die Umlage aber auch unter den Begriff des Entgelts fassen. Sie sei jedenfalls kein Netzentgelt, sondern allenfalls ein anderes Entgelt und diene dem Ausgleich von Entlastungen besonderer Netzkunden nach § 19 Abs. 1 S. 1 und S. 2 StromNEV. Bei ihrer Einordnung als Entgelt sei insbesondere die Äquivalenz der Gegenleistung gewährleistet.
Eine Festlegung gemäß § 30 Abs. 2 Nr. 6, 17 Abs. 8 StromNEV müsse keinNetzentgelt i. S. v. § 1 StromNEV zum Gegenstand haben; es genüge ganz allgemein die Festlegung eines Entgelts oder sonstiger Entscheidungen zur Gewährleistung allgemeiner Entgelte.
Selbst wenn der Senat nicht der Auffassung folgen wolle, dass die Regelungen von der

Verordnungsermächtigung in § 24 S. 1 Nr. 3 EnWG gedeckt sind, führe dies nicht zur vollständigen Aufhebung des streitgegenständlichen Beschlusses. Gleiches gelte für den Fall, dass ihre Ermächtigung verneint würde, nach § 29 Abs. 1 EnWG, § 30 Abs. 2 Nr. 6 StromNEV einen Umlagemechanismus zum Ausgleich von entgangenen Erlösen aufgrund Befreiungen festzulegen. In beiden Konstellationen sei zu berücksichtigen, dass die Festlegung hinsichtlich ihres Regelungsgegenstands teilbar sei. Jedenfalls die Umlage entgangener Erlöse aus der Vereinbarung individueller Netzentgelte nach § 19 Abs. 2 S. 1 StromNEV sei rechtmäßig, denn die Regelung entspreche im Wesentlichen der vor der Verordnungsänderung geltenden Rechtslage.
Durch den Beschluss werde der Lastenausgleich für zwei verschiedene Regelungsinstrumente geregelt, denen gemeinsam sei, dass sie Sonderformen der Netznutzung betreffen. Im Übrigen aber seien die Regelungen zur Befreiung und zu den individuellen Netzentgelten selbstständig und voneinander getrennt zu betrachten. Insbesondere seien die Tatbestandsvoraussetzungen unterschiedlich, so dass ein untrennbarer innerer Zusammenhang bestehe. Auch für den Fall, dass ausschließlich Erlösausfälle aus dem Regime des § 19 Abs. 2 S. 1 StromNEV anfielen, bestünde weiterhin das Bedürfnis nach dem von § 19 Abs. 2 S. 7 StromNEV geforderten Ausgleich. Die angefochtene Festlegung sei daher allenfalls teilweise aufzuheben.
Die Beigeladenen zu …), …)und…)sind der Auffassung, dass es für eine Netzentgeltbefreiung an einer Ermächtigungsgrundlage im Energiewirtschaftsgesetz fehle und sie gegen Vorschriften des europäischen Beihilfenrechts bzw. gegen Art. 34 AEUV - so die Beigeladene zu …) - sowie gegen den grundrechtlich geschützten Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. 3 GG verstoße. Darüber hinaus fehle es auch an einer Ermächtigungsgrundlage für die streitbefangene Festlegung, die daher insgesamt aufzuheben sei.
Die Beigeladenen zu …), …) …)
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die zwischen den Beteiligten gewechselten Schriftsätze mit Anlagen, den beigezogenen Verwaltungsvorgang und das Protokoll der Senatssitzung Bezug genommen.
B.
Die zulässige Beschwerde der Betroffenen hat aus den mit den Beteiligten in der Senatssitzung erörterten Gründen insoweit Erfolg, als die Betroffene mit ihrem Neubescheidungsantrag inzidenter die umfassende Aufhebung der Festlegung verfolgt. Diesbezüglich hat der Verfahrensbevollmächtigte der Betroffenen im Senatstermin ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der Neubescheidungsantrag der Betroffenen inzidenter einen Aufhebungsantrag als minus enthalte. Im Übrigen hat die Beschwerde jedoch keinen Erfolg. Der als Hauptantrag gestellte Neubescheidungsantrag ist in der Sache nicht begründet. Der hilfsweise gestellte Feststellungsantrag ist bereits unzulässig.
I.
Die Beschwerde der Betroffenen ist zulässig.
Ihrer Beschwerdebefugnis steht insbesondere nicht entgegen, dass sie an dem Verwaltungsverfahren der Bundesnetzagentur nicht förmlich beteiligt war. Zwar sieht § 75 Abs. 2 EnWG vor, dass derjenige beschwerdeberechtigt ist, der bereits im regulierungsbehördlichen Verfahren die Beteiligtenstellung innehatte. In erweiternder Auslegung dieser Vorschrift ist allerdings auch die Beschwerdebefugnis eines Dritten, der nicht schon an dem Verfahren beteiligt war, zu bejahen, wenn er durch den

angegriffenen Verwaltungsakt unmittelbar in seinen Rechten berührt wird, weil dieser auch ihm gegenüber eine Regelungswirkung entfaltet (vgl. nur: BGH, Beschluss vom 5. Oktober 2010 - EnVR 52/09, Rdnr. 14 „GABiGas"; Beschluss vom 11. November 2008 - EnVR 1/08, WuW/E DE-R 2535, Rdnr. 14 ff. - „citiworks"; Beschluss vom 22. Februar 2005 - KVZ 20/04, WuW/E DE-R 1544, 1545 - „Zeiss/Leica").
So liegt der Fall hier. Als Übertragungsnetzbetreiberin ist die Betroffene Adressatin der Festlegung, die sich an alle Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen richtet (s. a. S. 18 unter II.3. der Festlegung).
II.
Die mit dem Hauptantrag der Betroffenen begehrte Verpflichtung der Bundesnetzagentur zur Neubescheidung hat jedoch keinen Erfolg.
Die Betroffene kann nicht im Wege der Neubescheidung die Einbeziehung der Zinsverluste in den Wälzungsmechanismus und die Nachholung der fehlenden Begründung für die Ermittlung des Umlagevolumens 2012 verlangen. Wie sich aus den nachfolgenden Feststellungen unter Ziffer III. ergibt, ist die angegriffene Festlegung bereits deshalb rechtswidrig und insgesamt aufzuheben, weil die zugrundeliegende Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV nichtig ist. Damit fehlt nicht nur der Befreiung, sondern auch der Festlegung zur Kompensation der Erlösausfälle und damit dem gesamten Umlagemechanismus die Grundlage. Für eine Neubescheidung ist angesichts dessen kein Raum.
III.
Soweit die Betroffene mit dem Antrag auf Neubescheidung inzidenter die umfassende Aufhebung der Festlegung begehrt, ist ihre Beschwerde jedoch begründet. Die angegriffene Festlegung ist rechtswidrig und daher insgesamt aufzuheben, weil die ihr zugrunde liegende Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV nichtig ist. Die Änderung hält sich nicht in den von der Ermächtigungsgrundlage gesetzten Grenzen und ist auch mit höherrangigem Recht nicht vereinbar, so dass für den Senat offen bleiben kann, ob sie sich auch noch aus anderen Gründen als rechtswidrig erweist.
1. Der Senat ist zur umfassenden Prüfung der Neuregelung des § 19 Abs. 2 StromNEV und auch zur Feststellung ihrer Nichtigkeit befugt. Aus dem Umstand, dass die Änderung auf einem förmlichen Gesetz - dem am 4. August 2011 in Kraft getretenen Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften - beruht, folgt nicht, dass nur das Bundesverfassungsgericht ihre Nichtigkeit gemäß Art. 100 GG feststellen kann. § 19 Abs. 2 StromNEV ist als im parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren geschaffenes Verordnungsrecht zu beurteilen, das von jedem damit befassten Gericht überprüft werden kann. Daraus folgt aber auch, dass der Gesetzgeber bei seiner Änderung an das Verfahren nach Art. 76 ff. GG und an die Grenzen der Ermächtigungsgrundlage gebunden war.
1.1. Der Änderung einer geltenden Verordnung durch ein Parlamentsgesetz steht es nicht schon entgegen, dass der Gesetzgeber die Regelungsbefugnis der Exekutive übertragen hat. Für den parlamentarischen Gesetzgeber besteht - wie die Staatspraxis zeigt - häufig ein Bedürfnis, bei einer Änderung komplexer Regelungsgefüge, in denen förmliches Gesetzesrecht und auf ihm beruhendes Verordnungsrecht ineinander verschränkt sind, auch das Verordnungsrecht anzupassen. Zudem gehört es zur Gestaltungsfreiheit des Parlaments, sein Änderungsvorhaben umfassend selbst zu verwirklichen, ohne dass es die durch die Verordnung geregelten Gegenstände zuvor wieder in förmliches Gesetzesrecht übernehmen müsste. Letzterem stünde es insbesondere entgegen, dass künftige Änderungen durch die Exekutive und damit die

für die Zukunft notwendige Flexibilität ausgeschlossen wären (BVerfGE 114, 196 ff. „Beitragssicherungsgesetz", Rdnr. 193 ff.).
1.2. Ändert das Parlament eine bestehende Rechtsverordnung oder fügt es in diese neue Regelungen ein, so ist das dadurch entstehende Normgebilde aus Gründen der Normenklarheit insgesamt als Rechtsverordnung zu qualifizieren. Zur Normenklarheit gehört auch Normenwahrheit, so dass Überschrift und Einleitung eines Regelungswerks auch nach u. U. zahlreichen Änderungen noch halten müssen, was sie versprechen (BVerfG, a. a. O., Rdnr. 198 ff., 202). Auch die Rechtsmittelklarheit verbietet es, bei der parlamentarischen und exekutiven Rechtsetzung beide Rechtsformen so zu vermischen, dass eine klare Zuordnung nicht mehr möglich ist. Der Adressat einer Regelung muss mit Blick auf das Prinzip der Rechtsmittelklarheit erkennen können, ob er es mit einer - auf gesetzlicher Ermächtigung beruhenden - Verordnungsregelung oder mit einem förmlichen Gesetz zu tun hat. Entscheidet sich der Gesetzgeber dafür, eine bestehende Verordnung zu ändern, kann der geänderten Verordnung aus verfassungsrechtlichen Gründen daher nur ein einheitlicher Rang, der der Verordnung, zukommen.
Etwas anderes gilt dann, wenn der Gesetzgeber die der Exekutive übertragenen Regelungsbefugnisse wieder an sich zieht und eine bisher als Verordnung geltende Regelung als Gesetz erlässt (BVerfGE 114, 303 ff.). Ein Bedürfnis dafür besteht insbesondere dann, wenn die schon existierende Verordnungsregelung zwar auf einer gesetzlichen Ermächtigungsnorm beruht, sie indessen von dieser nach Inhalt, Zweck oder Ausmaß nicht gedeckt wird und von daher ein förmliches Gesetz erforderlich ist (BVerfGE, a. a. O.; OVG NW, DÖD 2010, 17 ff. Rdnr. 24 ff.). Um einen solchen Fall geht es vorliegend indessen nicht, denn der Gesetzgeber hat die bestehende Verordnung geändert und sich damit auf die Ebene des Verordnungsgebers begeben.
1.3. Mit Blick auf den Grundsatz der Formenstrenge der Rechtsetzung und das Prinzip der Rechtssicherheit ist eine Verordnungsänderung durch den Gesetzgeber allerdings nur unter folgenden Voraussetzungen möglich:
1.3.1. Die Änderung einer Verordnung durch den parlamentarischen Gesetzgeber kann nicht losgelöst und damit unabhängig von sonstigen gesetzgeberischen Maßnahmen erfolgen, sondern nur im Rahmen der Änderung eines Sachbereichs (BVerfGE, a. a. O., Rdnr. 207). Dabei sind Änderungen von Rechtsverordnungen auf das Ausmaß zu beschränken, das unmittelbar durch die Änderungen im Gesetzesrecht veranlasst ist. (BVerfGE, a. a. O.; BVerwG, U. v. 20.03.2008, 2 C 50/07; Bundesministerium der Justiz: Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. A., Rdnr. 691)
1.3.2. Der Gesetzgeber ist an das Verfahren nach Art. 76 ff. GG und insbesondere an die Grenzen der Ermächtigungsgrundlage (Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG) gebunden.
Befasst sich der Gesetzgeber mit einem Änderungsvorhaben, das sowohl Gesetzes- als auch Verordnungsänderungen umfasst, dann müssen Beratung, Beschlussfassung und Beteiligungsrechte der verschiedenen Organe einheitlich beurteilt werden können, so dass für das Zustandekommen des ändernden Gesetzes die grundgesetzlichen Regeln über die Gesetzgebung anzuwenden sind.
Bei der Änderung einer Verordnung ist auch der parlamentarische Gesetzgeber an die Grenzen der Ermächtigungsgrundlage gebunden (Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG). Weder die Wahl des zutreffenden Rechtswegs noch die Prüfungskompetenz des angerufenen Gerichts oder der anzuwendende Prüfungsmaßstab dürfen davon abhängen, ob Änderungen im parlamentarischen Verfahren vorgenommen werden (BVerfGE, a. a. O., Rdnr. 209; BGH, Kartellsenat, Beschluss vom 31.01.2012, EnVR 58/09, Rdnr. 8).

1.3.3. Die Zustimmungsbedürftigkeit eines Gesetzes, durch welches eine Verordnung geändert wird, beurteilt sich am Maßstab der für förmliche Gesetze geltenden Normen und nicht nach Art. 80 Abs. 2 GG (BVerfGE, a. a. O., Rdnr. 210 f.).
2. Nach diesen Maßstäben ist die Verordnungsänderung, die der Gesetzgeber mit Wirkung zum 4. August 2011 vorgenommen hat, nicht verfassungsgemäß und daher nichtig.
2.1. Der Gesetzgeber hat das Verfahren nach Art. 76 ff. GG für das Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften zwar eingehalten. Das Gesetz, in das der maßgebliche Art. 7 mit der Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV im Gesetzgebungsverfahren eingefügt worden ist, ist durch Beschluss des Bundestags vom 30. Juni 2011 angenommen worden (BT-Drucks. 395/11 vom 1.07.2011); der Bundesrat hat am 8. Juli 2011 beschlossen, einen Antrag nach Art. 77 Abs. 2 GG nicht zu stellen.
Indessen fehlt schon der erforderliche sachliche Zusammenhang mit den weiteren gesetzgeberischen Maßnahmen, denn es ist nicht ersichtlich, dass das eigentliche Gesetzesvorhaben des Gesetzgebers - das Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften - auch die Anpassung der Stromnetzentgeltverordnung und damit die Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV erforderlich machte.
Das Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften setzt vornehmlich nur die Richtlinien 2009/72/EG und 2009/73/EG um. Es werden insbesondere die Entflechtungsregeln für die Transportnetze geändert, um die Netzgesellschaft im Konzern zu stärken; des Weiteren soll eine koordinierte, gemeinsame Netzausbauplanung aller Übertragungs- bzw. Fernleitungsnetzbetreiber gewährleistet werden. Daneben werden die Rechte der Verbraucher durch kurze Fristen beim Lieferantenwechsel und klare Regelungen zu Verträgen und Rechnungen sowie für mehr Transparenz gestärkt und eine unabhängige Schlichtungsstelle eingerichtet. Schließlich wird durch die Regeln zur Einführung sog. „intelligenter Messsysteme" der Grundstein für eine aktivere Teilnahme des Endverbrauchers am Energiemarkt unter Wahrung seiner Persönlichkeitsrechte geschaffen.
Die Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV steht damit nur insoweit in einem sachlichen Zusammenhang, als es sich auch um eine energiewirtschaftsrechtliche Vorschrift handelt. Die Änderung war im Regierungsentwurf noch nicht vorgesehen, sondern - beruhend auf einer Forderung der „Wirtschaftsvereinigung Metalle" - erstmals in der Beschlussempfehlung und dem Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie vom 29. Juni 2011 (BT-Drucks. 17/6365, S. 14, 20) enthalten. Den insoweit geänderten Gesetzesentwurf hat der Bundestag sodann in seiner Sitzung vom 30. Juni 2011 angenommen (BR-Drucks. 395/11 vom 1. Juli 2011). Von daher wird auch kritisiert, es handele sich bei der Änderung um eine zusammenhangslos eingebrachte „Mitternachtsregelung".
Dass die Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV erforderlich ist, um „die gebotene Harmonie mit dem Muttergesetz herzustellen" (Schneider, Gesetzgebung, 2. A., Rdnr. 663 f.), ist weder ersichtlich noch dargetan. Der notwendige Zusammenhang zwischen der Befreiung stromintensiver Netzkunden und den in diesem Gesetz vornehmlich geregelten Materien ist nicht gegeben, die Änderung ist auch nicht als Folgeänderung zu einer der im Kern geregelten Materien ausgewiesen. Die Umsetzung der EG-Richtlinien steht mit der beabsichtigten Befreiung industrieller Großabnehmer in keinerlei Zusammenhang. In der Begründung zu der konkreten Gesetzesänderung

findet sich - anders als in einem solchen Fall üblich - daher auch nicht die Erläuterung „redaktionelle Änderung" oder „Folgeänderung zu …", um den Zusammenhang klarzustellen.
Dem entspricht es, dass die Bundesregierung in einem vergleichbaren Fall - dem Änderungsvorschlag des Bundesrats u. a. zur Einfügung eines § 6a in die Strom- und Gasnetzentgeltverordnungen im Rahmen des Dritten Gesetzes zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften - den erforderlichen Sachzusammenhang nicht gesehen und sie - aufgrund der verfassungsrechtlichen Bedenken - dem Änderungsvorschlag nicht zugestimmt hat (BT-Drucks. 17/11269 vom 31. Oktober 2012, S. 41).
2.2. Darüber hinaus hat der Gesetzgeber mit der Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV auch die Grenzen der - auf den Verordnungsgeber delegierten - Verordnungsermächtigung überschritten.
2.2.1. Die Änderung des § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV enthält im Wesentlichen zwei Komponenten:
Zum einen die Neuregelung, dass beim Vorliegen der dort genannten Schwellenwerte nunmehr eineBefreiungvon den Netzentgelten erfolgen kann statt des zuvor nach § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV a. F. möglichen individuellen Netzentgelts. Letzteres hatte nach Satz 3 a. F. den Beitrag des Letztverbrauchers zu einer Senkung oder zu einer Vermeidung der Erhöhung der Netzkosten dieser und aller vorgelagerten Netz- und Umspannebenen widerzuspiegeln und war im Übrigen nach Satz 8 a. F. nur genehmigungsfähig, wenn die Netzentgelte aller übrigen Netznutzer dieser und aller nachgelagerten Netz- und Umspannebenen sich dadurch nicht wesentlich erhöhen.
Zum einen die Neuregelung, dass beim Vorliegen der dort genannten Schwellenwerte nunmehr eine Befreiung von den Netzentgelten erfolgen kann statt des zuvor nach § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV a. F. möglichen individuellen Netzentgelts. Letzteres hatte nach Satz 3 a. F. den Beitrag des Letztverbrauchers zu einer Senkung oder zu einer Vermeidung der Erhöhung der Netzkosten dieser und aller vorgelagerten Netz- und Umspannebenen widerzuspiegeln und war im Übrigen nach Satz 8 a. F. nur genehmigungsfähig, wenn die Netzentgelte aller übrigen Netznutzer dieser und aller nachgelagerten Netz- und Umspannebenen sich dadurch nicht wesentlich erhöhen.
Zum anderen ist einbundesweiter Ausgleich zur Vermeidung überproportionaler regionaler Belastungen installiert worden. Danach sollen die durch individuelle Netzentgelte und Befreiungen entgangenen Erlöse auf der Ebene der Übertragungsnetzbetreiber über eine finanzielle Verrechnung untereinander ausgeglichen werden. Verteilernetzbetreiber erhalten daher einen Erstattungsanspruch gegenüber dem vorgelagerten Übertragungsnetzbetreiber mit der Folge, dass die entgangenen Erlöse im Rahmen der Verprobung ihrer Netzentgelte nicht zu einer Erhöhung führen können. Auf der Ebene der Übertragungsnetzbetreiber sieht § 19 Abs. 2 Satz 7 StromNEV sodann eine finanzielle Verrechnung der Erstattungsbeträge und der eigenen entgangenen Erlöse, also einen horizontalen Ausgleich, vor. Im Übrigen verweist der Gesetzgeber auf eine entsprechende Anwendung des § 9 KWKG.
Zum anderen ist einbundesweiter Ausgleich zur Vermeidung überproportionaler regionaler Belastungen installiert worden. Danach sollen die durch individuelle Netzentgelte und Befreiungen entgangenen Erlöse auf der Ebene der Übertragungsnetzbetreiber über eine finanzielle Verrechnung untereinander ausgeglichen werden. Verteilernetzbetreiber erhalten daher einen

Erstattungsanspruch gegenüber dem vorgelagerten Übertragungsnetzbetreiber mit der Folge, dass die entgangenen Erlöse im Rahmen der Verprobung ihrer Netzentgelte nicht zu einer Erhöhung führen können. Auf der Ebene der Übertragungsnetzbetreiber sieht § 19 Abs. 2 Satz 7 StromNEV sodann eine finanzielle Verrechnung der Erstattungsbeträge und der eigenen entgangenen Erlöse, also einen horizontalen Ausgleich, vor. Im Übrigen verweist der Gesetzgeber auf eine entsprechende Anwendung des § 9 KWKG.
Der Umfang dieser Verweisung ist streitig. Die Bundesnetzagentur - und mit ihr die Übertragungsnetzbetreiber - misst der Verweisung das Verständnis bei, dass der Gesetzgeber neben dem horizontalen Ausgleich auf der Ebene der Übertragungsnetzbetreiber auch die Weiterwälzung und damit einen Umlagemechanismus wie in § 9 Abs. 4 ff. KWKG vorsehen wollte, den sie - die Bundesnetzagentur - mit der streitgegenständlichen Festlegung weiter ausgestaltet hat. Beschwerdeführer anderer Beschwerdeverfahren wie auch die Beigeladenen zu …), …) und …) sind dagegen der Auffassung, es sei nur der Erstattungsanspruch der Verteilernetzbetreiber gegenüber den Übertragungsnetzbetreibern und daran anschließend der horizontale Ausgleich geregelt.
Die Frage kann letztlich offen bleiben, da sich die maßgebliche Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV - die Ergänzung der individuellen Netzentgelte um eine Befreiung von diesen - nicht in den Grenzen der Ermächtigungsgrundlage hält (Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG), ohne dass es auf die konkrete Ausgestaltung des Ausgleichs der Erlösausfälle ankommt. Es bedarf daher keiner Entscheidung, ob die Erlösausfälle nach dem Willen des Gesetzgebers durch einen bundesweiten Ausgleich auf der Ebene der Übertragungsnetzbetreiber oder eine von dem Letztverbraucher zu erhebende Umlage kompensiert werden sollen.
2.2.2. Während der Gesetzgeber grundsätzlich einen weiten Spielraum für seine Gestaltung besitzt und dabei auch Gleich- und Ungleichstellungen anordnen kann, wenn sie sachgerecht sind, ist der Verordnungsgeber enger gebunden, denn er kann verfassungsrechtlich einen Gestaltungsfreiraum nur innerhalb der durch Art. 80 Abs. 1 GG gezogenen Grenzen haben. Es ist ihm daher verwehrt, Regelungen zu erlassen, die die umfänglichen Grenzen wie die inhaltlichen Vorgaben der Ermächtigung missachten und in der Sache auf eine Korrektur der Entscheidung des Gesetzgebers hinauslaufen würden. In den engen Grenzen des ihm danach zustehenden Ermessens hat er sich von sachfremdem Erwägungen freizuhalten (BVerfGE 42, 374 (387 f.); 16, 332 (338 f.); 13, 248, (255 f.)). Damit ist er - was die Bundesnetzagentur verkennt - deutlich engeren Vorgaben unterworfen, die sich neben denen des Gemeinschafts-, Verfassungs- und Gesetzesrechts insbesondere aus der Anbindung an das Programm der Verordnungsermächtigung sowie aus der Tatsache ergeben, dass dem Verordnungsgeber die Regelung „wesentlicher" Aspekte untersagt ist (Brenner in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. A. 2010, Rdnr. 69 zu Art. 80; Uhle in: Epping/ Hillgruber, GG, 2009, Rdnr. 29 zu Art. 80).
Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung müssen nach Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG in dem ermächtigenden Gesetz bestimmt werden, um die Macht der Exekutive im Bereich der Rechtsetzung zu begrenzen sowie die parlamentarische Steuerung der exekutiven Verordnungsgebung - und damit zugleich die Verantwortung der Legislative für den Inhalt der Rechtsverordnung - zu stärken (Sannwald in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, 12. A., 2011, Rdnr. 59 zu Art. 80). Der Gesetzgeber selbst muss die Entscheidung treffen, dass bestimmte Fragen geregelt

werden sollen und die Grenzen einer solchen Regelung festsetzen sowie angeben, welchem Ziel die Regelung dienen soll. Das Erfordernis hinreichender Bestimmtheit stellt die notwendige Ergänzung und Konkretisierung des aus dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip folgenden Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes sowie der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung dar (Sannwald, a. a. O., m. w. N.).
Die richterliche Kontrolle ist darauf beschränkt, ob sich der Verordnungsgeber mit seiner Gesetzeskonkretisierung innerhalb des vorgegebenen Rahmens und des Ziels der gesetzlichen Regelung bewegt und verfassungsrechtliche Prinzipien beachtet hat (Ossenbühl, Hdb des StaatsR, § 103, Rdnr. 42, 85).
2.2.3. Mit der Regelung, dass stromintensive Letztverbraucher beim Vorliegen der Schwellenwerte des § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV a. F. statt der Vereinbarung eines individuellen Netzentgelts die vollständige Befreiung von den Netzentgelten erlangen können, hat der Gesetzgeber die von ihm gesetzten Grenzen der Verordnungsermächtigung überschritten. Nach dem Wortlaut, der Systematik, dem Sinn und Zweck sowie der Entstehungsgeschichte der Ermächtigungsnorm ist der Verordnungsgeber nur ermächtigt, in der Stromnetzentgeltverordnung neben der Methodik zur Bestimmung der Entgelte Regelungen hinsichtlich der Genehmigung (oder Untersagung) individueller Netznutzungsentgelte zu treffen.
2.2.3.1. § 24 Satz 1 Nr. 1 EnWG ermächtigt zur Bedingungs- und Methodenregulierung im Verordnungswege; durch Verordnung können die Bedingungen für den Netzzugang einschließlich der Beschaffung und Erbringung von Ausgleichsleistungen, die Methoden zur Bestimmung dieser Bedingungen sowiedie Methoden zur Bestimmung der Entgeltefestgelegt werden. Ergänzend sieht § 24 Satz 1 Nr. 3 EnWG - klarstellend - vor, dass dabei auch im Einzelnen geregelt werden kann, in welchen Fällen und unter welchen Voraussetzungen die Regulierungsbehörde im Einzelfall individuelle Entgelte für den Netzzugang genehmigen oder untersagen kann.
Schon nach dem Wortlaut der Ermächtigungsnorm erfasst die Regelungsbefugnis nicht das „ob", sondern nur die Bestimmungen zur Ermittlung der Höhe der Entgelte. Die Ermächtigung, die Methoden zur Bestimmung der Entgelte für die Netznutzung festzulegen und dabei auch die Voraussetzungen für die Entgelte in Sonderfällen individueller Formen der Netznutzung zu bestimmen, gibt vor, dass für die Netznutzung grundsätzlich ein Entgelt, also eine geldwerte Gegenleistung zu erbringen ist. Mit der Entrichtung des Netzentgelts wird - so auch § 3 Abs. 2 StromNEV - die Nutzung der Netz- oder Umspannebene des Netzbetreibers und aller vorgelagerten Netz- und Umspannebenen abgegolten.
Aus der Systematik und dem Sinn und Zweck der Ermächtigung sowie der Entstehungsgeschichte folgt nichts anderes. Die Methode zur Bestimmung der Entgelte soll die Vorgaben des § 21 Abs. 1 und Abs. 2 EnWG umsetzen, wonach die Bedingungen und Entgelte für den Netzzugang insbesondere angemessen, diskriminierungsfrei und transparent sein müssen. Inhaltlich soll der Verordnungsgeber damit nur ermächtigt werden, die Methode für die Bestimmung solcher - angemessenen, diskriminierungsfreien und transparenten - Netzentgelte, ihre Ausgestaltung und Ermittlung näher festzulegen, also zu konkretisieren, auf welche Art und Weise die Netzzugangsentgelte ermittelt werden sollen. Dabei hat die Methode die Ausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung sicherzustellen, weil die daraus abzuleitenden Netzentgelte nur so den materiellen Vorgaben des § 21 EnWG genügen können. Mit Blick darauf soll der Verordnungsgeber befugt sein, auch von einer grundsätzlich gewählten Methode abzuweichen und die Voraussetzungen für

individuelle, also der Höhe nach abweichende Entgelte für die Nutzung des Netzes regeln zu können. Die erst im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens in den Katalog des § 24 Satz 1 EnWG eingefügte Regelungsziffer Nr. 3 dient - wie in der Begründung der Beschlussempfehlung des Bundestagsausschusses für Wirtschaft und Arbeit ausgeführt ist - „der rechtsförmlichen Klarstellung des Gewollten" (BT-Drucks. 15/5268, S. 121). Mit ihr soll klargestellt werden, dass zum einen in Sonderfällen auch von der grundsätzlich nach Satz 1 Nr. 1 verwendeten Methode abweichende Regelungen für die Bestimmung der Entgelte einer individuellen Netznutzung vorgesehen werden können und zum anderen in solchen Einzelfällen ebenfalls das Instrument der Genehmigung oder der Untersagung zur Verfügung steht (s. a. Bruhn in BerlKommEnR, 2. A., Rdnr. 13 zu § 24). Dabei hatte der Gesetzgeber ganz offensichtlich im Blick, dass schon die VV II plus in Ziffer 1.10 individuelle Netznutzungsentgelte zwischen Netzbetreiber und Netznutzer vorsah, wenn das Nutzungsverhalten des Netznutzers - sein Höchstlastbeitrag - erheblich von den Preisfindungsgrundsätzen abwich.[1]

Dieses Verständnis wird nicht nur durch die Regelung des § 118 Abs. 6 EnWG gestützt. Mit dieser durch das Gesetz zur Beschleunigung des Hochspannungsausbaus vom 21. August 2009 nachträglich eingefügten Privilegierung hat der Gesetzgeber neu errichtete Stromspeicheranlagen von den Entgelten für den Netzzugang auf Gesetzesebene befristet freigestellt (BT-Drucks. 16/12898, S. 20[2]). Für den daraus ersichtlichen Gesetzesvorbehalt spricht weiter auch, dass es sich um eine wesentliche Entscheidung handelt, denn die vollständige Befreiung von der Gegenleistung und damit der Privilegierung von Gruppen von Netznutzern lässt sich mit dem die Entgeltregulierung beherrschenden Grundsatz der Verursachungsgerechtigkeit nicht in Einklang bringen (dazu s. u.).

2.2.3.2. Bei der in der Neuregelung des § 19 Abs. 2 StromNEV vorgesehenen „Befreiung" handelt es sich nicht um ein solches individuelles Netzentgelt (ebenso: Missling, IR 2012, 206; Ernst/Koenig, EnWZ 2012, 51, 55). Der befreite Netznutzer entrichtet keine Gegenleistung. Die Befreiung stellt daher keine von der grundsätzlichen Methodik abweichende Entgeltbildung, sondern eine generelle und vollständige Ausnahme von der zugrunde liegenden Entgeltpflicht dar mit - wie die vorliegende Konstellation zeigt - ggfs. weitreichenden finanziellen Folgen. Bei ihr handelt es sich um eine Privilegierung und damit ein aliud zu der Entgeltbildung, denn mit der Methode der zu bildenden Entgelte hat sie nichts zu tun. Dass der Verordnungsgeber auch ermächtigt werden sollte, solche Befreiungen und damit Ausnahmen von der Entgeltpflicht vorsehen zu können, ist - wie schon ausgeführt - nicht ersichtlich. Vielmehr spricht die Klarstellung in § 24 Satz 1 Nr. 3 EnWG, dass auch individuelle Netzentgelte erfasst sein sollen, gerade dafür, dass derGesetzgebersich die (wirtschaftspolitische) Entscheidung darüber, ob und unter welchen Voraussetzungen eine vollständige Befreiung möglich sein soll, vorbehalten wollte.

Aus dem Umstand, dass die Sätze 6 und 7 der Neuregelung eine Kompensation für die von diesen befreiten Netznutzern nicht zu erhebenden Entgelte vorsehen, indem diese Ausfälle bundesweit durch die Letztverbraucher ausgeglichen werden, kann entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur nichts anderes folgen (so aber: OLG Jena, Beschluss vom 23.04.2012, 2 Kart 1/12; kritisch dazu Missling IR 2012, 206; Ernst/ Koenig, EnWZ 2012, 51, 55). Zum einen ist auf den befreiten Netznutzer abzustellen, der kein Entgelt für den Netzzugang zu entrichten hat. Zum anderen würde eine

etwaige Umlage entsprechend § 9 KWKG, durch welche allen Letztverbrauchern die durch die Befreiungen und individuellen Netzentgelte zu tragenden Entgeltausfälle auferlegt werden, gerade keine Gegenleistung und damit kein Entgelt für ihre Netznutzung darstellen, sondern nur ihre Beteiligung an den Kosten der Befreiung und Entgeltermäßigung Einzelner. Sie soll nach Maßgabe der angegriffenen Festlegung neben und damit zusätzlich zu den Netzzugangsentgelten erhoben werden. Insofern kann es dahinstehen, ob der Ausgleich der Erlösausfälle nach dem Willen des Gesetzgebers auf den horizontalen Ausgleich auf der Ebene der Übertragungsnetzbetreiber beschränkt sein sollte, oder im Anschluss daran - wie die Bundesnetzagentur und die Übertragungsnetzbetreiber meinen - eine vertikale Rückbelastung der nachgelagerten Netzbetreiber und die Umlage der Kosten auf den Letztverbraucher entsprechend § 9 Abs. 4 ff. KWKG erfolgen sollte. Selbst wenn letzteres mit der Regelung bezweckt gewesen sein sollte, um den vier Übertragungsnetzbetreibern nicht die Last der Vorfinanzierung aufzuerlegen, führt dies im Ergebnis zu keiner anderen Beurteilung. Auch insoweit wäre der Rahmen der Ermächtigung überschritten, denn bei der Umlage handelt es sich um eine bundesweite Kompensationsleistung, die der Netzbetreiber von dem Netznutzer neben den Entgelten für das von ihm genutzte Netz erheben soll. Dass der Verordnungsgeber so weitgehend legitimiert worden ist, er also befugt sein soll, im Rahmen der Verordnung zur Bestimmung der Entgelte auch zusätzliche Kompensationsleistungen zu kreieren, ist jedoch ebenso wenig ersichtlich.

2.2.4. Dass § 24 Satz 1 Nr. 1, Nr. 3 EnWG nicht zur Befreiung von den Netzentgelten ermächtigt, folgt auch daraus, dass die vollständige Befreiung nicht in Einklang mit den Grundsätzen der Entgeltbildung gebracht werden kann. Sie verstößt gegen die Entgeltgrundsätze des § 21 Abs. 1 EnWG und damit auch gegen das Diskriminierungsverbot der Richtlinie 2009/72/EG. Mit diesen Vorgaben lässt sich nur ein individuelles Netzentgelt vereinbaren wie der Verordnungsgeber es bis zum Inkrafttreten der Änderung in § 19 Abs. 2 StromNEV a. F. (allein) vorgesehen hatte.

2.2.4.1. Mit der Methode zur Bestimmung der Entgelte sollen die Vorgaben des § 21 Abs. 1 und Abs. 2 EnWG umgesetzt werden. Danach müssen Bedingungen und Entgelte für den Netzzugang insbesondere angemessen, diskriminierungsfrei und transparent sein. Diese Vorgaben hat der Verordnungsgeber bei seiner konkretisierenden Ausgestaltung der entgelt- und erlösobergrenzenbezogenen Verordnungen grundsätzlich zu beachten (BGH, Kartellsenat, Beschluss vom 28.06.2011 - EnVR 34/10 -, Rdnr. 10). Die Vorgaben für die Beschaffenheit der Entgelte stecken zugleich den Rahmen für die Methode der Entgeltberechnung und davon abweichende Regelungen für die Bestimmung der Entgelte einer individuellen Netznutzung ab. In diesem Rahmen muss sich daher nicht nur die Methode zur Bestimmung der Entgelte, sondern müssen sich spiegelbildlich auch die Bedingungen für davon abweichende individuelle Netzentgelte bewegen.

2.2.4.2. Nach Art. 32 Abs. 1 der Richtlinie 2009/72/EG[3] haben die Mitgliedstaaten die Einführung eines Systems für den Zugang Dritter zu den Übertragungs- und Verteilnetzen auf der Grundlage veröffentlichter Tarife zu gewährleisten: die Zugangsregelung hat für alle zugelassenen Kunden zu gelten und soll nach objektiven Kriterien und ohne Diskriminierung zwischen den Netzbenutzern angewandt werden. Auch Erwägungsgrund 32 der Richtlinie sieht vor, dass sicherzustellen ist, dass die Tarife für den Netzzugang transparent und nichtdiskriminierend sind; sie sollen auf nichtdiskriminierende Weise für alle Netznutzer gelten. Danach kann entgegen der

Auffassung der Bundesnetzagentur kein Zweifel daran bestehen, dass das Diskriminierungsverbot dem unmittelbaren Schutz des Netznutzers vor einer - sachlich nicht gerechtfertigten - Ungleichbehandlung dient.
Das - die Vorgaben der Richtlinie 2003/54/EG umsetzende - horizontale Diskriminierungsverbot des § 21 Abs. 1 EnWG verpflichtet den Netzbetreiber in gleicher Weise, alle externen Netznutzer gleich zu behandeln, ihnen also gleiche Bedingungen der Netznutzung einzuräumen.
Da das Diskriminierungsverbot eine Ausprägung des allgemeinen Gleichheitssatzes ist, finden auch die insoweit entwickelten Grundsätze Anwendung. Danach hat der Gesetzgeber - wie auch der Verordnungsgeber - wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln. Je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen ergeben sich unterschiedliche Grenzen, die von gelockerten, auf das Willkürverbot beschränkten Bindungen bis hin zu strengen Verhältnismäßigkeitserfordernissen reichen können (BVerfGE 117, 1 (30); 122, 1 (23); 126, 400 (416) m. w. N.). Dabei bedürfen Differenzierungen stets der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind. Der Gleichheitssatz ist dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten oder -betroffenen im Vergleich zu einer anderen anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die unterschiedliche Behandlung rechtfertigen können (vgl. nur: BVerfG, B. v. 16.07.2012, 1 BvR 2983/19, Rdnr. 43 m. w. N., zitiert nach juris). Von einem selbst gesetzten Regelsystem darf der Gesetzgeber grundsätzlich abweichen, wenn das mit Blick auf Art. 3 Abs. 1 GG sachgerecht ist. Die Gründe für eine Durchbrechung des einmal gewählten Ordnungsprinzips müssen, um überzeugend zu sein, zureichend sachlich begründet sein und in ihrem Gewicht der Intensität der Abweichung von der zugrunde gelegten Ordnung entsprechen.
2.2.4.3. Das Gebot angemessener Entgelte betrifft die Entgelthöhe, also den zu zahlenden Gegenwert für den gewährten Netzzugang (Groebel in: Britz/Hellermann/ Hermes, EnWG, 2. A., Rdnr. 53 zu § 21).
2.2.4.4. Die Befreiung stromintensiver Netznutzer von den Netznutzungsentgelten verstößt gegen diese Entgeltgrundsätze, mit denen nicht nur die Methode der Entgeltbestimmung, sondern auch etwaige Ausnahmen davon im Einklang stehen müssen.
Netzentgelte sind grundsätzlich kostenbezogen zu berechnen, so dass auch Preisdifferenzierungen unterschiedliche Zugangskosten widerspiegeln und zu angemessenen Entgelten für alle Netznutzer führen müssen.
Die in der StromNEV gefundene Methode der Entgeltbildung stellt auf bestimmte Preisfindungsgrundsätze und dabei auf statistische Annahmen ab, um die Kosten des Netzes auf die Netzkunden möglichst verursachungsgerecht zu verteilen. Dabei sind Pauschalisierungen und Typisierungen notwendig. Mit den Sonderformen der Netznutzung in § 19 StromNEV trägt der Verordnungsgeber - legitimiert durch § 24 Satz 1 Nr. 3 EnWG - dem Umstand Rechnung, dass die Lastverläufe oder die Leistungsaufnahme einzelner Netznutzer von diesen Grundsätzen abweichen, so dass die den Preisfindungsgrundsätzen zugrunde liegenden Annahmen nicht zutreffen und daher für sie nicht zu angemessenen Entgelten führen. Daher stellt ein kostensenkendes oder kostenminderndes Nutzungsverhalten, das eine entsprechende Kostensenkung oder -vermeidung zur Folge hat, einen sachlich gerechtfertigten Grund

für ein Abweichen von den geltenden Preisfindungsgrundsätzen dar. Für die übrigen Netznutzer hat die entsprechende Netzentgeltminderung, das individuelle Netzentgelt, jedoch zwangsläufig zur Folge, dass sich ihr Entgelt im Umfang der Kostensenkung oder -minderung entsprechend erhöht. Daher wird die Vorgabe diskriminierungsfreier, angemessener und transparenter Netznutzungsentgelte durch ein individuelles Netznutzungsentgelt nur beachtet, wenn sich der Maßstab der Entgeltminderung auf der einen Seite an dem tatsächlichen Umfang der Kostensenkung oder -minderung orientiert, denn auf der anderen Seite werden die übrigen Netznutzer im Umfang der Entgeltminderung zusätzlich belastet. Dem besonderen Nutzungsverhalten des einzelnen Netzkunden wird durch ein individuell bestimmtes Nutzungsentgelt daher nur dann angemessen Rechnung getragen, wenn der Grad der Entlastung des Netzes, der durch das abweichende Nutzungsverhalten des Netzkunden im Einzelfall bewirkt wird, Maßstab der möglichen Entgeltminderung ist (BGH, Kartellsenat, Beschluss vom 9. Oktober 2012 - EnVR 47/11 - „Pumpspeicherkraftwerke II", Rdnr. 10 f.). Nur auf diese Weise sind auch die zu ermittelnden Entgelte in ihrer Gesamtheit angemessen und diskriminierungsfrei. Im Einklang damit sah § 19 Abs. 2 Satz 3 StromNEV a. F. vor, dass das individuelle Netzentgelt den Beitrag des Letztverbrauchers zu einer Senkung oder zu einer Vermeidung der Erhöhung der Netzkosten dieser und aller vorgelagerten Netz- und Umspannebenen widerzuspiegeln hat.

Das besondere Nutzungsverhalten der Gruppe der stromintensiven Netznutzer kann ihre Befreiung von den Netzentgelten nicht rechtfertigen, sondern allenfalls eine entsprechende Reduktion, also ein individuelles Netzentgelt. Nach der Zielsetzung des Gesetzgebers sollen stromintensive Unternehmen mit einer derart hohen Bandlast von den Netzentgelten befreit werden, weil sie aufgrund ihrer Bandlast netzstabilisierend wirken (BT-Drucks. 17/6365, S. 34). Die vom Gesetzgeber angeführte Netzstabilität, die durch ein bestimmtes Nutzungsverhalten herbeigeführt wird, mag grundsätzlich ein zulässiges Differenzierungskriterium bei der Entgeltbildung darstellen, weil ein solches Nutzungsverhalten die Kosten des Netzes und damit auch die Entgelte der übrigen Netznutzer mindern oder senken kann. Netzstabilisierende Wirkung kann insbesondere die Verlagerung des überwiegenden Teils des Strombezugs in die Schwachlastzeit haben. Da sich die Dimensionierung des Netzes an der zu erwartenden Spitzenlast auszurichten hat, dient ein solches Nutzungsverhalten v. a. der großen stromintensiven Letztverbraucher der Netzökonomie (BGH, a. a. O.). Dementsprechend kann der Verordnungsgeber dieses nur mit einer entsprechenden - verhältnismäßigen - Reduzierung, nicht aber mit einer völligen Befreiung von den Netzentgelten honorieren, die sich von jeglicher Kostenverursachungsgerechtigkeit löst. Eine Befreiung und damit eine Reduzierung bis auf Null ist schon deshalb ausgeschlossen, weil das abweichende Nutzungsverhalten auf das Leistungselement der Netzkosten beschränkt ist, es also nur zu einer Reduzierung des Leistungs- und nicht auch des Arbeitspreises führen kann (BGH, a. a. O.).

Das Anknüpfungsmerkmal der stromintensiven Netznutzung und die zugrunde gelegten Schwellenwerte sprechen ungeachtet dessen gegen eine unentgeltliche Netznutzung. Von der Befreiung sollen stromintensive Netznutzer erfasst werden, die 7.000 Benutzungsstunden/p. a. erreichen und einen Stromverbrauch von 10 GWh aufweisen. Da diese intensive Nutzung impliziert, dass sie das Netz jedenfalls auch zeitgleich mit den übrigen Netznutzern nutzen müssen, kann es nicht sachgerecht sein, sie - wie der Gesetzgeber meint - allein mit Blick auf die Bandlast, also den Umstand, dass sie kontinuierlich Strom verbrauchen und damit das Netz nutzen, von

den Kosten der Netznutzung freizustellen. Ob es bei diesem Nutzungsverhalten auch zu einer erheblichen Abweichung des individuellen Höchstlastbeitrags von der zeitgleichen Jahreshöchstlast kommen kann, wie der Verordnungsgeber bei dem Regelbeispiel des § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV a. F. unterstellt hatte, kann offen bleiben (zweifelhaft insoweit: Britz/Herrmann, IR 2005, 98 ff.). Eine solche netzstabilisierende Wirkung kann - wie ausgeführt - nur zu einer verhältnismäßigen Reduzierung, nicht aber zu einer vollständigen Befreiung von den Netzkosten führen. Eine vollständige Befreiung lässt sich gerade bei den gewählten Schwellenwerten nicht mit dem System und der gewählten Methode der Entgeltbestimmung vereinbaren. Sie ist nicht sachgerecht und systemwidrig, weil sie impliziert, dass durch diese intensive Netznutzung keine Netzkosten verursacht würden.

Die an die Befreiung geknüpften Schwellenwerte sprechen vielmehr dafür, dass der Gesetzgeber - ähnlich wie in den Regelungen des § 9 Abs. 7 KWKG und des § 41 EEG - die Unternehmen der Papier-, Zement-, der Metall erzeugenden und der chemischen Industrie durch eine Härtefallregelung privilegieren wollte, um sie vor einer strompreisbedingten Abwanderung in das Ausland zu bewahren (s. a. Begründung zu § 9 Abs. 7 KWKG in BT-Drucks. 14/7024, S. 14).

Eine derartige Privilegierung aus wirtschaftspolitischen Gründen ist indessen von der Verordnungsermächtigung, die allein die Bestimmung der Entgelte, also das „wie" betrifft, nicht erfasst.

2.3. Die Nichtigkeit der Verordnungsänderung erfasst diese in vollem Umfang und hat daher zur Folge, dass die Festlegung, die den in der Änderung vorgesehenen Ausgleichsmechanismus weiter umsetzen soll, ebenfalls vollumfänglich aufzuheben ist.

Eine Teilnichtigkeit der Verordnung mit einer „geltungserhaltenden" Reduktion im Übrigen, also beschränkt auf den bundesweiten Ausgleich der Erlösausfälle durch individuelle Netzentgelte nach § 19 Abs. 2 Satz 1 StromNEV, kommt nicht in Betracht. Nach den in § 139 BGB und § 44 Abs. 4 VwVfG niedergelegten Rechtsgrundsätzen kann ein Rechtsakt nur (dann) teilweise unwirksam sein, wenn die Unwirksamkeitsgründe einen abgrenzbaren Teil erfassen und zudem feststeht, dass der übrige Rechtsakt gegebenenfalls auch ohne diesen Teil erlassen worden wäre (BVerwG, Beschluss vom 11. Juli 2002 - 3 B 84.02 -, Rdnr. 3, zitiert nach juris).

Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Der - bundesweite - Ausgleich der Erlösausfälle, die durch Befreiung und individuelle Netzentgelte dem Netzbetreiber entstehen, stellt keinen eigenen abgrenzbaren Teil der Änderung dar, der auch ohne die Befreiung stromintensiver Netznutzer geregelt worden wäre. Die Änderung zielte ganz ersichtlich darauf ab, stromintensive Netznutzer künftig nicht nur in den Genuss eines individuellen Netzentgelts kommen zu lassen, sondern ihnen die Möglichkeit einer weitergehenden Privilegierung, die vollständige Befreiung von den Netzentgelten, einzuräumen. Mit Blick darauf, dass es unbillig wäre, die übrigen Netznutzer je nach Belegenheit des Netzes und Zahl der stromintensiven Netznutzer in unterschiedlicher Höhe mit den daraus resultierenden Folgen zu belasten, sah der Gesetzgeber die Notwendigkeit, die - nicht unerheblichen - Erlösausfälle gleichmäßig auf alle (übrigen) Letztverbraucher umzulegen. Aus der Verordnungsbegründung geht- wie auch die Bundesnetzagentur erkennt - klar und eindeutig hervor, dass der Gesetzgeber hierzu nur Anlass sah, damit „örtliche Gegebenheiten für die Frage der Befreiung von den Netzentgelten nach § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV keine Rolle spielen" und er von daher den bundesweiten Ausgleich „zur Vermeidung überproportionaler regionaler

Belastungen" installiert hat (BT-Drucks. 17/6365 (S. 34)). Damit wollte er auch dem Umstand Rechnung tragen, dass die Genehmigung eines individuellen Netzentgelts nach § 19 Abs. 2 Satz 8 StromNEV a. F. nur erfolgen konnte, wenn „die Netzentgelte aller übrigen Netznutzer dieser und aller nachgelagerten Netz- und Umspannebenen sich dadurch nicht wesentlich erhöhen".
Ungeachtet dessen aber gilt für die vom Gesetzgeber vorgenommene Änderung ohnehin, dass - wie schon ausgeführt - der erforderliche sachliche Zusammenhang mit den weiteren gesetzgeberischen Maßnahmen fehlt, der indessen erforderlich ist, wenn der Gesetzgeber von einer delegierten Verordnungsermächtigung Gebrauch machen will. Dies betrifft auch die den Umlagemechanismus betreffende Änderung der maßgeblichen Vorschriften.
III.
Der hilfsweise für den Fall der Aufhebung der Festlegung gestellte Feststellungsantrag hat jedoch keinen Erfolg. Der Antrag ist unzulässig.
1. Die Betroffene begehrt die (allgemeine) Feststellung, dass sie nicht aus § 19 Abs. 2 Satz 6 StromNEV dazu verpflichtet ist, entgangene Erlöse, die aus individuellen Netzentgelten nach § 19 Abs. 2 Satz 1 StromNEV und Befreiungen von Netzentgelten nach § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV auf Grundlage von Genehmigungen nach § 19 Abs. 2 Satz 3 StromNEV resultieren, nachgelagerten Betreibern von Elektrizitätsverteilernetzen zu erstatten.
Für eine solche allgemeine, abstrakte Feststellung ist in dem Beschwerdeverfahren der Betroffenen kein Raum. Allerdings ist ein Feststellungsantrag nach der Rechtsprechung des Kartellsenats des Bundesgerichtshofs im energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungsverfahren grundsätzlich statthaft, soweit im Einzelfall ein dem Art. 19 Abs. 4 GG genügender lückenloser Rechtsschutz nur im Wege eines gerichtlichen Feststellungsstreits in Betracht kommt. Dabei sind für die Beurteilung der Zulässigkeit eines solchen Feststellungsantrags die Vorschriften der Verwaltungsgerichtsordnung und ihre Ausgestaltung durch die Rechtsprechung entsprechend heranzuziehen (BGH, Kartellsenat, Beschluss vom 14.08.2008 - „Rheinhessische Energie" -, Rdnr. 80 f.). Entsprechend § 43 Abs. 1 VwGO könnte daher die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses oder der Nichtigkeit eines Verwaltungsakts begehrt werden, wenn der Kläger ein berechtigtes Interesse an der baldigen Feststellung hat. Als Rechtsverhältnis sind die rechtlichen Beziehungen anzusehen, die sich aus einem konkreten Sachverhalt aufgrund einer öffentlich-rechtlichen Regelung für das Verhältnis mehrerer Personen untereinander oder einer Person zu einer Sache ergeben (vgl. nur BVerwGE 89, 327, 329). Auch selbstständige Teile eines solchen Rechtsverhältnisses können Gegenstand einer Feststellungsklage sein, nicht aber bloße Elemente, unselbstständige Teile oder Vorfragen von Rechtsverhältnissen, die nicht unmittelbar Rechte und Pflichten begründen, sondern nur Voraussetzungen solcher Rechte und Pflichten sind. Im Wege eines gerichtlichen Feststellungsstreits können daher weder abstrakte Rechtsfragen noch konkrete Rechtsfragen, die nicht unmittelbar ein Rechtsverhältnis zum Gegenstand haben, geklärt werden (BGH, Beschluss vom 14.08.2008, KVR 42/07, Rdnr. 85f. - Rheinhessische Energie).
2. Gegenstand energiewirtschaftlicher Beschwerdeverfahren sind Verwaltungsakte und schlichte Verwaltungshandlungen der Regulierungsbehörden und damit der administrative Vollzug von gesetzlichen und verordnungsrechtlichen Normen (Hanebeck in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2. A., Rdnr. 3 ff. zu § 75; vgl. zu § 63

GWB nur: Langen/Buntein: Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bd. 1, 11. A., Rdnr. 4 zu § 63). Dementsprechend hat die Betroffene in Bezug auf die streitgegenständliche Festlegung zunächst die Verpflichtung der Bundesnetzagentur zur Neubescheidung und hilfsweise die Aufhebung der Festlegung begehrt. Im Rahmen des Aufhebungsbegehrens ist lediglich eine Inzidentkontrolle der zugrundeliegenden Verordnungsänderung erfolgt. Insoweit unterscheidet sich die Zielsetzung dieses auf Einzelrechtsschutz im Rahmen des Verwaltungsvollzugs gerichteten Beschwerdeverfahrens von einem abstrakten Normenkontrollverfahren, das eine Vielzahl von Klagen in einem Verfahren bündelt und die Norm selbst zum Gegenstand hat, das jedoch vorliegend nicht zur Verfügung steht. Mit einem solchen Verfahren könnte durch eine allgemeinverbindliche Feststellung der Unwirksamkeit die auch von den beteiligten Übertragungsnetzbetreibern angeführte mögliche Rechtsunsicherheit durch abweichende Inzidententscheidungen vermieden und so auch die Gerichtsbarkeit entlastet werden. Neben einer solchen - hier nicht eröffneten - abstrakten Normenkontrolle kann allenfalls noch eine auf Erlass oder Änderung einer Rechtsverordnung gerichtete Feststellungsklage gegen den Normgeber in Betracht kommen (BVerfGE 115, 81 ff. - „Kulturpflanzenanbau" -, Rdnr. 50ff., zit. nach juris; BVerwGE 136, 54 ff, Rdnr. 28 ff., zit. nach juris).

3. Das Feststellungsbegehren der Betroffenen ist nicht auf ein konkretes Rechtsverhältnis im Rahmen dieses Beschwerdeverfahrens beschränkt, denn es geht ihr nicht um die Klärung eines solchen, sondern um die abstrakte Rechtsfrage ihrer Verpflichtung aus § 19 Abs. 2 Satz 6 StromNEV und damit seiner weiteren Anwendbarkeit. Da sie nach dieser Norm allen nachgelagerten Verteilernetzbetreibern verpflichtet ist, die aus individuellen Netzentgelten und Befreiungen resultierenden Erlösausfälle zu erstatten, läuft ihr Feststellungsbegehren darauf hinaus, dass die Nichtigkeit dieser normierten Verpflichtung für alle Fälle ihrer Inanspruchnahme von Seiten der Verteilernetzbetreiber festgestellt wird. Die begehrte Feststellung betrifft daher nicht das durch das konkrete Beschwerdeverfahren individualisierte und damit allenfalls feststellungsfähige Rechtsverhältnis, sondern die mehr oder weniger abstrakte Rechtsfrage der Nichtigkeit (auch) des § 19 Abs. 2 Satz 6 StromNEV.

Auch die grundsätzlich gegebene Befugnis der Bundesnetzagentur zu aufsichtsrechtlichen Maßnahmen nach §§ 30, 65 EnWG ist nicht geeignet, zwischen der Betroffenen und der Bundesnetzagentur ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis zu begründen. Weder hat die Bundesnetzagentur sich dahingehend geäußert, die sich aus § 19 Abs. 2 StromNEV ergebenden Rechte und Pflichten auch noch nach der - mit der Nichtigkeit der Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV begründeten - Aufhebung der Festlegung durch den Senat mit Aufsichtsmaßnahmen durchzusetzen zu wollen, noch ergibt sich eine derartige Absicht aus sonstigen Umständen. Vielmehr ist generell davon auszugehen, dass eine Behörde die gerichtlichen Entscheidungen einschließlich ihrer Begründung respektiert.

C.

1. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 Satz 1 EnWG. Da die Beschwerde insoweit Erfolg hat, als die Festlegung insgesamt aufgehoben wird, entspricht es der Billigkeit, dass die Bundesnetzagentur die Gerichtskosten zu tragen und der Betroffenen die entstandenen notwendigen Auslagen zu erstatten hat. Gründe dafür, eine Erstattung der außergerichtlichen Auslagen der übrigen Beteiligten anzuordnen, sind nicht ersichtlich.

2. Die Festsetzung des Gegenstandswerts für das Beschwerdeverfahren folgt aus § 50

Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO. Das mit der Beschwerde verbundene Interesse der Betroffenen an der Aufhebung der angegriffenen Festlegung bemisst der Senat seiner Praxis in vergleichbaren Fällen entsprechend auf 50.000 €.

D.

Der Senat hat die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof gegen diese Entscheidung zugelassen, weil die streitgegenständliche Frage grundsätzliche Bedeutung im Sinne des § 86 Abs. 2 Nr. 1 EnWG hat und die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs entsprechend § 86 Abs. 2 Nr. 2 EnWG erfordert.

Rechtsmittelbelehrung:

Die Rechtsbeschwerde kann nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung auf einer Verletzung des Rechts beruht (§§ 546, 547 ZPO). Sie ist binnen einer Frist von einem Monat schriftlich bei dem Oberlandesgericht Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen. Die Frist beginnt mit der Zustellung dieser Beschwerdeentscheidung. Die Rechtsbeschwerde ist durch einen bei dem Beschwerdegericht oder Rechtsbeschwerdegericht (Bundesgerichtshof) einzureichenden Schriftsatz binnen eines Monats zu begründen. Die Frist beginnt mit der Einlegung der Beschwerde und kann auf Antrag von dem oder der Vorsitzenden des Rechtsbeschwerdegerichts verlängert werden. Die Begründung der Rechtsbeschwerde muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird. Rechtsbeschwerdeschrift und -begründung müssen durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Für die Regulierungsbehörde besteht kein Anwaltszwang; sie kann sich im Rechtsbeschwerdeverfahren durch ein Mitglied der Behörde vertreten lassen (§§ 88 Abs. 4 S. 2, 80 S. 2 EnWG).

1 1.10 In einem Fall, in dem aufgrund vorliegender Verbrauchsdaten offensichtlich ist, dass der Höchstlastbeitrag des Netzkunden vorhersehbar erheblich von den Preisfindungsgrundsätzen nach dieser Vereinbarung (Anlagen 3 und 4) abweicht, soll zwischen Netzbetreiber und Netznutzer vor Lieferung ein Netznutzungsentgelt vereinbart werden, das die besonderen Verhältnisse angemessen berücksichtigt. Tritt diese Abweichung wider Erwarten nicht ein, erfolgt rückwirkend eine Abrechnung auf Basis der Preisfindungsgrundsätze (Anlagen 3 und 4).

2 Begründung: „Der Zubau weiterer Pumpspeicherkraftwerke und anderer Anlagen zur Speicherung elektrischer Energie ist im Hinblick auf die zunehmende Windenergieeinspeisung, verbunden mit der derzeitigen konjunkturell bedingten Minderabnahme, als kurzfristig wünschenswert einzustufen. Pumpspeicherkraftwerke nehmen in Schwachlastzeiten Strom auf."

3 entspricht Art. 20 Abs. 1 EltRL (2003/54/EG)

Zitiervorschlag:

OLG Düsseldorf Beschl. v. 6.3.2013 – VI-3 Kart 43/12, BeckRS 2014, 8849

BeckRS 2013, 14891

OLG Düsseldorf (3. Kartellsenat), Beschluss vom 06.03.2013 - VI-3 Kart 57/12 (V)

Titel:

Übertragungsnetzbetrieb, Netznutzungsentgelt, Umlagemechanismus, Erlösausfall, Entgeltbefreiung, Verordnungsänderung, Verfassungsgemäßheit

Normenketten:

StromNEV § 19 II 2
KWKG § 9
GG Art. 80 I

Rechtsgebiete:

Verwaltungsverfahren und -prozess, Sonstiges besonderes Verwaltungsrecht, Sonstiges Bürgerliches Recht, Kartellrecht, EG-Kartellrecht, Staats- und Verfassungsrecht, Öffentliches Wirtschaftsrecht

Schlagworte:

Übertragungsnetzbetrieb, Netznutzungsentgelt, Umlagemechanismus, Erlösausfall, Entgeltbefreiung, Verordnungsänderung, Verfassungsgemäßheit

nachfolgend:

BGH, Beschluss vom 20.09.2016 - EnVR 23/13 (rechtskräftig)

ECLI:

ECLI:DE:OLGD:2013:0306.VI3KART57.12V.00

Rechtskraft:

nicht rechtskräftig

KI-generierte Zusammenfassung:

Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat die Festlegung der Bundesnetzagentur zur § 19 StromNEV-Umlage aufgehoben, da die zugrunde liegende Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV nichtig ist.
Die Bundesnetzagentur hatte einen Umlagemechanismus festgelegt, der die Befreiung stromintensiver Unternehmen von Netzentgelten vorsah und die entgangenen Erlöse über eine Umlage auf alle Netzverbraucher verteilen wollte.
Das Gericht stellte fest, dass die Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV die Grenzen der Verordnungsermächtigung überschreitet und gegen die Grundsätze der Entgeltbildung nach § 21 EnWG verstößt. Insbesondere sei die vollständige Befreiung von Netzentgelten nicht durch die Ermächtigungsgrundlage gedeckt und widerspreche dem Gebot der Verursachungsgerechtigkeit. Die Festlegung der Bundesnetzagentur wurde daher insgesamt aufgehoben.

Nachinstanz-Aktenzeichen: EnVR 23/13
Nachinstanz-Gericht: Bundesgerichtshof
Spruchkörper: 3. Kartellsenat
Auf die Beschwerde der Betroffenen wird die Festlegung der Beschlusskammer 8 der Bundesnetzagentur vom 14. Dezember 2011 - BK 8-11/024 - aufgehoben. Die weitergehende Beschwerde wird zurückgewiesen.
Der Feststellungsantrag der Beteiligten B. wird verworfen.
Die Bundesnetzagentur trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen der Betroffenen. Die übrigen Beteiligten tragen ihre Auslagen selbst.
Der Beschwerdewert wird auf 50.000 € festgesetzt.
Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.
Gründe:
A.
Die Antragstellerin ist Übertragungsnetzbetreiberin im Sinne von § 3 Nr. 10 EnWG.
Mit ihrer Beschwerde wendet die Betroffene sich gegen die Festlegung der

Beschlusskammer 8 der Bundesnetzagentur vom 14.12.2011, mit der diese gegenüber allen Betreibern von Elektrizitätsversorgungsnetzen gemäß § 3 Nr. 2 EnWG Einzelheiten der „§ 19 StromNEV-Umlage in Abweichung von § 17 Abs. 8 StromNEV" festgelegt hat. Der Beschluss wurde am 21.12.2011 im Amtsblatt der Bundesnetzagentur veröffentlicht. Die Betroffene war am Verwaltungsverfahren nicht förmlich beteiligt.
Hintergrund für die Festlegung der Umlage ist die mit Wirkung vom 4. August 2011 in Kraft getretene Änderung des § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV. § 19 Abs. 2 Satz 1 StromNEV sieht vor, dass für atypisches Nutzungsverhalten in Abweichung von § 16 StromNEV individuelle Netzentgelte vereinbart werden können. Nach § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV a. F. war ein individuelles Entgelt außerdem dann anzubieten, wenn die Stromabnahme aus dem Netz der allgemeinen Versorgung für den eigenen Verbrauch an einer Abnahmestelle die Benutzungsstundenzahl von jährlich mindestens 7.000 Stunden erreicht und der Stromverbrauch an dieser Abnahmestelle jährlich 10 Gigawattstunden übersteigt; das zu bildende individuelle Entgelt hatte den Beitrag des Letztverbrauchers zu einer Senkung oder Vermeidung der Erhöhung der Netzkosten dieser und aller vorgelagerten Netzebenen widerzuspiegeln. Es durfte nicht weniger als 20% des veröffentlichten Netzentgelts betragen und sollte nur genehmigt werden, wenn sich die Netzentgelte aller übrigen Nutzer dieser und aller nachgelagerten Netz- und Umspannebenen dadurch nicht wesentlich erhöhen. Nach der Neufassung des Satz 2 sollen Netznutzer grundsätzlich von den Netzentgelten befreit werden, wenn sie die Schwellenwerte einer Benutzungsstundenzahl von 7.000 Stunden und eines Stromverbrauchs von 10 Gigawattstunden an einer Abnahmestelle überschreiten. Die Vereinbarung eines individuellen Netzentgelts nach Satz 1 wie auch die Befreiung nach Satz 2 bedürfen der Genehmigung der Regulierungsbehörde. Mit der Befreiung werden im Wesentlichen Unternehmen großer Industriezweige begünstigt. Für das Jahr 2011 sind - so die Beigeladene zu …) - bislang 281 Anträge stromintensiver Unternehmen zu verzeichnen, wobei die Genehmigungen mit Wirkung ab dem 1. Januar 2011 erteilt worden sind.
Durch die Netzentgeltbefreiungen bzw. Netzentgeltermäßigungen gemäß § 19 Abs. 2 Satz 1, 2 StromNEV entstehen den Verteilernetzbetreibern Erlösausfälle. Insoweit sieht die Neufassung des § 19 Abs. 2 StromNEV in Satz 6 vor, dass die Betreiber von Übertragungsnetzen verpflichtet sind, den nachgelagerten Verteilernetzbetreibern die entgangenen Erlöse zu erstatten. Diese Zahlungen sowie eigene entgangene Erlöse durch Befreiungen bzw. Ermäßigungen von den Netzentgelten nach Satz 1 und 2 sind nach § 19 Abs. 2 Satz 7 StromNEV über eine finanzielle horizontale Verrechnung unter den Übertragungsnetzbetreibern auszugleichen; § 9 des KWKG findet entsprechende Anwendung.
Durch die angegriffene Festlegung vom 14.12.2011 hat die Bundesnetzagentur einen Umlagemechanismus entsprechend den Vorgaben der Absätze 4 bis 7 des § 9 KWKG näher ausgestaltet. Danach sind die Netzbetreiber u. a. verpflichtet, von allen Netzverbrauchern bzw. Lieferanten eine Umlage zu erheben und an den jeweiligen Übertragungsnetzbetreiber ihrer Regelzone weiterzuleiten. Die Höhe der Umlage sollen die Netzbetreiber auf dem Preisblatt sowie auf ihrer jeweiligen Internetseite veröffentlichen. Für das Jahr 2012 haben die Übertragungsnetzbetreiber nach Ziffer 2 des Festlegungstenors zur Bestimmung der § 19-Umlage ein Umlagevolumen von ... in Ansatz zu bringen. Nach Ziffer 10 des Festlegungstenors sind die Vorgaben aus der Festlegung ab dem 01.01.2012 umzusetzen. Entgangene Erlöse aus dem Kalenderjahr 2011 werden - so die Festlegung weiter - nicht vom Umlagemechanismus erfasst, Mindererlöse nach § 19 Abs. 2 StromNEV für das Jahr 2011 können Verteilernetzbetreiber gegenüber den

Übertragungsnetzbetreibern nicht geltend machen; für Verteiler- bzw. Übertragungsnetzbetreiber werden diese Sachverhalte entsprechend § 5 ARegV im Regulierungskonto berücksichtigt.
Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den angegriffenen Beschluss Bezug genommen. Weder der Verordnungswortlaut noch die darauf beruhende Festlegung wurden bei der Europäischen Kommission notifiziert.
Beim Senat sind mehrere gegen die Festlegung gerichteten Beschwerdeverfahren von Verteilernetzbetreibern, Lieferanten und Übertragungsnetzbetreibern anhängig. Mit Beschlüssen vom 14.11.2012 (VI-3 Kart 65/12 (V), VI-3 Kart 14/12 (V)) hat der Senat die Anträge zweier Netzbetreiber, die aufschiebende Wirkung der Beschwerden hinsichtlich Ziffer 10 der Festlegung anzuordnen, zurückgewiesen und im Rahmen dessen auf erhebliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der der Festlegung zugrundliegenden Verordnungsänderung hingewiesen. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Gründe der Entscheidungen Bezug genommen.
Mit ihrer form- und fristgerecht Beschwerde wendet sich die Betroffene gegen die Festlegung, wobei sie nicht die vollständige Aufhebung der Festlegung anstrebt, sondern lediglich eine Korrektur, soweit die Bundesnetzagentur in Tenorziffer 2, Satz 6 der Festlegung das Umlagevolumen für das Kalenderjahr 2012 auf ... begrenzt hat. Insofern rügt sie, dass die Bestimmung des Umlagevolumens intransparent gewesen sei und nicht auf einer ausreichenden Datengrundlage basiert habe. Die Bundesnetzagentur habe damit nicht nur den Untersuchungsgrundsatz und ihre Pflicht zur Amtsermittlung verletzt, sondern darüber hinaus ermessensfehlerhaft gehandelt. Aufgrund dessen werde sie zu einer zinslosen Zwischenfinanzierung gezwungen, da der erwartete Umfang der tatsächlich anfallenden Mindererlöse im Jahr 2012 wesentlich höher liegen werde als ..., nämlich nach vorläufiger Bezifferung der Verteilernetzbetreiber ... In der Folge sei ihr bei Zugrundelegung einer Mindestverzinsung von ...% p. a. über zwei Jahre ein Finanzierungsschaden in Höhe von mindestens ... entstanden. Sie begehre deshalb auch eine Kompensation in Form einer adäquaten Verzinsung für die Vorfinanzierung der Differenz zwischen dem von der Bundesnetzagentur festgelegten Umlagevolumen für das Kalender Jahr 2012 in Höhe von ... einerseits und den tatsächlich für das Kalenderjahr entgangenen Erlösen andererseits.
Ferner begehre sie für den Fall, dass der Senat eine Netzentgeltbefreiung rückwirkend zum 01.01.2011 - entgegen ihrer Auffassung - als rechtmäßig erachte und Verteilernetzbetreiber, die gegen die Tenorziffer 10 der Festlegung in parallelen Beschwerdeverfahren vorgehen, zumindest teilweise mit ihrem Aufhebungsbegehren durchdrängen, die Feststellung, dass die Verteilernetzbetreiber solche Erlöse nicht gemäß § 19 Abs. 2 Satz 6 StromNEV gegenüber den Übertragungsnetzbetreibern, also auch ihr gegenüber, geltend machen könnten ohne dass ein adäquater Ausgleichmechanismus implementiert würde. Aus ihrer Sicht seien die Sätze 2 bis 4 des Tenors zu 10. nicht erforderlich, da eine Entgeltbefreiung nach § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV nicht rückwirkend zum 01.01.2011, sondern erst zum 01.01.2012 zulässig sei. Soweit der Senat jedoch eine Netzentgeltbefreiung rückwirkend zum 01.01.2011 für rechtmäßig halte und die Tenorziffer 10. aufhebe, könnten wegen der erga-omnes-Wirkung einer gerichtlichen Aufhebung sämtliche an ihr Übertragungsnetz angeschlossenen Verteilernetzbetreiber entgangene Erlöse des Jahres 2011 gemäß § 19 Abs. 2 Satz 6 StromNEV bei ihr geltend machen. Demzufolge müsste sie bei einem theoretischen Gesamtfehlbetrag für das Kalenderjahr 2011 in Höhe von ... unter Berücksichtigung des Letztverbraucherabsatzes in ihrem Netzgebiet und nach horizontaler Wälzung nach § 19 Abs. 2 Satz 7 StromNEV eine

Belastung in Höhe von ... tragen. Dies entspräche bezogen auf ihre Erlösobergrenze für das Jahr 2011 i. H. v... . einer zusätzlichen Kostenbelastung von ... Vor diesem Hintergrund bedürfe es zwingend eines Mechanismus, der eine solche monetäre Belastung verhindere. In Betracht käme eine Berücksichtigung im Rahmen eines Wälzungsmechanismus oder über das Regulierungskonto, was aber problematisch sei, da § 5 ARegV dies nicht vorsehe.
Soweit der Senat an seiner im Eilverfahren geäußerten Rechtsauffassung festhalte und die streitgegenständliche Festlegung insgesamt aufhebe, würde dem gesamten Umlagemechanismus die Grundlage entzogen. Während im Falle einer europarechtswidrigen Beihilfe ausschließlich eine Unwirksamkeit ex tunc in Betracht käme, wäre in den übrigen Fällen aus Gründen des Vertrauensschutzes der betroffenen stromintensiven Großabnehmern auch eine Unwirksamkeit ex nunc denkbar. In beiden Fällen drohten ihr als Übertragungsnetzbetreiberin allerdings erhebliche Beeinträchtigungen. Sie macht dazu nähere Ausführungen, auf die Bezug genommen wird.
Die Betroffene beantragt,
1. den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 14.12.2011 (Az. BK 8-11-024) aufzuheben, soweit durch den Tenor zu 2.) Satz 6 das Umlagevolumen für das Kalenderjahr 2012 auf ... begrenzt worden ist, und
die Bundesnetzagentur zur Festlegung zu verpflichten, den Differenzbetrag zwischen dem von der Bundesnetzagentur in Tenor zu 2.) Satz 6 ursprünglich festgelegten Umlagevolumen in Höhe von ... einerseits und dem zunächst für das Kalenderjahr 2012 prognostizierten und ab dem 30. Juni 2013 nach dem Ist-Abgleich ermittelten entgangenen Erlösen andererseits rückwirkend für den Zeitraum ab 01.01.2012 bis zur vollständigen Berücksichtigung in der § 19 StromNEV-Umlage mit einem vom Gericht z u bestimmenden marktüblichen Zinssatz, jedoch mindestens in Höhe von 4,0% p. a. zu verzinsen,
hilfsweise
hilfsweise
in Höhe von einem anderen vom Gericht zu bestimmenden Zinssatz zu verzinsen und den daraus resultierenden Betrag in der § 19 StromNEV-Umlage zum nächstmöglichen Zeitpunkt zu berücksichtigen;
2. hilfsweise zum Antrag zu 1., unter Aufhebung des Beschlusses der Bundesnetzagentur vom 14.12.2011 (Az. BK 8-11-024), die Bundesnetzagentur zur Neubescheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu verpflichten;
3. äußerst hilfsweise den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 14.12.2011 aufzuheben;
4. festzustellen, dass sie in ihrer Funktion als Übertragungsnetzbetreiber nicht verpflichtet sei, etwaige im Kalenderjahr 2011, infolge von Netzentgeltbefreiungen nach § 19 Abs. 2 Satz 2 und 3 StromNEV entgangene Erlöse der an ihr Übertragungsnetz angeschlossenen Verteilernetzbetreiber nach § 19 Abs. 2 Satz 6 StromNEV ohne gleichzeitige Implementierung einer § 19 StromNEV-Umlage entsprechenden Regelung für das Kalenderjahr 2011 zu erstatten;
Die Bundesnetzagentur beantragt,
die Beschwerde zurückzuweisen.
Sie verteidigt die angegriffene Festlegung unter Wiederholung und Vertiefung ihrer Gründe.
Sie greift die vom Senat geäußerten Bedenken an der Rechtmäßigkeit der Verordnungsänderung auf und trägt dazu vor: Die Regelung sei rechtmäßig, denn der Verordnungsgeber habe weder die Grenzen der Verordnungsermächtigung überschritten

noch habe er gegen die Grundsätze des § 21 EnWG verstoßen.
Die Regelungen des § 19 Abs. 2 S. 2 und S. 3 StromNEV seien auch nach dessen Änderung im August 2011 von der Verordnungsermächtigung in § 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 EnWG gedeckt. Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG verlange, dass eine Verordnungsermächtigung Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung bestimme. Damit werde nicht vorgeschrieben, dass auch die Einzelheiten der durch eine Rechtsverordnung zu treffenden Regelung in die Ermächtigungsnorm aufzunehmen sind. Gerade in vielschichtigen und komplexen Bereichen des Wirtschaftsverwaltungsrechts, zu denen die Energieregulierung zähle, seien geringere Anforderungen an eine hinreichende Bestimmtheit der Ermächtigungen zu stellen. Im Übrigen sei dem Verordnungsgeber gerade im Regulierungsrecht ein Gestaltungsspielraum zuzugestehen. Daher seien bei solchen vielschichtigen Sachverhalten flexiblere und weniger strenge Anforderungen an die Bestimmtheit der Ermächtigung zu stellen.
Die Verordnungsermächtigung des § 24 S. 1 Nr. 3 EnWG gebe den Rahmen der Verordnung vor, mit der der Verordnungsgeber regeln könne, in welchen Sonderfällen der Netznutzung und unter welchen Voraussetzungen die Regulierungsbehörde individuelle Netzentgelte genehmigen oder untersagen dürfe. Durch das Abstellen auf „Sonderfälle der Netznutzung" erkenne der Gesetzgeber an, dass es neben dem typischen Netzkunden auch atypische Fälle gebe, die nicht billigerweise unter das im Übrigen für alle Netznutzer gleichermaßen geltende System fallen sollten. Durch den Begriff des individuellen Netzentgelts gebe der Gesetzgeber zugleich vor, dass in der Verordnung eine Abweichung vom typischen Fall der Netznutzung auch auf der Rechtsfolgenseite, nämlich bei der finanziellen Kompensation zu regeln ist. Darin sei zugleich die Wertung enthalten, dass die Gegenleistung in diesem speziellen Fall von der allgemeinen Entgeltbildung abweiche und damit zum individuellen Netzentgelt werde. Durch das Abstellen auf die unbestimmten Rechtsbegriffe der individuellen Netzentgelte und der Sonderfälle der Netznutzung habe der Gesetzgeber dem Verordnungsgeber einen Gestaltungsspielraum und eine Einschätzungsprärogative hinsichtlich der zugrunde liegenden komplexen Verhältnisse der Elektrizitätswirtschaft und der hierauf anwendbaren komplexen Regulierungsmethoden zugestanden. In Anbetracht dessen sei es dem Gericht verwehrt, die Einschätzung der regelungsbefugten Exekutive durch eine an der Zweckmäßigkeit oder an der Interessenlage der Betroffenen ausgerichteten eigenen Einschätzung zu ersetzen.
Mit der konkreten Regelung halte der Verordnungsgeber sich innerhalb des von der Ermächtigung gezogenen Rahmens. Es handele sich um eine rechtmäßige Ausgestaltung der Befugnis, für atypische Netznutzungen eine der Situation angemessene individuelle Kompensation zu bestimmen. Bei den Voraussetzungen des § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV handle es sich um Sonderfälle der Netznutzung, denn die besonders intensive Netznutzung entspreche gerade der Abweichung von der typischen Netznutzung, die § 24 S. 1 Nr. 3 EnWG verlange. In einem solchen Fall sei es dem Verordnungsgeber erlaubt, diskriminierungsfreie und angemessene Netzentgelte auf anderem Wege zu ermitteln und damit das ob und wie einer individuellen finanziellen Kompensation zu gestalten. Die Befreiung von den Netzentgelten habe der Verordnungsgeber statuiert, weil stromintensive Unternehmen mit einer hohen Bandlast netzstabilisierend wirken, was nicht ernstlich bezweifelt werden könne. Durch eine hohe Benutzungsstundenzahl der Bandlastkunden mit einer gleichmäßigen Leistungsentnahme könnten Netzbetreiber von einer kontinuierlichen Auslastung der Netzinfrastruktur durch den Bandlastkunden ausgehen. Dies sei je nach Situation für die Prognose der jeweiligen Netzlast sowohl im Verteilnetz als auch im Übertragungsnetz positiv. Eingriffe in den Netzbetrieb könnten

gegebenenfalls reduziert werden. Darüber hinaus trügen die stromintensiven Netzkunden durch den gleichmäßig hohen Strombezug regelmäßig zur Netzstabilität bei, indem Schwankungen der übrigen Netzkunden relativiert würden. Die Feststellung dieser Wirkungsmechanismen sei von der Einschätzungsprärogative des Verordnungsgebers gedeckt. Dann sei es von seinem Gestaltungsspielraum erfasst, wie stark er diese netzstabilisierende Wirkung bei der Reduzierung von Netzentgelten berücksichtige. Vor diesem Hintergrund sei es unschädlich, dass sich der Verordnungsgeber in § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV in einem ersten Schritt für eine Reduktion auf Null entschieden habe. Dabei sei zu beachten, dass der befreite Netzkunde in einem zweiten Schritt die § 19-Umlage und damit auch ein weiteres geldwertes Entgelt zahle. Denn der Netzkunde sei zwar von der Zahlung aller im Zusammenhang mit der Netznutzung stehenden leistungs- und arbeitsabhängigen Netzentgelte befreit. Andere Entgelte, etwa für Zählen und Messen, seien von der Netzentgeltbefreiung aber gerade nicht umfasst. Der Verordnungsgeber habe ein bloß reduziertes Netzentgelt nicht als hinreichend betrachtet, sondern es für sachgerecht gehalten, die betroffenen Unternehmen bei Vorliegen der Voraussetzungen zunächst pauschal zu befreien. Der Verordnungsgeber halte sich im Rahmen des vorgegebenen Gestaltungsspielraums, wenn er die insgesamt netzstabilisierende Wirkung höher bewerte als die möglicherweise durch die Entnahme verursachten Netzkosten.
Auch nach Sinn und Zweck des § 24 S. 1 Nr. 3 EnWG ergebe sich kein Unterschied zwischen der Vereinbarung eines gegebenenfalls sehr geringen individuellen Netzentgelts und einer Befreiung. Der Gesetzgeber bezwecke mit seiner Ermächtigung in erster Linie, von den allgemeinen Entgelten abweichende Sondernetzentgelte unter einen Prüfungsvorbehalt zu stellen. Diese Prüfung durch die Regulierungsbehörde sei auch im Fall einer Befreiung vorgeschaltet, so dass die finanzielle Kompensation verschiedene Größenordnungen bis hin zu Null einnehmen könne.
Es sei auch nicht ersichtlich, dass sich der Gesetzgeber eine vollständige Befreiung habe vorbehalten wollen. Nur weil er im Fall des § 118 Abs. 6 EnWG neu errichtete Stromspeicheranlagen habe anreizen wollen und daher unmittelbar im Gesetz selbst von den Entgelten für den Netzzugang freigestellt habe, bedeute das noch nicht, dass dies für alle Fälle von Netzentgeltbefreiungen zwingend im EnWG selbst erfolgen müsse.
Darüber hinaus sei zu beachten, dass sich für die stromintensiven Betriebe im Ergebnis die in § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV als Befreiung bezeichnete Ermäßigung der Netzentgelte finanziell nicht als hundertprozentige Befreiung auswirke. Die Regelung bestehe im Ergebnis aus einer entlastenden wie auch belastenden Regelung: während die Kosten der Befreiung in der vor dem 4. August 2011 geltenden Fassung den allgemeinen Netznutzungsentgelten zugerechnet und somit auf das jeweilige Netzgebiet verteilt wurden, finde nun eine Umlageregelung Anwendung, die die Umlage auch zulasten der befreiten Unternehmen vorsehe. Daher handle es sich für die befreiten Unternehmen im Ergebnis weiterhin lediglich um eine im Vergleich zur alten Regelung nochmals erhöhte Reduzierung der Gesamtbelastung. Die Umlage sei so hoch, dass im Ergebnis auch die formell und nach der Begrifflichkeit des § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV befreiten Unternehmen an den Netzkosten beteiligt würden.
Die Befreiung verstoße auch nicht gegen das in § 21 Abs. 1 EnWG verankerteGebot der Nichtdiskriminierung. Das Diskriminierungsverbot ziele ebenso wie die Richtlinie 2003/54/EG vom 26.06.2003 und die Richtlinie 2009/72/EG darauf ab, den Wettbewerb auf der dem Netzbetrieb vorgelagerten Stufe - der Stromerzeugung - und der nachgelagerten Stufe - dem Stromvertrieb - zu ermöglichen und zu gewährleisten. Die Schaffung von Wettbewerb auf dem Elektrizitätsmarkt sei das zentrale Anliegen des europäischen

Gemeinschaftsgesetzgebers und ziehe sich wie ein roter Faden durch die maßgeblichen Richtlinien, deren Umsetzung das EnWG im Allgemeinen und § 21 EnWG im Besonderen diene. Die Zielrichtung spiegele sich im Wortlaut des Gesetzes wieder. Demgegenüber verbiete es weder das Gemeinschaftsrecht, noch das Diskriminierungsverbot des § 21 EnWG, in Fällen atypischer Netznutzung diese Netznutzer anders zu behandeln, als andere. Dass dies grundsätzlich zulässig und sogar gewollt sei, zeige die Vorschrift des § 24 S. 1 Nr. 3 EnWG, die in diesen Fällen individuelle Entgelte erlaube. Entscheidend sei, dass die vermeintliche Ungleichbehandlung der befreiten Letztverbraucher den Wettbewerb auf der vor- und nachgelagerten Ebene nicht gefährde. Es gehe auch nicht um eine Ungleichbehandlung von außerhalb des assoziierten Unternehmens stehenden Unternehmen. Ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot liege daher nicht vor. Darüber hinaus handele es sich bei dem Befreiungstatbestand um eine diskriminierungsfreie Ausgestaltung. Die Ungleichbehandlung sei wegen der Sondersituation dieser Netznutzer jedenfalls gerechtfertigt. Diese wiesen im Gegensatz zu den nicht befreiten Netznutzern ein besonderes Nutzungsverhalten auf. Es handle sich somit um Sonderformen der Netznutzung, die nach der Einschätzung des Gesetz- und des Verordnungsgebers einer Ungleichbehandlung bedürften.
Es sei auch eine angemessene Entgeltbildung gewährleistet. Der gemeinschaftsrechtlich vorgegebene und durch § 21 EnWG umgesetzte Grundsatz der Angemessenheit der Entgelte solle sicherstellen, dass der Marktzugang zum Erzeugungs- und Versorgungsmarkt nicht durch unangemessene Bedingungen für den Netzzugang behindert werde. Im Verhältnis zum Netzkunden bedeute dies, dass die Netzentgelte nicht so hoch sein dürften, dass sie den Zugang zum vorgelagerten Erzeugungs- und dem nachgelagerten Versorgungsmarkt ungerechtfertigt behindern. Davon könne trotz eines höheren zu entrichtenden Betrags für Netzentgelt und Umlage nicht ausgegangen werden. Der Kern des Erfordernisses der Angemessenheit der Entgelte sei der Grundsatz der Kostenorientierung, auf den sich der Netzbetreiber berufen könne. Europarechtlicher Kern dieses Grundsatzes sei es, den Netzbetreibern durch die Tarifgestaltung die notwendigen Netzinvestitionen zu ermöglichen und somit die Lebensfähigkeit der Netze zu gewährleisten. Dies setzte voraus, dass der regulatorische Rahmen eine Refinanzierung dieser Investitionen ermögliche. Dem trage die streitgegenständliche Umlage gerade Rechnung.
Sie - die Bundesnetzagentur - sei nach § 29 Abs. 1 EnWG i. V. m. § 30 Abs. 2 Nr. 6 StromNEV auch dazu ermächtigt gewesen, in Abweichung von § 17 Abs. 8 StromNEV Einzelheiten des durch § 19 Abs. 2 StromNEV i. V. m. § 9 KWKG vorgegebenen Umlagemechanismus zum Ausgleich von entgangenen Erlösen aufgrund von individuellen Netzentgelten nach § 19 Abs. 2 S. 1 StromNEV und Befreiungen nach § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV festzulegen.
Die Festlegung gewährleiste angemessene und damit sachgerechte Entgelte für die Betreiber von Stromnetzen. Dieser müsse die Erlöse, die ihm aufgrund ermäßigter individueller Netzentgelte und Befreiungen entgehen, refinanzieren können. Dies gewährleiste die Festlegung, indem sie den in § 19 Abs. 2 StromNEV und § 9 KWKG vorgesehenen Wälzungs- und Umlagemechanismus zum Ausgleich der entgangenen Erlöse nachvollziehe und konkretisiere.
Eine Kompetenz zur Regelung der vorliegenden Materie ergebe sich auch mit Blick auf § 30 Abs. 1 Nr. 8 StromNEV. Nach dieser Vorschrift könne die Regulierungsbehörde sogar Festlegungen zur Höhe der sich aus dem Belastungsausgleich nach § 9 Abs. 7 KWKG ergebenden Zuschläge treffen. Andere Zuschläge seien bei Verordnungserlass namentlich

nicht bekannt gewesen. Um den sich schnell wandelnden Bedürfnissen des komplexen Elektrizitätswirtschaftsbereichs gerecht zu werden, sei der Regulierungsbehörde nach § 30 Abs. 2 Nr. 6 StromNEV für weitere Entgelte in Abweichung zu § 17 Abs. 8 StromNEV eine entsprechende Kompetenz zur Entgeltfestlegung eingeräumt worden.
Sie sei auch deswegen nach § 30 Ab s. 2 Nr. 6 StromNEV zur Festlegung des Umlagemechanismus zum Ausgleich entgangener Erlöse nach § 19 Abs. 2 StromNEV ermächtigt, weil dieser Mechanismus in § 19 Abs. 2 StromNEV i. V. m. § 9 KWKG vorgesehen sei. Da der Verordnungsgeber in § 19 Abs. 2 S.7 HS.2 StromNEV auf den Wälzungsmechanismus in § 9 KWKG verwiesen habe, sei die Umlage bereits kraft Gesetzes zulässig.
Der Einwand, die Umlage sei kein Entgelt, weil sie nicht der Abgeltung einer Gegenleistung diene, greife nicht durch. Dieser Einwand verkenne, dass § 30 Abs. 2 Nr. 6 StromNEV die Regulierungsbehörde dazu ermächtige, Festlegungen zu treffen, die eine sachgerechte Entgeltbildung ermöglichten. So könne die Regulierungsbehörde insbesondere Regelungen treffen, die in Abweichung von den Vorschriften der StromNEV die Sachgerechtigkeit der vorgesehenen Entgelte sicherstelle. Dies werde durch die Verordnungsbegründung bestätigt. Dort weise der Verordnungsgeber darauf hin, dass es nicht zielführend erscheine, sämtliche Regelungen, die für die Gewährleistung angemessener Entgelte erforderlich sind, in der Verordnung festzuschreiben. Daraus gehe gerade nicht hervor, dass die Regulierungsbehörde auf die Festlegung neuer Entgelte beschränkt sein solle. Vielmehr sei von einem Ermessen auszugehen, das sich vor allem an der Sachgerechtigkeit und Angemessenheit der Entgelte zu orientieren habe. Nach dem Willen des Verordnungsgebers solle die Regulierungsbehörde befugt sein, „die zur Gewährleistung angemessener Entgelte erforderlichen Entscheidungen" zu treffen. Um eine solche Entscheidung handele es sich bei der streitgegenständlichen Festlegung, so dass offen bleiben könne, ob die Umlage ein Entgelt, Preisbestandteil oder etwas gänzlich anderes sei.
Ungeachtet dessen lasse sich die Umlage aber auch unter den Begriff des Entgelts fassen. Sie sei jedenfalls kein Netzentgelt, sondern allenfalls ein anderes Entgelt und diene dem Ausgleich von Entlastungen besonderer Netzkunden nach § 19 Abs. 1 S. 1 und S. 2 StromNEV. Bei ihrer Einordnung als Entgelt sei insbesondere die Äquivalenz der Gegenleistung gewährleistet.
Eine Festlegung gemäß § 30 Abs. 2 Nr. 6, 17 Abs. 8 StromNEV müsse kein Netzentgelt i. S. v. § 1 StromNEV zum Gegenstand haben; es genüge ganz allgemein die Festlegung eines Entgelts oder sonstiger Entscheidungen zur Gewährleistung allgemeiner Entgelte. Selbst wenn der Senat nicht der Auffassung folgen wolle, dass die Regelungen von der Verordnungsermächtigung in § 24 S. 1 Nr. 3 EnWG gedeckt sind, führe dies nicht zur vollständigen Aufhebung des streitgegenständlichen Beschlusses. Gleiches gelte für den Fall, dass ihre Ermächtigung verneint würde, nach § 29 Abs. 1 EnWG, § 30 Abs. 2 Nr. 6 StromNEV einen Umlagemechanismus zum Ausgleich von entgangenen Erlösen aufgrund Befreiungen festzulegen. In beiden Konstellationen sei zu berücksichtigen, dass die Festlegung hinsichtlich ihres Regelungsgegenstands teilbar sei. Jedenfalls die Umlage entgangener Erlöse aus der Vereinbarung individueller Netzentgelte nach § 19 Abs. 2 S. 1 StromNEV sei rechtmäßig, denn die Regelung entspreche im Wesentlichen der vor der Verordnungsänderung geltenden Rechtslage.
Durch den Beschluss werde der Lastenausgleich für zwei verschiedene Regelungsinstrumente geregelt, denen gemeinsam sei, dass sie Sonderformen der Netznutzung betreffen. Im Übrigen aber seien die Regelungen zur Befreiung und zu den

individuellen Netzentgelten selbstständig und voneinander getrennt zu betrachten. Insbesondere seien die Tatbestandsvoraussetzungen unterschiedlich, so dass ein untrennbarer innerer Zusammenhang bestehe. Auch für den Fall, dass ausschließlich Erlösausfälle aus dem Regime des § 19 Abs. 2 S. 1 StromNEV anfielen, bestünde weiterhin das Bedürfnis nach dem von § 19 Abs. 2 S. 7 StromNEV geforderten Ausgleich. Die angefochtene Festlegung sei daher allenfalls teilweise aufzuheben.
Die beteiligte Übertragungsnetzbetreiberin B. schließt sich dem Antrag der Bundesnetzagentur an und beantragt
beteiligte Übertragungsnetzbetreiberin B.
hilfsweise, für den Fall der Aufhebung der angefochtenen Festlegung,
festzustellen, dass sie nicht aus § 19 Abs. 2 Satz 6 StromNEV dazu verpflichtet sei, entgangene Erlöse, die aus individuellen Netzentgelten nach § 19 Abs. 2 Satz 1 StromNEV und Befreiungen von Netzentgelten nach § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV auf Grundlage von Genehmigungen nach § 19 Abs. 2 Satz 3 StromNEV resultieren, nachgelagerten Betreibern von Elektrizitätsverteilernetzen zu erstatten.
Die Beigeladenen zu … und … sind der Auffassung, dass es für eine Netzentgeltbefreiung an einer Ermächtigungsgrundlage im Energiewirtschaftsgesetz fehle und § 19 Abs. 2 StromNEV gegen Vorschriften des europäischen Beihilfenrechts bzw. gegen Art. 34 AEUV - so die Beigeladene zu … - sowie gegen den grundrechtlich geschützten Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. 3 GG verstoße. Darüber hinaus fehle es auch an einer Ermächtigungsgrundlage für die streitbefangene Festlegung, die daher insgesamt aufzuheben sei.
Die Beigeladenen zu …
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die zwischen den Beteiligten gewechselten Schriftsätze mit Anlagen, den beigezogenen Verwaltungsvorgang und das Protokoll der Senatssitzung Bezug genommen.
B.
Die zulässige Beschwerde der Betroffenen hat aus den mit den Beteiligten in der Senatssitzung erörterten Gründen hinsichtlich des hilfsweise gestellten umfassenden Aufhebungsantrags Erfolg. Im Übrigen hat die Beschwerde jedoch keinen Erfolg. Der als Hauptantrag gestellte Verpflichtungs- sowie der hilfsweise gestellte Neubescheidungsantrag sind in der Sache nicht begründet. Der Feststellungsantrag ist bereits unzulässig.
I.
Die Beschwerde der Betroffenen ist zulässig.
Ihrer Beschwerdebefugnis steht insbesondere nicht entgegen, dass sie an dem Verwaltungsverfahren der Bundesnetzagentur nicht förmlich beteiligt war. Zwar sieht § 75 Abs. 2 EnWG vor, dass derjenige beschwerdeberechtigt ist, der bereits im regulierungsbehördlichen Verfahren die Beteiligtenstellung innehatte. In erweiternder Auslegung dieser Vorschrift ist allerdings auch die Beschwerdebefugnis eines Dritten, der nicht schon an dem Verfahren beteiligt war, zu bejahen, wenn er durch den angegriffenen Verwaltungsakt unmittelbar in seinen Rechten berührt wird, weil dieser auch ihm gegenüber eine Regelungswirkung entfaltet (vgl. nur: BGH, Beschluss vom 5. Oktober 2010 - EnVR 52/09, Rdnr. 14 „GABiGas"; Beschluss vom 11. November 2008 - EnVR 1/08, WuW/E DE-R 2535, Rdnr. 14 ff. - „citiworks"; Beschluss vom 22. Februar 2005 - KVZ 20/04, WuW/E DE-R 1544, 1545 - „Zeiss/Leica").
So liegt der Fall hier. Als Übertragungsnetzbetreiberin ist die Betroffene Adressatin der Festlegung, die sich an alle Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen richtet (s. a. S.

18 unter II.3. der Festlegung).
II.
1. Die mit dem Hauptantrag der Betroffenen begehrte Verpflichtung der Bundesnetzagentur zur Verzinsung des Differenzbetrages zwischen dem von der Bundesnetzagentur in Tenorziffer 2 Satz 6 der Festlegung bestimmten Umlagevolumens für das Kalenderjahr 2012 in Höhe von ... und den tatsächlich für 2012 entstehenden Erlösausfällen und Einbeziehung des daraus resultierenden Betrages in die § 19 StromNEV-Umlage hat jedoch keinen Erfolg. Dabei kann für den Senat offen bleiben, ob hier ein Verpflichtungsantrag überhaupt in Betracht kommt. Denn auch der hilfsweise gestellte Neubescheidungsantrag ist nicht begründet. Wie sich aus den nachfolgenden Feststellungen unter Ziffer III. ergibt, ist die angegriffene Festlegung bereits deshalb rechtswidrig und insgesamt aufzuheben, weil die zugrunde liegende Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV nichtig ist. Damit fehlt nicht nur der Befreiung, sondern auch der Festlegung zur Kompensation der Erlösausfälle und damit dem gesamten Umlagemechanismus die Grundlage. Für eine Ergänzung der Festlegung im Wege der Verpflichtung der Bundesnetzagentur zur Einbeziehung der Zinsausfälle in den Wälzungsmechanismus oder zumindest zur Neubescheidung ist angesichts dessen kein Raum.
2. Soweit der Neubescheidungsantrag angesichts der in diesem Zusammenhang gemachten Ausführungen der Betroffenen zu den wirtschaftlichen Folgen einer Aufhebung der Festlegung auf Maßnahmen einer Folgenbeseitigung abzielen sollte, hat er ebenfalls keinen Erfolg. Es ist bereits der Gestaltungsfreiheit des Verordnungsgebers vorbehalten, wie die aus der Nichtigkeit des § 19 Abs. 2 StromNEV resultierende Lücke zu schließen ist. Darüber hinaus kommt auch der allgemeine Folgenbeseitigungsausspruch nach § 113 Abs. 1 Satz 2 VwGO nur in Betracht, wenn die Behörde dazu in der Lage und die Frage spruchreif ist (§ 113 Abs. 1 Satz 3 VwGO). Es darf also keine weitere Sachverhaltsaufklärung erforderlich sein und insbesondere kein Ermessensspielraum der Verwaltung hinsichtlich der Art der Rückgängigmachung bestehen (Kopp/Schenke, VwGO, 18. Aufl., Rdnr. 87 zu § 113). So liegt der Fall aber hier. Wie die Betroffene selbst ausführt, gibt es verschiedene Möglichkeiten, die Folgen der Vollziehung der aufgehobenen Festlegung zu beseitigen oder zumindest abzumildern. Dem kann nicht dadurch Rechnung getragen werden, dass die Betroffene einen Neubescheidungsantrag stellt, denn der Folgenbeseitigungsausspruch ist auf konkrete Maßnahmen beschränkt. Darüber hinaus ist der Folgenbeseitigungsanspruch auf die Wiederherstellung des früheren Zustandes gerichtet und hat keinen finanziellen Schadensausgleich zum Inhalt (BVerwGE 40, 313, 322; 85, 24, 28; BGH, Beschluss vom 14.08.2008, KVR 42/07, Rdnr. 84 - Rheinhessische Energie). Die von der Betroffenen aufgeworfene Frage, auf welche Weise die Netzbetreiber im Falle der Uneinbringlichkeit der Rückzahlungsforderung gegenüber den befreiten Unternehmen schadlos zu halten sind, betrifft jedoch nicht die Beseitigung der unmittelbaren, noch andauernden Folgen der Vollziehung des aufgehobenen Verwaltungsakts (Kopp/Schenke, a. a. O., Rdnr. 80 zu § 113), sondern die Beseitigung der Folgen, die durch die Rückabwicklung des vollzogenen Verwaltungsaktes entstehen und damit letztlich die Schadensbeseitigung.
III.
Soweit die Betroffene - wie im Senatstermin äußerst hilfsweise beantragt - die umfassende Aufhebung der Festlegung begehrt, ist ihre Beschwerde jedoch begründet. Die angegriffene Festlegung ist rechtswidrig und daher insgesamt aufzuheben, weil die ihr zugrunde liegende Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV nichtig ist. Die Änderung hält sich

nicht in den von der Ermächtigungsgrundlage gesetzten Grenzen und ist auch mit höherrangigem Recht nicht vereinbar, so dass für den Senat offen bleiben kann, ob sie sich auch noch aus anderen Gründen als rechtswidrig erweist.
1. Der Senat ist zur umfassenden Prüfung der Neuregelung des § 19 Abs. 2 StromNEV und auch zur Feststellung ihrer Nichtigkeit befugt. Aus dem Umstand, dass die Änderung auf einem förmlichen Gesetz - dem am 4. August 2011 in Kraft getretenen Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften - beruht, folgt nicht, dass nur das Bundesverfassungsgericht ihre Nichtigkeit gemäß Art. 100 GG feststellen kann. § 19 Abs. 2 StromNEV ist als im parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren geschaffenes Verordnungsrecht zu beurteilen, das von jedem damit befassten Gericht überprüft werden kann. Daraus folgt aber auch, dass der Gesetzgeber bei seiner Änderung an das Verfahren nach Art. 76 ff. GG und an die Grenzen der Ermächtigungsgrundlage gebunden war.
1.1. Der Änderung einer geltenden Verordnung durch ein Parlamentsgesetz steht es nicht schon entgegen, dass der Gesetzgeber die Regelungsbefugnis der Exekutive übertragen hat. Für den parlamentarischen Gesetzgeber besteht - wie die Staatspraxis zeigt - häufig ein Bedürfnis, bei einer Änderung komplexer Regelungsgefüge, in denen förmliches Gesetzesrecht und auf ihm beruhendes Verordnungsrecht ineinander verschränkt sind, auch das Verordnungsrecht anzupassen. Zudem gehört es zur Gestaltungsfreiheit des Parlaments, sein Änderungsvorhaben umfassend selbst zu verwirklichen, ohne dass es die durch die Verordnung geregelten Gegenstände zuvor wieder in förmliches Gesetzesrecht übernehmen müsste. Letzterem stünde es insbesondere entgegen, dass künftige Änderungen durch die Exekutive und damit die für die Zukunft notwendige Flexibilität ausgeschlossen wären (BVerfGE 114, 196 ff. „Beitragssicherungsgesetz", Rdnr. 193 ff.).
1.2. Ändert das Parlament eine bestehende Rechtsverordnung oder fügt es in diese neue Regelungen ein, so ist das dadurch entstehende Normgebilde aus Gründen der Normenklarheit insgesamt als Rechtsverordnung zu qualifizieren. Zur Normenklarheit gehört auch Normenwahrheit, so dass Überschrift und Einleitung eines Regelungswerks auch nach u. U. zahlreichen Änderungen noch halten müssen, was sie versprechen (BVerfG, a. a. O., Rdnr. 198 ff., 202). Auch die Rechtsmittelklarheit verbietet es, bei der parlamentarischen und exekutiven Rechtsetzung beide Rechtsformen so zu vermischen, dass eine klare Zuordnung nicht mehr möglich ist. Der Adressat einer Regelung muss mit Blick auf das Prinzip der Rechtsmittelklarheit erkennen können, ob er es mit einer - auf gesetzlicher Ermächtigung beruhenden - Verordnungsregelung oder mit einem förmlichen Gesetz zu tun hat. Entscheidet sich der Gesetzgeber dafür, eine bestehende Verordnung zu ändern, kann der geänderten Verordnung aus verfassungsrechtlichen Gründen daher nur ein einheitlicher Rang, der der Verordnung, zukommen.
Etwas anderes gilt dann, wenn der Gesetzgeber die der Exekutive übertragenen Regelungsbefugnisse wieder an sich zieht und eine bisher als Verordnung geltende Regelung als Gesetz erlässt (BVerfGE 114, 303 ff.). Ein Bedürfnis dafür besteht insbesondere dann, wenn die schon existierende Verordnungsregelung zwar auf einer gesetzlichen Ermächtigungsnorm beruht, sie indessen von dieser nach Inhalt, Zweck oder Ausmaß nicht gedeckt wird und von daher ein förmliches Gesetz erforderlich ist (BVerfGE, a. a. O.; OVG NW, DÖD 2010, 17 ff. Rdnr. 24 ff.). Um einen solchen Fall geht es vorliegend indessen nicht, denn der Gesetzgeber hat die bestehende Verordnung geändert und sich damit auf die Ebene des Verordnungsgebers begeben.
1.3. Mit Blick auf den Grundsatz der Formenstrenge der Rechtsetzung und das Prinzip der Rechtssicherheit ist eine Verordnungsänderung durch den Gesetzgeber allerdings nur unter folgenden Voraussetzungen möglich:

1.3.1. Die Änderung einer Verordnung durch den parlamentarischen Gesetzgeber kann nicht losgelöst und damit unabhängig von sonstigen gesetzgeberischen Maßnahmen erfolgen, sondern nur im Rahmen der Änderung eines Sachbereichs (BVerfGE, a. a. O., Rdnr. 207). Dabei sind Änderungen von Rechtsverordnungen auf das Ausmaß zu beschränken, das unmittelbar durch die Änderungen im Gesetzesrecht veranlasst ist. (BVerfGE, a. a. O.; BVerwG, U. v. 20.03.2008, 2 C 50/07; Bundesministerium der Justiz: Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. A., Rdnr. 691)
1.3.2. Der Gesetzgeber ist an das Verfahren nach Art. 76 ff. GG und insbesondere an die Grenzen der Ermächtigungsgrundlage (Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG) gebunden.
1.3.2. Befasst sich der Gesetzgeber mit einem Änderungsvorhaben, das sowohl Gesetzes- als auch Verordnungsänderungen umfasst, dann müssen Beratung, Beschlussfassung und Beteiligungsrechte der verschiedenen Organe einheitlich beurteilt werden können, so dass für das Zustandekommen des ändernden Gesetzes die grundgesetzlichen Regeln über die Gesetzgebung anzuwenden sind.
Bei der Änderung einer Verordnung ist auch der parlamentarische Gesetzgeber an die Grenzen der Ermächtigungsgrundlage gebunden (Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG). Weder die Wahl des zutreffenden Rechtswegs noch die Prüfungskompetenz des angerufenen Gerichts oder der anzuwendende Prüfungsmaßstab dürfen davon abhängen, ob Änderungen im parlamentarischen Verfahren vorgenommen werden (BVerfGE, a. a. O., Rdnr. 209; BGH, Kartellsenat, Beschluss vom 31.01.2012, EnVR 58/09, Rdnr. 8).
1.3.3. Die Zustimmungsbedürftigkeit eines Gesetzes, durch welches eine Verordnung geändert wird, beurteilt sich am Maßstab der für förmliche Gesetze geltenden Normen und nicht nach Art. 80 Abs. 2 GG (BVerfGE, a. a. O., Rdnr. 210 f.).
2. Nach diesen Maßstäben ist die Verordnungsänderung, die der Gesetzgeber mit Wirkung zum 4. August 2011 vorgenommen hat, nicht verfassungsgemäß und daher nichtig.
2.1. Der Gesetzgeber hat das Verfahren nach Art. 76 ff. GG für das Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften zwar eingehalten. Das Gesetz, in das der maßgebliche Art. 7 mit der Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV im Gesetzgebungsverfahren eingefügt worden ist, ist durch Beschluss des Bundestags vom 30. Juni 2011 angenommen worden (BT-Drs. 395/11 vom 1.07.2011); der Bundesrat hat am 8. Juli 2011 beschlossen, einen Antrag nach Art. 77 Abs. 2 GG nicht zu stellen. Indessen fehlt schon der erforderliche sachliche Zusammenhang mit den weiteren gesetzgeberischen Maßnahmen, denn es ist nicht ersichtlich, dass das eigentliche Gesetzesvorhaben des Gesetzgebers - das Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften - auch die Anpassung der Stromnetzentgeltverordnung und damit die Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV erforderlich machte.
Das Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften setzt vornehmlich nur die Richtlinien 2009/72/EG und 2009/73/EG um. Es werden insbesondere die Entflechtungsregeln für die Transportnetze geändert, um die Netzgesellschaft im Konzern zu stärken; des Weiteren soll eine koordinierte, gemeinsame Netzausbauplanung aller Übertragungs- bzw. Fernleitungsnetzbetreiber gewährleistet werden. Daneben werden die Rechte der Verbraucher durch kurze Fristen beim Lieferantenwechsel und klare Regelungen zu Verträgen und Rechnungen sowie für mehr Transparenz gestärkt und eine unabhängige Schlichtungsstelle eingerichtet. Schließlich wird durch die Regeln zur Einführung sog. „intelligenter Messsysteme" der Grundstein für eine aktivere Teilnahme des Endverbrauchers am Energiemarkt unter Wahrung seiner Persönlichkeitsrechte geschaffen.
Die Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV steht damit nur insoweit in einem sachlichem

Zusammenhang, als es sich auch um eine energiewirtschaftsrechtliche Vorschrift handelt. Die Änderung war im Regierungsentwurf noch nicht vorgesehen, sondern - beruhend auf einer Forderung der „Wirtschaftsvereinigung Metalle" - erstmals in der Beschlussempfehlung und dem Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie vom 29. Juni 2011 (BT-Drs. 17/6365, S. 14, 20) enthalten. Den insoweit geänderten Gesetzesentwurf hat der Bundestag sodann in seiner Sitzung vom 30. Juni 2011 angenommen (BR-Drs. 395/11 vom 1. Juli 2011). Von daher wird auch kritisiert, es handele sich bei der Änderung um eine zusammenhangslos eingebrachte „Mitternachtsregelung".
Dass die Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV erforderlich ist, um „die gebotene Harmonie mit dem Muttergesetz herzustellen" (Schneider, Gesetzgebung, 2. A., Rdnr. 663 f.), ist weder ersichtlich noch dargetan. Der notwendige Zusammenhang zwischen der Befreiung stromintensiver Netzkunden und den in diesem Gesetz vornehmlich geregelten Materien ist nicht gegeben, die Änderung ist auch nicht als Folgeänderung zu einer der im Kern geregelten Materien ausgewiesen. Die Umsetzung der EG-Richtlinien steht mit der beabsichtigten Befreiung industrieller Großabnehmer in keinerlei Zusammenhang. In der Begründung zu der konkreten Gesetzesänderung findet sich - anders als in einem solchen Fall üblich - daher auch nicht die Erläuterung „redaktionelle Änderung" oder „Folgeänderung zu …", um den Zusammenhang klarzustellen.
Dem entspricht es, dass die Bundesregierung in einem vergleichbaren Fall - dem Änderungsvorschlag des Bundesrats u. a. zur Einfügung eines § 6a in die Strom- und Gasnetzentgeltverordnungen im Rahmen des Dritten Gesetzes zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften - den erforderlichen Sachzusammenhang nicht gesehen und sie - aufgrund der verfassungsrechtlichen Bedenken - dem Änderungsvorschlag nicht zugestimmt hat (BT-Drs. 17/11269 vom 31. Oktober 2012, S. 41).
2.2. Darüber hinaus hat der Gesetzgeber mit der Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV auch die Grenzen der - auf den Verordnungsgeber delegierten - Verordnungsermächtigung überschritten.
2.2.1. Die Änderung des § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV enthält im Wesentlichen zwei Komponenten:
Zum Einen die Neuregelung, dass beim Vorliegen der dort genannten Schwellenwerte nunmehr eine Befreiung von den Netzentgelten erfolgen kann statt des zuvor nach § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV a. F. möglichen individuellen Netzentgelts. Letzteres hatte nach Satz 3 a. F. den Beitrag des Letztverbrauchers zu einer Senkung oder zu einer Vermeidung der Erhöhung der Netzkosten dieser und aller vorgelagerten Netz- und Umspannebenen widerzuspiegeln und war im Übrigen nach Satz 8 a. F. nur genehmigungsfähig, wenn die Netzentgelte aller übrigen Netznutzer dieser und aller nachgelagerten Netz- und Umspannebenen sich dadurch nicht wesentlich erhöhen.
Zum Anderen ist einbundesweiter Ausgleich zur Vermeidung überproportionaler regionaler Belastungen installiert worden. Danach sollen die durch individuelle Netzentgelte und Befreiungen entgangenen Erlöse auf der Ebene der Übertragungsnetzbetreiber über eine finanzielle Verrechnung untereinander ausgeglichen werden. Verteilernetzbetreiber erhalten daher einen Erstattungsanspruch gegenüber dem vorgelagerten Übertragungsnetzbetreiber mit der Folge, dass die entgangenen Erlöse im Rahmen der Verprobung ihrer Netzentgelte nicht zu einer Erhöhung führen können. Auf der Ebene der Übertragungsnetzbetreiber sieht § 19 Abs. 2 Satz 7 StromNEV sodann eine finanzielle Verrechnung der Erstattungsbeträge und der eigenen entgangenen Erlöse, also einen

horizontalen Ausgleich, vor. Im Übrigen verweist der Gesetzgeber auf eine entsprechende Anwendung des § 9 KWKG.
Der Umfang dieser Verweisung ist streitig. Die Bundesnetzagentur - und mit ihr die Übertragungsnetzbetreiber - misst der Verweisung das Verständnis bei, dass der Gesetzgeber neben dem horizontalen Ausgleich auf der Ebene der Übertragungsnetzbetreiber auch die Weiterwälzung und damit einen Umlagemechanismus wie in § 9 Abs. 4 ff. KWKG vorsehen wollte, den sie - die Bundesnetzagentur - mit der streitgegenständlichen Festlegung weiter ausgestaltet hat. Beschwerdeführer anderer Beschwerdeverfahren wie auch die Beigeladenen zu … und …) sind dagegen der Auffassung, es sei nur der Erstattungsanspruch der Verteilernetzbetreiber gegenüber den Übertragungsnetzbetreibern und daran anschließend der horizontale Ausgleich geregelt.
Die Frage kann letztlich offen bleiben, da sich die maßgebliche Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV - die Ergänzung der individuellen Netzentgelte um eine Befreiung von diesen - nicht in den Grenzen der Ermächtigungsgrundlage hält (Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG), ohne dass es auf die konkrete Ausgestaltung des Ausgleichs der Erlösausfälle ankommt. Es bedarf daher keiner Entscheidung, ob die Erlösausfälle nach dem Willen des Gesetzgebers durch einen bundesweiten Ausgleich auf der Ebene der Übertragungsnetzbetreiber oder eine von dem Letztverbraucher zu erhebende Umlage kompensiert werden sollen.
2.2.2.Während der Gesetzgeber grundsätzlich einen weiten Spielraum für seine Gestaltung besitzt und dabei auch Gleich- und Ungleichstellungen anordnen kann, wenn sie sachgerecht sind, ist der Verordnungsgeber enger gebunden, denn er kann verfassungsrechtlich einen Gestaltungsfreiraum nur innerhalb der durch Art. 80 Abs. 1 GG gezogenen Grenzen haben. Es ist ihm daher verwehrt, Regelungen zu erlassen, die die umfänglichen Grenzen wie die inhaltlichen Vorgaben der Ermächtigung missachten und in der Sache auf eine Korrektur der Entscheidung des Gesetzgebers hinauslaufen würden. In den engen Grenzen des ihm danach zustehenden Ermessens hat er sich von sachfremdem Erwägungen freizuhalten (BVerfGE 42, 374 (387 f.); 16, 332 (338 f.); 13, 248, (255 f.)). Damit ist er - was die Bundesnetzagentur verkennt - deutlich engeren Vorgaben unterworfen, die sich neben denen des Gemeinschafts-, Verfassungs- und Gesetzesrechts insbesondere aus der Anbindung an das Programm der Verordnungsermächtigung sowie aus der Tatsache ergeben, dass dem Verordnungsgeber die Regelung „wesentlicher" Aspekte untersagt ist (Brenner in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. A. 2010, Rdnr. 69 zu Art. 80; Uhle in: Epping/Hillgruber, GG, 2009, Rdnr. 29 zu Art. 80).
2.2.2. Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung müssen nach Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG in dem ermächtigenden Gesetz bestimmt werden, um die Macht der Exekutive im Bereich der Rechtsetzung zu begrenzen sowie die parlamentarische Steuerung der exekutiven Verordnungsgebung - und damit zugleich die Verantwortung der Legislative für den Inhalt der Rechtsverordnung - zu stärken (Sannwald in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, 12. A., 2011, Rdnr. 59 zu Art. 80). Der Gesetzgeber selbst muss die Entscheidung treffen, dass bestimmte Fragen geregelt werden sollen und die Grenzen einer solchen Regelung festsetzen sowie angeben, welchem Ziel die Regelung dienen soll. Das Erfordernis hinreichender Bestimmtheit stellt die notwendige Ergänzung und Konkretisierung des aus dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip folgenden Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes sowie der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung dar (Sannwald, a. a. O., m. w. N.). Die richterliche Kontrolle ist darauf beschränkt, ob sich der Verordnungsgeber mit seiner Gesetzeskonkretisierung innerhalb des vorgegebenen Rahmens und des Ziels der gesetzlichen Regelung bewegt und verfassungsrechtliche Prinzipien beachtet hat (Ossenbühl, Hdb. des StaatsR, § 103, Rdnr. 42, 85).

2.2.3. Mit der Regelung, dass stromintensive Letztverbraucher beim Vorliegen der Schwellenwerte des § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV a. F. statt der Vereinbarung eines individuellen Netzentgelts die vollständige Befreiung von den Netzentgelten erlangen können, hat der Gesetzgeber die von ihm gesetzten Grenzen der Verordnungsermächtigung überschritten. Nach dem Wortlaut, der Systematik, dem Sinn und Zweck sowie der Entstehungsgeschichte der Ermächtigungsnorm ist der Verordnungsgeber nur ermächtigt, in der Stromnetzentgeltverordnung neben der Methodik zur Bestimmung der Entgelte Regelungen hinsichtlich der Genehmigung (oder Untersagung) individueller Netznutzungsentgelte zu treffen.
2.2.3.1. § 24 Satz 1 Nr. 1 EnWG ermächtigt zur Bedingungs- und Methodenregulierung im Verordnungswege; durch Verordnung können die Bedingungen für den Netzzugang einschließlich der Beschaffung und Erbringung von Ausgleichsleistungen, die Methoden zur Bestimmung dieser Bedingungen sowie die Methoden zur Bestimmung der Entgelte festgelegt werden. Ergänzend sieht § 24 Satz 1 Nr. 3 EnWG - klarstellend - vor, dass dabei auch im Einzelnen geregelt werden kann, in welchen Fällen und unter welchen Voraussetzungen die Regulierungsbehörde im Einzelfall individuelle Entgelte für den Netzzugang genehmigen oder untersagen kann.
Schon nach dem Wortlaut der Ermächtigungsnorm erfasst die Regelungsbefugnis nicht das „ob", sondern nur die Bestimmungen zur Ermittlung der Höhe der Entgelte. Die Ermächtigung, die Methoden zur Bestimmung der Entgelte für die Netznutzung festzulegen und dabei auch die Voraussetzungen für die Entgelte in Sonderfällen individueller Formen der Netznutzung zu bestimmen, gibt vor, dass für die Netznutzung grundsätzlich ein Entgelt, also eine geldwerte Gegenleistung zu erbringen ist. Mit der Entrichtung des Netzentgelts wird - so auch § 3 Abs. 2 StromNEV - die Nutzung der Netz- oder Umspannebene des Netzbetreibers und aller vorgelagerten Netz- und Umspannebenen abgegolten.
Aus der Systematik und dem Sinn und Zweck der Ermächtigung sowie der Entstehungsgeschichte folgt nichts anderes. Die Methode zur Bestimmung der Entgelte soll die Vorgaben des § 21 Abs. 1 und Abs. 2 EnWG umsetzen, wonach die Bedingungen und Entgelte für den Netzzugang insbesondere angemessen, diskriminierungsfrei und transparent sein müssen. Inhaltlich soll der Verordnungsgeber damit nur ermächtigt werden, die Methode für die Bestimmung solcher - angemessenen, diskriminierungsfreien und transparenten - Netzentgelte, ihre Ausgestaltung und Ermittlung näher festzulegen, also zu konkretisieren, auf welche Art und Weise die Netzzugangsentgelte ermittelt werden sollen. Dabei hat die Methode die Ausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung sicherzustellen, weil die daraus abzuleitenden Netzentgelte nur so den materiellen Vorgaben des § 21 EnWG genügen können. Mit Blick darauf soll der Verordnungsgeber befugt sein, auch von einer grundsätzlich gewählten Methode abzuweichen und die Voraussetzungen für individuelle, also der Höhe nach abweichende Entgelte für die Nutzung des Netzes regeln zu können. Die erst im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens in den Katalog des § 24 Satz 1 EnWG eingefügte Regelungsziffer Nr. 3 dient - wie in der Begründung der Beschlussempfehlung des Bundestagsausschusses für Wirtschaft und Arbeit ausgeführt ist - „der rechtsförmlichen Klarstellung des Gewollten" (BT-Drs. 15/5268, S. 121). Mit ihr soll klargestellt werden, dass zum einen in Sonderfällen auch von der grundsätzlich nach Satz 1 Nr. 1 verwendeten Methode abweichende Regelungen für die Bestimmung der Entgelte einer individuellen Netznutzung vorgesehen werden können und zum anderen in solchen Einzelfällen ebenfalls das Instrument der Genehmigung oder der Untersagung zur Verfügung steht (s.

a. Bruhn in BerlKommEnR, 2. A., Rdnr. 13 zu § 24). Dabei hatte der Gesetzgeber ganz offensichtlich im Blick, dass schon die VV II plus in Ziffer 1.10 individuelle Netznutzungsentgelte zwischen Netzbetreiber und Netznutzer vorsah, wenn das Nutzungsverhalten des Netznutzers - sein Höchstlastbeitrag - erheblich von den Preisfindungsgrundsätzen abwich.[1] Dieses Verständnis wird nicht nur durch die Regelung des § 118 Abs. 6 EnWG gestützt. Mit dieser durch das Gesetz zur Beschleunigung des Hochspannungsausbaus vom 21. August 2009 nachträglich eingefügten Privilegierung hat der Gesetzgeber neu errichtete Stromspeicheranlagen von den Entgelten für den Netzzugang auf Gesetzesebene befristet freigestellt (BT-Drs. 16/12898, S. 20[2]). Für den daraus ersichtlichen Gesetzesvorbehalt spricht weiter auch, dass es sich um eine wesentliche Entscheidung handelt, denn die vollständige Befreiung von der Gegenleistung und damit der Privilegierung von Gruppen von Netznutzern lässt sich mit dem die Entgeltregulierung beherrschenden Grundsatz der Verursachungsgerechtigkeit nicht in Einklang bringen (dazu s. u.).
2.2.3.2. Bei der in der Neuregelung des § 19 Abs. 2 StromNEV vorgesehenen „Befreiung" handelt es sich nicht um ein solches individuelles Netzentgelt (ebenso: Missling, IR 2012, 206; Ernst/Koenig, EnWZ 2012, 51, 55). Der befreite Netznutzer entrichtet keine Gegenleistung. Die Befreiung stellt daher keine von der grundsätzlichen Methodik abweichende Entgeltbildung, sondern eine generelle und vollständige Ausnahme von der zugrunde liegenden Entgeltpflicht dar mit - wie die vorliegende Konstellation zeigt - ggfs. weitreichenden finanziellen Folgen. Bei ihr handelt es sich um eine Privilegierung und damit ein aliud zu der Entgeltbildung, denn mit der Methode der zu bildenden Entgelte hat sie nichts zu tun. Dass der Verordnungsgeber auch ermächtigt werden sollte, solche Befreiungen und damit Ausnahmen von der Entgeltpflicht vorsehen zu können, ist - wie schon ausgeführt - nicht ersichtlich. Vielmehr spricht die Klarstellung in § 24 Satz 1 Nr. 3 EnWG, dass auch individuelle Netzentgelte erfasst sein sollen, gerade dafür, dass der Gesetzgeber sich die (wirtschaftspolitische) Entscheidung darüber, ob und unter welchen Voraussetzungen eine vollständige Befreiung möglich sein soll, vorbehalten wollte.
Aus dem Umstand, dass die Sätze 6 und 7 der Neuregelung eine Kompensation für die von diesen befreiten Netznutzern nicht zu erhebenden Entgelte vorsehen, indem diese Ausfälle bundesweit durch die Letztverbraucher ausgeglichen werden, kann entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur nichts anderes folgen (so aber: OLG Jena, Beschluss vom 23.04.2012, 2 Kart 1/12; kritisch dazu Missling IR 2012, 206; Ernst/Koenig, EnWZ 2012, 51, 55). Zum einen ist auf den befreiten Netznutzer abzustellen, der kein Entgelt für den Netzzugang zu entrichten hat. Zum anderen würde eine etwaige Umlage entsprechend § 9 KWKG, durch welche allen Letztverbrauchern die durch die Befreiungen und individuellen Netzentgelte zu tragenden Entgeltausfälle auferlegt werden, gerade keine Gegenleistung und damit kein Entgelt für ihre Netznutzung darstellen, sondern nur ihre Beteiligung an den Kosten der Befreiung und Entgeltermäßigung Einzelner. Sie soll nach Maßgabe der angegriffenen Festlegung neben und damit zusätzlich zu den Netzzugangsentgelten erhoben werden. Insofern kann es dahinstehen, ob der Ausgleich der Erlösausfälle nach dem Willen des Gesetzgebers auf den horizontalen Ausgleich auf der Ebene der Übertragungsnetzbetreiber beschränkt sein sollte, oder im Anschluss daran - wie die Bundesnetzagentur und die Übertragungsnetzbetreiber meinen - eine vertikale Rückbelastung der nachgelagerten Netzbetreiber und die Umlage der Kosten auf den Letztverbraucher entsprechend § 9 Abs. 4 ff. KWKG erfolgen sollte. Selbst wenn letzteres mit der Regelung bezweckt gewesen sein sollte, um den vier Übertragungsnetzbetreibern nicht die Last der Vorfinanzierung aufzuerlegen, führt dies im Ergebnis zu keiner anderen

Beurteilung. Auch insoweit wäre der Rahmen der Ermächtigung überschritten, denn bei der Umlage handelt es sich um eine bundesweite Kompensationsleistung, die der Netzbetreiber von dem Netznutzer neben den Entgelten für das von ihm genutzte Netz erheben soll. Dass der Verordnungsgeber so weitgehend legitimiert worden ist, er also befugt sein soll, im Rahmen der Verordnung zur Bestimmung der Entgelte auch zusätzliche Kompensationsleistungen zu kreieren, ist jedoch ebenso wenig ersichtlich.
2.2.4. Dass § 24 Satz 1 Nr. 1, Nr. 3 EnWG nicht zur Befreiung von den Netzentgelten ermächtigt, folgt auch daraus, dass die vollständige Befreiung nicht in Einklang mit den Grundsätzen der Entgeltbildung gebracht werden kann. Sie verstößt gegen die Entgeltgrundsätze des § 21 Abs. 1 EnWG und damit auch gegen das Diskriminierungsverbot der Richtlinie 2009/72/EG. Mit diesen Vorgaben lässt sich nur ein individuelles Netzentgelt vereinbaren wie der Verordnungsgeber es bis zum Inkrafttreten der Änderung in § 19 Abs. 2 StromNEV a. F. (allein) vorgesehen hatte.
2.2.4.1. Mit der Methode zur Bestimmung der Entgelte sollen die Vorgaben des § 21 Abs. 1 und Abs. 2 EnWG umgesetzt werden. Danach müssen Bedingungen und Entgelte für den Netzzugang insbesondere angemessen, diskriminierungsfrei und transparent sein. Diese Vorgaben hat der Verordnungsgeber bei seiner konkretisierenden Ausgestaltung der entgelt- und erlösobergrenzenbezogenen Verordnungen grundsätzlich zu beachten (BGH, Kartellsenat, Beschluss vom 28.06.2011 - EnVR 34/10 -, Rdnr. 10). Die Vorgaben für die Beschaffenheit der Entgelte stecken zugleich den Rahmen für die Methode der Entgeltberechnung und davon abweichende Regelungen für die Bestimmung der Entgelte einer individuellen Netznutzung ab. In diesem Rahmen muss sich daher nicht nur die Methode zur Bestimmung der Entgelte, sondern müssen sich spiegelbildlich auch die Bedingungen für davon abweichende individuelle Netzentgelte bewegen.
2.2.4.2. Nach Art. 32 Abs. 1 der Richtlinie 2009/72/EG[3] haben die Mitgliedstaaten die Einführung eines Systems für den Zugang Dritter zu den Übertragungs- und Verteilnetzen auf der Grundlage veröffentlichter Tarifezu gewährleisten: die Zugangsregelung hat für alle zugelassenen Kunden zu gelten und soll nach objektiven Kriterien und ohne Diskriminierung zwischen den Netzbenutzern angewandt werden. Auch Erwägungsgrund 32 der Richtlinie sieht vor, dass sicherzustellen ist, dass die Tarife für den Netzzugang transparent und nichtdiskriminierend sind; sie sollen auf nichtdiskriminierende Weise für alle Netznutzer gelten. Danach kann entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur kein Zweifel daran bestehen, dass das Diskriminierungsverbot dem unmittelbaren Schutz des Netznutzers vor einer - sachlich nicht gerechtfertigten - Ungleichbehandlung dient.
- auf der Grundlage veröffentlichter Tarife
- für alle zugelassenen Kunden
- ohne Diskriminierung
- für alle Netznutzer gelten

Das - die Vorgaben der Richtlinie 2003/54/EG umsetzende - horizontale Diskriminierungsverbot des § 21 Abs. 1 EnWG verpflichtet den Netzbetreiber in gleicher Weise, alle externen Netznutzer gleich zu behandeln, ihnen also gleiche Bedingungen der Netznutzung einzuräumen.
Da das Diskriminierungsverbot eine Ausprägung des allgemeinen Gleichheitssatzes ist, finden auch die insoweit entwickelten Grundsätze Anwendung. Danach hat der Gesetzgeber - wie auch der Verordnungsgeber - wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln. Je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen ergeben sich unterschiedliche Grenzen, die von gelockerten, auf das Willkürverbot beschränkten Bindungen bis hin zu strengen

Verhältnismäßigkeitserfordernissen reichen können (BVerfGE 117, 1 (30); 122, 1 (23); 126, 400 (416) m. w. N.). Dabei bedürfen Differenzierungen stets der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind. Der Gleichheitssatz ist dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten oder -betroffenen im Vergleich zu einer anderen anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die unterschiedliche Behandlung rechtfertigen können (vgl. nur: BVerfG, B. v. 16.07.2012, 1 BvR 2983/19, Rdnr. 43 m. w. N., zitiert nach juris). Von einem selbst gesetzten Regelsystem darf der Gesetzgeber grundsätzlich abweichen, wenn das mit Blick auf Art. 3 Abs. 1 GG sachgerecht ist. Die Gründe für eine Durchbrechung des einmal gewählten Ordnungsprinzips müssen, um überzeugend zu sein, zureichend sachlich begründet sein und in ihrem Gewicht der Intensität der Abweichung von der zugrunde gelegten Ordnung entsprechen.
2.2.4.3. Das Gebot angemessener Entgelte betrifft die Entgelthöhe, also den zu zahlenden Gegenwert für den gewährten Netzzugang (Groebel in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2. A., Rdnr. 53 zu § 21).
2.2.4.4. Die Befreiung stromintensiver Netznutzer von den Netznutzungsentgelten verstößt gegen diese Entgeltgrundsätze, mit denen nicht nur die Methode der Entgeltbestimmung, sondern auch etwaige Ausnahmen davon im Einklang stehen müssen. Netzentgelte sind grundsätzlich kostenbezogen zu berechnen, so dass auch Preisdifferenzierungen unterschiedliche Zugangskosten widerspiegeln und zu angemessenen Entgelten für alle Netznutzer führen müssen.
Die in der StromNEV gefundene Methode der Entgeltbildung stellt auf bestimmte Preisfindungsgrundsätze und dabei auf statistische Annahmen ab, um die Kosten des Netzes auf die Netzkunden möglichst verursachungsgerecht zu verteilen. Dabei sind Pauschalisierungen und Typisierungen notwendig. Mit den Sonderformen der Netznutzung in § 19 StromNEV trägt der Verordnungsgeber - legitimiert durch § 24 Satz 1 Nr. 3 EnWG - dem Umstand Rechnung, dass die Lastverläufe oder die Leistungsaufnahme einzelner Netznutzer von diesen Grundsätzen abweichen, so dass die den Preisfindungsgrundsätzen zugrunde liegenden Annahmen nicht zutreffen und daher für sie nicht zu angemessenen Entgelten führen. Daher stellt ein kostensenkendes oder kostenminderndes Nutzungsverhalten, das eine entsprechende Kostensenkung oder -vermeidung zur Folge hat, einen sachlich gerechtfertigten Grund für ein Abweichen von den geltenden Preisfindungsgrundsätzen dar. Für die übrigen Netznutzer hat die entsprechende Netzentgeltminderung, das individuelle Netzentgelt, jedoch zwangsläufig zur Folge, dass sich ihr Entgelt im Umfang der Kostensenkung oder -minderung entsprechend erhöht. Daher wird die Vorgabe diskriminierungsfreier, angemessener und transparenter Netznutzungsentgelte durch ein individuelles Netznutzungsentgelt nur beachtet, wenn sich der Maßstab der Entgeltminderung auf der einen Seite an dem tatsächlichen Umfang der Kostensenkung oder -minderung orientiert, denn auf der anderen Seite werden die übrigen Netznutzer im Umfang der Entgeltminderung zusätzlich belastet. Dem besonderen Nutzungsverhalten des einzelnen Netzkunden wird durch ein individuell bestimmtes Nutzungsentgelt daher nur dann angemessen Rechnung getragen, wenn der Grad der Entlastung des Netzes, der durch das abweichende Nutzungsverhalten des Netzkunden im Einzelfall bewirkt wird, Maßstab der möglichen Entgeltminderung ist (BGH, Kartellsenat, Beschluss vom 9. Oktober 2012 - EnVR 47/11 - „Pumpspeicherkraftwerke II", Rdnr. 10 f.). Nur auf diese Weise sind auch die zu ermittelnden Entgelte in ihrer Gesamtheit angemessen und diskriminierungsfrei. Im Einklang damit sah § 19 Abs. 2 Satz 3

StromNEV a. F. vor, dass das individuelle Netzentgelt den Beitrag des Letztverbrauchers zu einer Senkung oder zu einer Vermeidung der Erhöhung der Netzkosten dieser und aller vorgelagerten Netz- und Umspannebenen widerzuspiegeln hat.
Das besondere Nutzungsverhalten der Gruppe der stromintensiven Netznutzer kann ihre Befreiung von den Netzentgelten nicht rechtfertigen, sondern allenfalls eine entsprechende Reduktion, also ein individuelles Netzentgelt. Nach der Zielsetzung des Gesetzgebers sollen stromintensive Unternehmen mit einer derart hohen Bandlast von den Netzentgelten befreit werden, weil sie aufgrund ihrer Bandlast netzstabilisierend wirken (BT-Drs. 17/6365, S. 34). Die vom Gesetzgeber angeführte Netzstabilität, die durch ein bestimmtes Nutzungsverhalten herbeigeführt wird, mag grundsätzlich ein zulässiges Differenzierungskriterium bei der Entgeltbildungdarstellen, weil ein solches Nutzungsverhalten die Kosten des Netzes und damit auch die Entgelte der übrigen Netznutzer mindern oder senken kann. Netzstabilisierende Wirkung kann insbesondere die Verlagerung des überwiegenden Teils des Strombezugs in die Schwachlastzeit haben. Da sich die Dimensionierung des Netzes an der zu erwartenden Spitzenlast auszurichten hat, dient ein solches Nutzungsverhalten v.a. der großen stromintensiven Letztverbraucher der Netzökonomie (BGH, a. a. O.). Dementsprechend kann der Verordnungsgeber dieses nur mit einer entsprechenden - verhältnismäßigen - Reduzierung, nicht aber mit einer völligen Befreiung von den Netzentgelten honorieren, die sich von jeglicher Kostenverursachungsgerechtigkeit löst. Eine Befreiung und damit eine Reduzierung bis auf Null ist schon deshalb ausgeschlossen, weil das abweichende Nutzungsverhalten auf das Leistungselement der Netzkosten beschränkt ist, es also nur zu einer Reduzierung des Leistungs- und nicht auch des Arbeitspreises führen kann (BGH, a. a. O.).
Das Anknüpfungsmerkmal der stromintensiven Netznutzung und die zugrunde gelegten Schwellenwerte sprechen ungeachtet dessen gegen eine unentgeltliche Netznutzung. Von der Befreiung sollen stromintensive Netznutzer erfasst werden, die 7.000 Benutzungsstunden/p. a. erreichen und einen Stromverbrauch von 10 GWh aufweisen. Da diese intensive Nutzung impliziert, dass sie das Netz jedenfalls auch zeitgleich mit den übrigen Netznutzern nutzen müssen, kann es nicht sachgerecht sein, sie - wie der Gesetzgeber meint - allein mit Blick auf die Bandlast, also den Umstand, dass sie kontinuierlich Strom verbrauchen und damit das Netz nutzen, von den Kosten der Netznutzung freizustellen. Ob es bei diesem Nutzungsverhalten auch zu einer erheblichen Abweichung des individuellen Höchstlastbeitrags von der zeitgleichen Jahreshöchstlast kommen kann, wie der Verordnungsgeber bei dem Regelbeispiel des § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV a. F. unterstellt hatte, kann offen bleiben (zweifelhaft insoweit: Britz/Herrmann, IR 2005, 98 ff.). Eine solche netzstabilisierende Wirkung kann - wie ausgeführt - nur zu einer verhältnismäßigen Reduzierung, nicht aber zu einer vollständigen Befreiung von den Netzkosten führen. Eine vollständige Befreiung lässt sich gerade bei den gewählten Schwellenwerten nicht mit dem System und der gewählten Methode der Entgeltbestimmung vereinbaren. Sie ist nicht sachgerecht und systemwidrig, weil sie impliziert, dass durch diese intensive Netznutzung keine Netzkosten verursacht würden.
Die an die Befreiung geknüpften Schwellenwerte sprechen vielmehr dafür, dass der Gesetzgeber - ähnlich wie in den Regelungen des § 9 Abs. 7 KWKG und des § 41 EEG - die Unternehmen der Papier-, Zement-, der Metall erzeugenden und der chemischen Industrie durch eine Härtefallregelung privilegieren wollte, um sie vor einer strompreisbedingten Abwanderung in das Ausland zu bewahren (s. a. Begründung zu § 9 Abs. 7 KWKG in BT-Drs. 14/7024, S. 14).
Eine derartige Privilegierung aus wirtschaftspolitischen Gründen ist indessen von der

Verordnungsermächtigung, die allein die Bestimmung der Entgelte, also das „wie" betrifft, nicht erfasst.
2.3.Die Nichtigkeit der Verordnungsänderung erfasst diese in vollem Umfang und hat daher zur Folge, dass die Festlegung, die den in der Änderung vorgesehenen Ausgleichsmechanismus weiter umsetzen soll, ebenfalls vollumfänglich aufzuheben ist.
Eine Teilnichtigkeit der Verordnung mit einer „geltungserhaltenden" Reduktion im Übrigen, also beschränkt auf den bundesweiten Ausgleich der Erlösausfälle durch individuelle Netzentgelte nach § 19 Abs. 2 Satz 1 StromNEV, kommt nicht in Betracht. Nach den in § 139 BGB und § 44 Abs. 4 VwVfG niedergelegten Rechtsgrundsätzen kann ein Rechtsakt nur (dann) teilweise unwirksam sein, wenn die Unwirksamkeitsgründe einen abgrenzbaren Teil erfassen und zudem feststeht, dass der übrige Rechtsakt gegebenenfalls auch ohne diesen Teil erlassen worden wäre (BVerwG, Beschluss vom 11. Juli 2002 - 3 B 84.02 -, Rdnr. 3, zitiert nach juris).
Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Der - bundesweite - Ausgleich der Erlösausfälle, die durch Befreiung und individuelle Netzentgelte dem Netzbetreiber entstehen, stellt keinen eigenen abgrenzbaren Teil der Änderung dar, der auch ohne die Befreiung stromintensiver Netznutzer geregelt worden wäre. Die Änderung zielte ganz ersichtlich darauf ab, stromintensive Netznutzer künftig nicht nur in den Genuss eines individuellen Netzentgelts kommen zu lassen, sondern ihnen die Möglichkeit einer weitergehenden Privilegierung, die vollständige Befreiung von den Netzentgelten, einzuräumen. Mit Blick darauf, dass es unbillig wäre, die übrigen Netznutzer je nach Belegenheit des Netzes und Zahl der stromintensiven Netznutzer in unterschiedlicher Höhe mit den daraus resultierenden Folgen zu belasten, sah der Gesetzgeber die Notwendigkeit, die - nicht unerheblichen - Erlösausfälle gleichmäßig auf alle (übrigen) Letztverbraucher umzulegen. Aus der Verordnungsbegründung geht- wie auch die Bundesnetzagentur erkennt - klar und eindeutig hervor, dass der Gesetzgeber hierzu nur Anlass sah, damit „örtliche Gegebenheiten für die Frage der Befreiung von den Netzentgelten nach § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV keine Rolle spielen" und er von daher den bundesweiten Ausgleich „zur Vermeidung überproportionaler regionaler Belastungen" installiert hat (BT-Drs. 17/6365 (S. 34)). Damit wollte er auch dem Umstand Rechnung tragen, dass die Genehmigung eines individuellen Netzentgelts nach § 19 Abs. 2 Satz 8 StromNEV a. F. nur erfolgen konnte, wenn „die Netzentgelte aller übrigen Netznutzer dieser und aller nachgelagerten Netz- und Umspannebenen sich dadurch nicht wesentlich erhöhen".
Ungeachtet dessen aber gilt für die vom Gesetzgeber vorgenommene Änderung ohnehin, dass - wie schon ausgeführt - der erforderliche sachliche Zusammenhang mit den weiteren gesetzgeberischen Maßnahmen fehlt, der indessen erforderlich ist, wenn der Gesetzgeber von einer delegierten Verordnungsermächtigung Gebrauch machen will. Dies betrifft auch die den Umlagemechanismus betreffende Änderung der maßgeblichen Vorschriften.
III.
Der Feststellungsantrag der Betroffenen hat jedoch keinen Erfolg. Der Antrag ist unzulässig.
Die Betroffene begehrt die Feststellung, dass sie nicht aus § 19 Abs. 2 S. 6 StromNEV verpflichtet ist, den nachgelagerten Verteilernetzbetreibern etwaige im Kalenderjahr 2011 entgangene Erlöse aus Netzentgeltbefreiungen ohne gleichzeitige Implementierung einer der § 19-StromNEV-Umlage entsprechenden Regelung zu erstatten.
Der Antrag ist vorliegend schon deswegen unzulässig, weil er ausweislich der Beschwerdebegründung vom Eintritt verschiedener Bedingungen abhängig gemacht

worden ist. So führt die Betroffene aus, ein Rechtsschutzbedürfnis bestehe für den Fall, dass das Gericht eine Netzentgeltbefreiung rückwirkend zum 01.01.2011 als rechtmäßig erachte und Verteilernetzbetreiber, die insbesondere die Tenorziffer 10 der Festlegung in eigenen Beschwerdeverfahren angefochten hätten, mit ihrem Begehren durchdrängen. Der Senat hält eine rückwirkende Netzentgeltbefreiung nicht für rechtmäßig (vgl. Senat, Beschluss vom 14.11.2012, VI-3 Kart 14/12 (V), S. 18ff BA; Beschluss vom 12.12.2012, VI-3 Kart 46/12 (V), S.8ff BA), so dass es schon an dem Eintritt der ersten Bedingung fehlt. Unabhängig davon kann die Betroffene eine Entscheidung über ihren Feststellungsantrag aber mit Blick auf die weitere Bedingung auch nicht von Umständen abhängig machen, die außerhalb des von ihr geführten Beschwerdeverfahrens liegen. Anträge sowie alle Erklärungen, welche die Einleitung oder den Ablauf eines behördlichen oder gerichtlichen Verfahrens beeinflussen sollen, dürfen nicht mit einer Bedingung versehen werden. Dies ergibt sich aus einem allgemein anerkannten, aus der Ordnungsfunktion des Prozessrechts und der Notwendigkeit der Rechtssicherheit im Prozess abgeleiteten Grundsatz (vgl. BVerwG, Urteil vom 29.05.1980, 5 C 65/78, juris Rdnr. 14; BVerwG NVwZ 1989, 476; Schmitz in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 7. Aufl., Rdnr. 76f. zu § 22). Der Erfolg anderer Beschwerdeführer in deren Beschwerdeverfahren stellt indessen eine unzulässige außerprozessuale Bedingung dar.
Darüber hinaus kommt eine isolierte Aufhebung der Tenorziffer 10 der streitgegenständlichen Festlegung ohnehin nicht in Betracht. Wie unter Ziffer III. festgestellt, ist die der Festlegung zugrunde liegende Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV nichtig. Damit ist nicht nur der Befreiung, sondern auch dem Erstattungsanspruch nach § 19 Abs. 2 Satz 6 StromNEV und der Festlegung zur Kompensation der Erlösausfälle und damit dem gesamten Umlagemechanismus die Grundlage entzogen.
IV.
Der Hilfsantrag der beteiligten Übertragungsnetzbetreiberin B. ist ebenfalls unzulässig.
1. Sie begehrt die (allgemeine) Feststellung, dass sie nicht aus § 19 Abs. 2 Satz 6 StromNEV dazu verpflichtet ist, entgangene Erlöse, die aus individuellen Netzentgelten nach § 19 Abs. 2 Satz 1 StromNEV und Befreiungen von Netzentgelten nach § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV auf Grundlage von Genehmigungen nach § 19 Abs. 2 Satz 3 StromNEV resultieren, nachgelagerten Betreibern von Elektrizitätsverteilernetzen zu erstatten.
Für eine solche allgemeine, abstrakte Feststellung ist in dem Beschwerdeverfahren der Betroffenen indessen aus verschiedenen Gründen kein Raum. Allerdings ist ein Feststellungsantrag nach der Rechtsprechung des Kartellsenats des Bundesgerichtshofs im energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungsverfahren grundsätzlich statthaft, soweit im Einzelfall ein dem Art. 19 Abs. 4 GG genügender lückenloser Rechtsschutz nur im Wege eines gerichtlichen Feststellungsstreits in Betracht kommt. Dabei sind für die Beurteilung der Zulässigkeit eines solchen Feststellungsantrags die Vorschriften der Verwaltungsgerichtsordnung und ihre Ausgestaltung durch die Rechtsprechung entsprechend heranzuziehen (BGH, Kartellsenat, Beschluss vom 14.08.2008 - „Rheinhessische Energie" -, Rdnr. 80 f.). Entsprechend § 43 Abs. 1 VwGO könnte daher die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses oder der Nichtigkeit eines Verwaltungsakts begehrt werden, wenn der Kläger ein berechtigtes Interesse an der baldigen Feststellung hat.
Daran und an der Beschränkung des Gegenstands des Beschwerdeverfahrens auf den Aufhebungsanspruch der Betroffenen scheitern die Feststellungsanträge der beteiligten Übertragungsnetzbetreiber indessen. Dabei kann es dahinstehen, ob die beteiligte

Übertragungsnetzbetreiberin als notwendig Beteiligte des Beschwerdeverfahrens anzusehen ist. Selbst dann ist ihr Antragsrecht nach § 66 Satz 2 VwGO, der in energieverwaltungsrechtlichen Verfahren entsprechende Anwendung findet, durch den Rahmen des vom Beschwerdeführer bestimmten Streitgegenstands beschränkt (Hanebeck in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2. A., Rdnr. 6 zu § 79; Bracher in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Rdnr. 12 zu § 67; Schmidt in: Eyermann, VwGO, 13. Aufl., Rdnr. 10 zu § 66; a. A.: Kopp/Schenke, VwGO, 18. Aufl., Rdnr. 6 zu § 66; Bier in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 24. Erg.lieferung 2012, Rdnr. 6 zu § 66; VG Koblenz NVwZ 1992, 295, 296; offen gelassen BVerwG, Beschluss vom 31.05.2010, 3 B 29/10, BeckRS 2010, 52459, Rdnr. 10f.). Als Dritte in einem Verfahren zwischen anderen Hauptbeteiligten kann sie schon nicht über den Verfahrensgegenstand dieses Beschwerdeverfahrens disponieren und den so gesteckten Rahmen überschreiten, indem sie einen eigenen weitergehenden Anspruch, der die Frage ihrer in § 19 Abs. 2 Satz 6 StromNEV normierten Verpflichtung gegenüber allen nachgelagerten Verteilernetzbetreibern betrifft, zum Gegenstand des Beschwerdeverfahrens zwischen der Betroffenen und der Bundesnetzagentur machen.
2. Gegenstand energiewirtschaftlicher Beschwerdeverfahren sind Verwaltungsakte und schlichte Verwaltungshandlungen der Regulierungsbehörden und damit der administrative Vollzug von gesetzlichen und verordnungsrechtlichen Normen (Hanebeck in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2. A., Rdnr. 3 ff. zu § 75; vgl. zu § 63 GWB nur: Langen/Buntein: Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bd. 1, 11. A., Rdnr. 4 zu § 63). Vorliegend ist der Verfahrensgegenstand dementsprechend auf den Anspruch der Betroffenen beschränkt, der auf Verpflichtung der Bundesnetzagentur zur Korrektur der Festlegung und hilfsweise auf Aufhebung der Festlegung gerichtet ist. Im Rahmen des hilfsweisen Aufhebungsbegehrens erfolgt lediglich eine Inzidentkontrolle der zugrunde liegenden Verordnungsänderung. Insoweit unterscheidet sich die Zielsetzung dieses auf Einzelrechtsschutz im Rahmen des Verwaltungsvollzugs gerichteten Beschwerdeverfahrens von einem abstrakten Normenkontrollverfahren, das eine Vielzahl von Klagen in einem Verfahren bündelt und die Norm selbst zum Gegenstand hat, das jedoch vorliegend nicht zur Verfügung steht. Mit einem solchen Verfahren könnte durch eine allgemeinverbindliche Feststellung der Unwirksamkeit die auch von den beteiligten Übertragungsnetzbetreibern angeführte mögliche Rechtsunsicherheit durch abweichende Inzidententscheidungen vermieden und so auch die Gerichtsbarkeit entlastet werden. Neben einer solchen - hier nicht eröffneten - abstrakten Normenkontrolle kann allenfalls noch eine auf Erlass oder Änderung einer Rechtsverordnung gerichtete Feststellungsklage gegen den Normgeber in Betracht kommen (BVerfGE 115, 81 ff. - „Kulturpflanzenanbau" -, Rdnr. 50ff., zit. nach juris; BVerwGE 136, 54 ff, Rdnr. 28 ff., zit. nach juris).
3. Das Feststellungsbegehren der beteiligten Übertragungsnetzbetreiberin B. ist nicht auf ein konkretes Rechtsverhältnis im Rahmen dieses Beschwerdeverfahrens beschränkt, denn es geht ihr nicht um die Klärung eines solchen, sondern um die abstrakte Rechtsfrage ihrer Verpflichtung aus § 19 Abs. 2 Satz 6 StromNEV und damit seiner weiteren Anwendbarkeit. Da sie nach dieser Norm allen nachgelagerten Verteilernetzbetreibern verpflichtet ist, die aus individuellen Netzentgelten und Befreiungen resultierenden Erlösausfälle zu erstatten, läuft ihr Feststellungsbegehren darauf hinaus, dass die Nichtigkeit dieser normierten Verpflichtung für alle Fälle ihrer Inanspruchnahme von Seiten der Verteilernetzbetreiber festgestellt wird. Die begehrte Feststellung betrifft daher nicht das durch das konkrete Beschwerdeverfahren individualisierte und damit allenfalls feststellungsfähige Rechtsverhältnis, sondern die mehr oder weniger abstrakte Rechtsfrage der Nichtigkeit (auch) des § 19 Abs. 2 Satz 6 StromNEV.

C. 1. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 Satz 1 EnWG. Da die Beschwerde insoweit Erfolg hat, als die Festlegung insgesamt aufgehoben wird, entspricht es der Billigkeit, dass die Bundesnetzagentur die Gerichtskosten zu tragen und der Betroffenen die entstandenen notwendigen Auslagen zu erstatten hat. Gründe dafür, eine Erstattung der außergerichtlichen Auslagen der übrigen Beteiligten anzuordnen, sind nicht ersichtlich.
2. Die Festsetzung des Gegenstandswerts für das Beschwerdeverfahren folgt aus § 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO. Das mit der Beschwerde verbundene Interesse der Betroffenen an der Aufhebung der angegriffenen Festlegung bemisst der Senat seiner Praxis in vergleichbaren Fällen entsprechend auf 50.000 €.
D. Der Senat hat die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof gegen diese Entscheidung zugelassen, weil die streitgegenständliche Frage grundsätzliche Bedeutung im Sinne des § 86 Abs. 2 Nr. 1 EnWG hat und die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs entsprechend § 86 Abs. 2 Nr. 2 EnWG erfordert.
Rechtsmittelbelehrung:
Die Rechtsbeschwerde kann nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung auf einer Verletzung des Rechts beruht (§§ 546, 547 ZPO). Sie ist binnen einer Frist von einem Monat schriftlich bei dem Oberlandesgericht Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen. Die Frist beginnt mit der Zustellung dieser Beschwerdeentscheidung. Die Rechtsbeschwerde ist durch einen bei dem Beschwerdegericht oder Rechtsbeschwerdegericht (Bundesgerichtshof) einzureichenden Schriftsatz binnen eines Monats zu begründen. Die Frist beginnt mit der Einlegung der Beschwerde und kann auf Antrag von dem oder der Vorsitzenden des Rechtsbeschwerdegerichts verlängert werden. Die Begründung der Rechtsbeschwerde muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird. Rechtsbeschwerdeschrift und -begründung müssen durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Für die Regulierungsbehörde besteht kein Anwaltszwang; sie kann sich im Rechtsbeschwerdeverfahren durch ein Mitglied der Behörde vertreten lassen (§§ 88 Abs. 4 S. 2, 80 S. 2 EnWG).
In einem Fall, in dem aufgrund vorliegender Verbrauchsdaten offensichtlich ist, dass der Höchstlastbeitrag des Netzkunden vorhersehbar erheblich von den Preisfindungsgrundsätzen nach dieser Vereinbarung (Anlagen 3 und 4) abweicht, soll zwischen Netzbetreiber und Netznutzer vor Lieferung ein Netznutzungsentgelt vereinbart werden, das die besonderen Verhältnisse angemessen berücksichtigt. Tritt diese Abweichung wider Erwarten nicht ein, erfolgt rückwirkend eine Abrechnung auf Basis der Preisfindungsgrundsätze (Anlagen 3 und 4).
Begründung: „Der Zubau weiterer Pumpspeicherkraftwerke und anderer Anlagen zur Speicherung elektrischer Energie ist im Hinblick auf die zunehmende Windenergieeinspeisung, verbunden mit der derzeitigen konjunkturell bedingten Minderabnahme, als kurzfristig wünschenswert einzustufen. Pumpspeicherkraftwerke nehmen in Schwachlastzeiten Strom auf."
Zitiervorschlag:
OLG Düsseldorf Beschl. v. 6.3.2013 – VI-3 Kart 57/12 (V), BeckRS 2013, 14891

BeckRS 2013, 12642

OLG Düsseldorf (3. Kartellsenat), Beschluss vom 06.03.2013 - VI-3 Kart 49/12 (V)

Titel:

Beschwerde, Übertragungsnetzbetreiber, Elektrizitätsversorgungsnetz, Umlage, Netzentgelt, Netzkosten, Netznutzungsentgelt

Normenketten:

EnWG § 3 Nr. 2

StromNEV. § 19 II 2

Rechtsgebiete:

Sonstiges Bürgerliches Recht, Kartellrecht, EG-Kartellrecht, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Sonstiges besonderes Verwaltungsrecht

Schlagworte:

Beschwerde, Übertragungsnetzbetreiber, Elektrizitätsversorgungsnetz, Umlage, Netzentgelt, Netzkosten, Netznutzungsentgelt

nachfolgend:

BGH, Beschluss vom 22.08.2016 - EnVR 26/13 (rechtskräftig)

ECLI:

ECLI:DE:OLGD:2013:0306.VI3KART49.12V.00

Rechtskraft:

nicht rechtskräftig

KI-generierte Zusammenfassung:

Der 3. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf hat die Festlegung der Bundesnetzagentur vom 14. Dezember 2011 zur § 19 StromNEV-Umlage aufgehoben, da die zugrunde liegende Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV nichtig ist.

Die Bundesnetzagentur hatte einen Umlagemechanismus festgelegt, der die Befreiung stromintensiver Unternehmen von Netzentgelten und den Ausgleich der dadurch entgangenen Erlöse regeln sollte. Der Senat stellte fest, dass die Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV die Grenzen der Verordnungsermächtigung überschreitet und gegen höherrangiges Recht verstößt. Insbesondere sei die vollständige Befreiung von Netzentgelten nicht durch die Ermächtigungsgrundlage gedeckt und widerspreche den Grundsätzen der Verursachungsgerechtigkeit und der Diskriminierungsfreiheit. Da die Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV nichtig ist, fehlt der Festlegung der Bundesnetzagentur die rechtliche Grundlage, weshalb sie insgesamt aufzuheben war.

Spruchkörper: 3. Kartellsenat

Auf die Beschwerde der Betroffenen wird die Festlegung der Beschlusskammer 8 der Bundesnetzagentur vom 14. Dezember 2011 - BK 8-11/024 - aufgehoben. Die weitergehende Beschwerde wird zurückgewiesen.

Die Bundesnetzagentur trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen der Betroffenen. Die übrigen Beteiligten tragen ihre Auslagen selbst.

Der Beschwerdewert wird auf € 50.000 festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe:

A. Die Antragstellerin ist Übertragungsnetzbetreiberin im Sinne von § 3 Nr. 10 EnWG. An ihr Stromnetz sind neben Verteilernetzbetreibern insbesondere auch

letztverbrauchende Unternehmen angeschlossen, die aufgrund ihres hohen Strombedarfs Elektrizität unmittelbar aus der Höchst- oder Hochspannungsebene beziehen.

...

Mit ihrer Beschwerde wendet die Betroffene sich gegen die Festlegung der Beschlusskammer 8 der Bundesnetzagentur vom 14.12.2011, mit der diese gegenüber allen Betreibern von Elektrizitätsversorgungsnetzen gemäß § 3 Nr. 2 EnWG Einzelheiten der „§ 19 StromNEV-Umlage in Abweichung von § 17 Abs. 8 StromNEV" festgelegt hat. Der Beschluss wurde am 21.12.2011 im Amtsblatt der Bundesnetzagentur veröffentlicht. Die Betroffene war am Verwaltungsverfahren nicht förmlich beteiligt.

Hintergrund für die Festlegung der Umlage ist die mit Wirkung vom 4. August 2011 in Kraft getretene Änderung des § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV. § 19 Abs. 2 Satz 1 StromNEV sieht vor, dass für atypisches Nutzungsverhalten in Abweichung von § 16 StromNEV individuelle Netzentgelte vereinbart werden können. Nach § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV a. F. war ein individuelles Entgelt außerdem dann anzubieten, wenn die Stromabnahme aus dem Netz der allgemeinen Versorgung für den eigenen Verbrauch an einer Abnahmestelle die Benutzungsstundenzahl von jährlich mindestens 7.000 Stunden erreicht und der Stromverbrauch an dieser Abnahmestelle jährlich 10 Gigawattstunden übersteigt; das zu bildende individuelle Entgelt hatte den Beitrag des Letztverbrauchers zu einer Senkung oder Vermeidung der Erhöhung der Netzkosten dieser und aller vorgelagerten Netzebenen widerzuspiegeln. Es durfte nicht weniger als 20% des veröffentlichten Netzentgelts betragen und sollte nur genehmigt werden, wenn sich die Netzentgelte aller übrigen Nutzer dieser und aller nachgelagerten Netz- und Umspannebenen dadurch nicht wesentlich erhöhen. Nach der Neufassung des Satz 2 sollen Netznutzer grundsätzlich von den Netzentgelten befreit werden, wenn sie die Schwellenwerte einer Benutzungsstundenzahl von 7.000 Stunden und eines Stromverbrauchs von 10 Gigawattstunden an einer Abnahmestelle überschreiten. Die Vereinbarung eines individuellen Netzentgelts nach Satz 1 wie auch die Befreiung nach Satz 2 bedürfen der Genehmigung der Regulierungsbehörde. Mit der Befreiung werden im Wesentlichen Unternehmen großer Industriezweige begünstigt. Für das Jahr 2011 sind - so die Beigeladene zu …) - bislang … Anträge stromintensiver Unternehmen zu verzeichnen, wobei die Genehmigungen mit Wirkung ab dem 1. Januar 2011 erteilt worden sind.

Durch die Netzentgeltbefreiungen bzw. Netzentgeltermäßigungen gemäß § 19 Abs. 2 Satz 1, 2 StromNEV entstehen den Verteilernetzbetreibern Erlösausfälle. Insoweit sieht die Neufassung des § 19 Abs. 2 StromNEV in Satz 6 vor, dass die Betreiber von Übertragungsnetzen verpflichtet sind, den nachgelagerten Verteilernetzbetreibern die entgangenen Erlöse zu erstatten. Diese Zahlungen sowie eigene entgangene Erlöse durch Befreiungen bzw. Ermäßigungen von den Netzentgelten nach Satz 1 und 2 sind nach § 19 Abs. 2 Satz 7 StromNEV über eine finanzielle horizontale Verrechnung unter den Übertragungsnetzbetreibern auszugleichen; § 9 des KWKG findet entsprechende Anwendung.

Durch die angegriffene Festlegung vom 14.12.2011 hat die Bundesnetzagentur einen Umlagemechanismus entsprechend den Vorgaben der Absätze 4 bis 7 des § 9 KWKG näher ausgestaltet. Danach sind die Netzbetreiber u. a. verpflichtet, von allen Netzverbrauchern bzw. Lieferanten eine Umlage zu erheben und an den jeweiligen Übertragungsnetzbetreiber ihrer Regelzone weiterzuleiten. Die Höhe der Umlage

sollen die Netzbetreiber auf dem Preisblatt sowie auf ihrer jeweiligen Internetseite veröffentlichen. Für das Jahr 2012 haben die Übertragungsnetzbetreiber nach Ziffer 2 des Festlegungstenors zur Bestimmung der § 19-Umlage ein Umlagevolumen von … € in Ansatz zu bringen. Nach Ziffer 7 des Festlegungstenors haben die Netzbetreiber die Prognose der entgangenen Erlöse (gemäß elektronischem Erhebungsbogen „Mitteilungspflichten der Stromnetzbetreiber gemäß § 28 Nr. 3 und Nr. 4 ARegV", hier C2-Blatt) den Übertragungsnetzbetreibern zur Verfügung zu stellen. Nach Ziffer 10 des Festlegungstenors sind die Vorgaben aus der Festlegung ab dem 01.01.2012 umzusetzen. Entgangene Erlöse aus dem Kalenderjahr 2011 werden - so die Festlegung weiter - nicht vom Umlagemechanismus erfasst, Mindererlöse nach § 19 Abs. 2 StromNEV für das Jahr 2011 können Verteilernetzbetreiber gegenüber den Übertragungsnetzbetreibern nicht geltend machen; für Verteiler- bzw. Übertragungsnetzbetreiber werden diese Sachverhalte entsprechend § 5 ARegV im Regulierungskonto berücksichtigt. Sog. insolvenzbedingte Erlösausfälle, die dadurch entstehen, dass ein zunächst befreiter Letztverbraucher aufgrund der Nichterfüllung der Voraussetzungen nach § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV rückwirkend zur Zahlung von Netznutzungsentgelten verpflichtet ist, insolvenzbedingt dazu jedoch nicht in der Lage ist, sind nach der Festlegung nicht in die § 19 StromNEV-Umlage einzustellen (Punkt 5.1der Gründe, S. 20). Unter Punkt 5.2. der Begründung (Seite 21) führt die Bundesnetzagentur aus, dass Betreiber von geschlossenen Verteilernetzen wegen des Verweises von § 19 Abs. 2 StromNEV auf § 9 KWKG, welcher über § 3 Abs. 9 KWKG auf die allgemeinen Versorgungsnetze abstelle, keine entgangenen Erlöse bei den Übertragungsnetzbetreibern geltend machen können. Allenfalls könnte eine Residualstrommenge in die § 19-Umlage aufgenommen werden, sofern die Voraussetzungen des § 19 StromNEV erfüllt seien und eine Genehmigung hierfür vorliege. Die innerhalb geschlossener Verteilernetze erzeugten Strommengen unterfielen dem System der § 19-Umlage jedoch nicht.
Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den angegriffenen Beschluss Bezug genommen.
Weder der Verordnungswortlaut noch die darauf beruhende Festlegung wurden bei der Europäischen Kommission notifiziert.
In den Netzgebieten der Betroffenen sind - ihrem Vorbringen zufolge - rückwirkend zum 01.01.2011 insgesamt ... unmittelbar an das Netz der Betroffenen angeschlossene stromintensive Unternehmen bzw. Abnahmestellen durch Genehmigung der Bundesnetzagentur gemäß § 19 Abs. 2 Satz 3 StromNEV von der Zahlung von Netznutzungsentgelten befreit worden, darunter auch die … Die gesamten Entgeltbefreiungen im Kalenderjahr 2012 summieren sich nach einer tabellarischen Übersicht der Betroffenen auf voraussichtlich … Gigawattstunden bzw. auf Erlösausfälle in Höhe von … Wegen der Einzelheiten wird auf die Anlage BF 6 Bezug genommen.
Mit ihrer form- und fristgerecht Beschwerde wendet sich die Betroffene gegen die Festlegung, wobei sie vorrangig nicht die vollständige Aufhebung der Festlegung anstrebt, sondern im Wege der Neubescheidungsbeschwerde eine Korrektur. Im Senatstermin hat der Verfahrensbevollmächtigte der Betroffenen darauf hingewiesen, dass der Neubescheidungsantrag der Betroffenen inzidenter einen Aufhebungsantrag als minus enthalte.
Nachdem die Anschlussnehmerin der Betroffenen, die …, am … die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens in Eigenverwaltung beantragt hatte, hat die Betroffene ferner den

Erlass einer einstweiligen Anordnung begehrt. Das vor dem Senat unter dem Aktenzeichen VI-3 Kart ... (V) geführte Verfahren endete mit einem Vergleich, in dem die Parteien vereinbarten, dass die durch eine Insolvenz … bedingten möglichen Ausfälle bei den Netznutzungsentgelten in den Umlagewälzungsmechanismus eingestellt werden, wobei diese Regelung vorläufig bis zur Entscheidung in dieser Hauptsache gilt. Wegen der Einzelheiten wird auf das Sitzungsprotokoll vom 23.03.2012 (Anlage BF 9) Bezug genommen.
Beim Senat sind weitere gegen die Festlegung gerichtete Beschwerdeverfahren von Verteilernetzbetreibern, Lieferanten und Übertragungsnetzbetreibern anhängig. Mit Beschlüssen vom 14.11.2012 (VI-3 Kart 65/12 (V), VI-3 Kart 14/12 (V)) hat der Senat die Anträge zweier Netzbetreiber, die aufschiebende Wirkung der Beschwerden hinsichtlich Ziffer 10 der Festlegung anzuordnen, zurückgewiesen und im Rahmen dessen auf erhebliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der der Festlegung zugrunde liegenden Verordnungsänderung hingewiesen. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Gründe der Entscheidungen Bezug genommen.
Mit ihrer Beschwerde macht die Betroffene geltend:
Die Festlegung verstoße gegen höherrangiges Recht, indem sie die Wälzung insolvenzbedingter Erlösausfälle über die StromNEV-Umlage ausschließe. Der Anspruch auf Wälzung insolvenzbedingter Erlösausfälle ergebe sich aus Wortlaut, Systematik sowie Sinn und Zweck des § 19 Abs. 2 S. 6 und S. 7 StromNEV. Das Risiko insolvenzbedingter Erlösausfälle beziffere sich bei ihr voraussichtlich im Kalenderjahr 2012 allein auf insgesamt … und damit auf … der gesamten § 19 StromNEV-Umlage für das Kalenderjahr 2012 (…€).
Die angegriffene Festlegung zwinge sie zu einer zinslosen Zwischenfinanzierung, da die Bundesnetzagentur in der angegriffenen Festlegung für die Bestimmung der Umlage im Jahr 2012 ein Volumen von … € angesetzt habe, der erwartete Umfang der tatsächlich anfallenden Mindererlöse jedoch wesentlich höher liegen werde, nämlich nach Erhebungen der Übertagungsnetzbetreiber insgesamt … €, davon … in ihrem Bereich. Dadurch müsse sie einen Fehlbetrag von rund … zinslos vorfinanzieren, wodurch ihr Zinsverluste in beträchtlicher Höhe entstünden. Deren Nichterfassung durch den Wälzungsmechanismus sei rechtswidrig.
Die Rechtswidrigkeit der Festlegung ergebe sich auch daraus, dass die Bundesnetzagentur gegen ihre Begründungspflicht gemäß § 73 Abs. 1 S. 1 EnWG verstoßen habe. Sie habe nicht dargelegt, auf welche Art und Weise und unter Zugrundelegung welcher Daten sie das Gesamtvolumen von … € ermittelt habe. Damit fehle es an der verfassungsrechtlich gebotenen Transparenz der regulierungsbehördlichen Entscheidung.
Die Festlegung sei hinsichtlich der Regelung zur Einbeziehung bzw. Nichteinbeziehung der geschlossenen Verteilernetzbetreiber und den sich daraus ergebenden Folgen nicht eindeutig und daher auch insoweit rechtswidrig. Dies führe zu einer unzumutbare Rechtsunsicherheit für sie. Wortlaut und Systematik des § 19 Abs. 2 S. 6 und 7 StromNEV sowie Sinn und Zweck des § 19 Abs. 2 StromNEV sprächen allerdings eher für eine Einbeziehung auch geschlossener Verteilernetze. Schließlich leide die Festlegung hinsichtlich der Regelung zur Aufnahmefähigkeit von „Residualstrommengen" in die Umlage an fehlender Bestimmtheit, weshalb für sie nicht erkennbar sei, welchen Pflichten sie diesbezüglich durch die Festlegung unterliege.
Gemäß Ziffer 7 der angegriffenen Festlegung dürften die Netzbetreiber nur solche

entgangenen Erlöse aus Entgeltbefreiungen nach § 19 Abs. 2 StromNEV in die Umlage einstellen, die ausschließlich über den Erhebungsbogen „Mitteilungspflichten der Stromnetzbetreiber gemäß § 28 Nr. 3 und Nr. 4 ARegV" bzw. das Tabellenblatt C2 erfasst und übermittelt werden könnten. Das Tabellenblatt C2 des elektronischen Erhebungsbogens sei jedoch insoweit rechtswidrig, als hiermit nicht auch solche Erlösausfälle in die StromNEV-Umlage eingetragen werden könnten, die der Netzbetreiber dadurch erleide, dass stromintensive Letztverbraucher in gängiger Praxis der Beschlusskammer 4 der Bundesnetzagentur gemäß § 19 Abs. 2 StromNEV von der Zahlung von Entgelt für singulär genutzte Betriebsmittel i. S.v. § 19 Abs. 3 StromNEV befreit würden. Im Kalenderjahr 2011 seien insgesamt vier und seit dem 01.01.2012 insgesamt fünf unmittelbar an ihr Netz angeschlossene stromintensive Unternehmen bzw. Abnahmestellen durch Genehmigung der Bundesnetzagentur gemäß § 19 Abs. 2 S. 3 StromNEV von der Zahlung von Entgelten für singulär genutzte Betriebsmittel befreit. Die Erlösausfälle summierten sich auf … für das Jahr 2012. Sie verfolge mit der Beschwerde in diesem Punkt nur das Ziel, die Bundesnetzagentur zu verpflichten, den Mangel des elektronischen Erhebungsbogens zu beseitigen.
Soweit der Senat an seiner im Eilverfahren geäußerten Rechtsauffassung festhalte und die streitgegenständliche Festlegung insgesamt aufhebe, sei es ihr weiteres Begehren sicherzustellen, dass eine derartige Aufhebung der Festlegung und Feststellung der Nichtigkeit ihrer Ermächtigungsgrundlage im Falle ihrer Rechtskraft einheitlich gegenüber allen an dem Wälzungsmechanismus Beteiligten Bindungswirkung entfalte. Wenn die (rechtskräftige) Aufhebung der Festlegung - entgegen ihrer Auffassung - nicht mit inter-omnes-Wirkung erfolge, wirke sie jedenfalls gemäß § 121 VwGO gegenüber allen Verfahrensbeteiligten und damit gegenüber allen Betreibern von Elektrizitätsversorgungsnetzen. Im Falle der Aufhebung der Festlegung durch den Senat würde zunächst unmittelbar die Verordnung gelten, deren Konkretisierung die Festlegung diene. Die Erstattungspflicht gelte dann gegenüber einer Vielzahl der am Verfahren beteiligten Verteilernetzbetreiber und löse im Übrigen auch den Ausgleichsmechanismus der Übertragungsnetzbetreiber untereinander aus. Zudem begründe die Erstattungspflicht auch ein Rechtsverhältnis zur Bundesnetzagentur, die zur Durchsetzung dieser Pflicht ihr gegenüber befugt sei (§§ 30, 65 EnWG). Soweit der Senat die Aufhebung der Festlegung mit der Nichtigkeit des § 19 Abs. 2 StromNEV begründe, sei angesichts ausufernder und einzelfallbezogener Judikatur nicht eindeutig, ob diese Feststellung auch von der Bindungswirkung der materiellen Rechtskraft umfasst wäre. Sie habe daher im Falle einer Aufhebung der Festlegung durch den Senat ein schutzwürdiges Interesse an der Feststellung, dass sie auch nicht unmittelbar aus § 19 Abs. 2 S. 6 StromNEV zur Erstattung entgangener Erlöse verpflichtet sei.
Die Betroffene beantragt,
den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 14.12.2011 (Az. BK 8-11-024) aufzuheben und die Bundesnetzagentur zu verpflichten, über die Festlegung der § 19 StromNEV-Umlage in Abweichung von § 17 Abs. 8 StromNEV unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden.
hilfsweise - für den Fall, dass das Gericht dem Bescheidungsantrag zu Ziffer 1 nicht stattgibt und den Beschluss vom 14.12.2011 (BK8-11-024) aufhebt -, festzustellen, dass sie nicht aus § 19 Abs. 2 Satz 6 StromNEV dazu verpflichtet sei, entgangene Erlöse, die aus individuellen Netzentgelten nach § 19 Abs. 2 Satz 1 StromNEV und

Befreiungen von Netzentgelten nach § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV auf Grundlage von Genehmigungen nach § 19 Abs. 2 Satz 3 StromNEV resultieren, nachgelagerten Betreibern von Elektrizitätsverteilernetzen zu erstatten.
Die Bundesnetzagentur beantragt,
die Beschwerde zurückzuweisen.
Sie verteidigt die angegriffene Festlegung unter Wiederholung und Vertiefung ihrer Gründe.
Sie greift die vom Senat geäußerten Bedenken an der Rechtmäßigkeit der Verordnungsänderung auf und trägt dazu vor: Die Regelung sei rechtmäßig, denn der Verordnungsgeber habe weder die Grenzen der Verordnungsermächtigung überschritten noch habe er gegen die Grundsätze des § 21 EnWG verstoßen.
Die Regelungen des § 19 Abs. 2 S. 2 und S. 3 StromNEV seien auch nach dessen Änderung im August 2011 von der Verordnungsermächtigung in § 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 EnWG gedeckt. Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG verlange, dass eine Verordnungsermächtigung Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung bestimme. Damit werde nicht vorgeschrieben, dass auch die Einzelheiten der durch eine Rechtsverordnung zu treffenden Regelung in die Ermächtigungsnorm aufzunehmen sind. Gerade in vielschichtigen und komplexen Bereichen des Wirtschaftsverwaltungsrechts, zu denen die Energieregulierung zähle, seien geringere Anforderungen an eine hinreichende Bestimmtheit der Ermächtigungen zu stellen. Im Übrigen sei dem Verordnungsgeber gerade im Regulierungsrecht ein Gestaltungsspielraum zuzugestehen. Daher seien bei solchen vielschichtigen Sachverhalten flexiblere und weniger strenge Anforderungen an die Bestimmtheit der Ermächtigung zu stellen.
Die Verordnungsermächtigung des § 24 S. 1 Nr. 3 EnWG gebe den Rahmen der Verordnung vor, mit der der Verordnungsgeber regeln könne, in welchen Sonderfällen der Netznutzung und unter welchen Voraussetzungen die Regulierungsbehörde individuelle Netzentgelte genehmigen oder untersagen dürfe. Durch das Abstellen auf „Sonderfälle der Netznutzung" erkenne der Gesetzgeber an, dass es neben dem typischen Netzkunden auch atypische Fälle gebe, die nicht billigerweise unter das im Übrigen für alle Netznutzer gleichermaßen geltende System fallen sollten. Durch den Begriff des individuellen Netzentgelts gebe der Gesetzgeber zugleich vor, dass in der Verordnung eine Abweichung vom typischen Fall der Netznutzung auch auf der Rechtsfolgenseite, nämlich bei der finanziellen Kompensation zu regeln ist. Darin sei zugleich die Wertung enthalten, dass die Gegenleistung in diesem speziellen Fall von der allgemeinen Entgeltbildung abweiche und damit zum individuellen Netzentgelt werde. Durch das Abstellen auf die unbestimmten Rechtsbegriffe der individuellen Netzentgelte und der Sonderfälle der Netznutzung habe der Gesetzgeber dem Verordnungsgeber einen Gestaltungsspielraum und eine Einschätzungsprärogative hinsichtlich der zugrunde liegenden komplexen Verhältnisse der Elektrizitätswirtschaft und der hierauf anwendbaren komplexen Regulierungsmethoden zugestanden. In Anbetracht dessen sei es dem Gericht verwehrt, die Einschätzung der regelungsbefugten Exekutive durch eine an der Zweckmäßigkeit oder an der Interessenlage der Betroffenen ausgerichteten eigenen Einschätzung zu ersetzen.
Mit der konkreten Regelung halte der Verordnungsgeber sich innerhalb des von der Ermächtigung gezogenen Rahmens. Es handele sich um eine rechtmäßige Ausgestaltung der Befugnis, für atypische Netznutzungen eine der Situation angemessene individuelle Kompensation zu bestimmen. Bei den Voraussetzungen des § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV handle es sich um Sonderfälle der Netznutzung, denn die

besonders intensive Netznutzung entspreche gerade der Abweichung von der typischen Netznutzung, die § 24 S. 1 Nr. 3 EnWG verlange. In einem solchen Fall sei es dem Verordnungsgeber erlaubt, diskriminierungsfreie und angemessene Netzentgelte auf anderem Wege zu ermitteln und damit das ob und wie einer individuellen finanziellen Kompensation zu gestalten. Die Befreiung von den Netzentgelten habe der Verordnungsgeber statuiert, weil stromintensive Unternehmen mit einer hohen Bandlast netzstabilisierend wirken, was nicht ernstlich bezweifelt werden könne. Durch eine hohe Benutzungsstundenzahl der Bandlastkunden mit einer gleichmäßigen Leistungsentnahme könnten Netzbetreiber von einer kontinuierlichen Auslastung der Netzinfrastruktur durch den Bandlastkunden ausgehen. Dies sei je nach Situation für die Prognose der jeweiligen Netzlast sowohl im Verteilnetz als auch im Übertragungsnetz positiv. Eingriffe in den Netzbetrieb könnten gegebenenfalls reduziert werden. Darüber hinaus trügen die stromintensiven Netzkunden durch den gleichmäßig hohen Strombezug regelmäßig zur Netzstabilität bei, indem Schwankungen der übrigen Netzkunden relativiert würden. Die Feststellung dieser Wirkungsmechanismen sei von der Einschätzungsprärogative des Verordnungsgebers gedeckt. Dann sei es von seinem Gestaltungsspielraum erfasst, wie stark er diese netzstabilisierende Wirkung bei der Reduzierung von Netzentgelten berücksichtige. Vor diesem Hintergrund sei es unschädlich, dass sich der Verordnungsgeber in § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV in einem ersten Schritt für eine Reduktion auf Null entschieden habe. Dabei sei zu beachten, dass der befreite Netzkunde in einem zweiten Schritt die § 19-Umlage und damit auch ein weiteres geldwertes Entgelt zahle. Denn der Netzkunde sei zwar von der Zahlung aller im Zusammenhang mit der Netznutzung stehenden leistungs- und arbeitsabhängigen Netzentgelte befreit. Andere Entgelte, etwa für Zählen und Messen, seien von der Netzentgeltbefreiung aber gerade nicht umfasst. Der Verordnungsgeber habe ein bloß reduziertes Netzentgelt nicht als hinreichend betrachtet, sondern es für sachgerecht gehalten, die betroffenen Unternehmen bei Vorliegen der Voraussetzungen zunächst pauschal zu befreien. Der Verordnungsgeber halte sich im Rahmen des vorgegebenen Gestaltungsspielraums, wenn er die insgesamt netzstabilisierende Wirkung höher bewerte als die möglicherweise durch die Entnahme verursachten Netzkosten.

Auch nach Sinn und Zweck des § 24 S. 1 Nr. 3 EnWG ergebe sich kein Unterschied zwischen der Vereinbarung eines gegebenenfalls sehr geringen individuellen Netzentgelts und einer Befreiung. Der Gesetzgeber bezwecke mit seiner Ermächtigung in erster Linie, von den allgemeinen Entgelten abweichende Sondernetzentgelte unter einen Prüfungsvorbehalt zu stellen. Diese Prüfung durch die Regulierungsbehörde sei auch im Fall einer Befreiung vorgeschaltet, so dass die finanzielle Kompensation verschiedene Größenordnungen bis hin zu Null einnehmen könne.

Es sei auch nicht ersichtlich, dass sich der Gesetzgeber eine vollständige Befreiung habe vorbehalten wollen. Nur weil er im Fall des § 118 Abs. 6 EnWG neu errichtete Stromspeicheranlagen habe anreizen wollen und daher unmittelbar im Gesetz selbst von den Entgelten für den Netzzugang freigestellt habe, bedeute das noch nicht, dass dies für alle Fälle von Netzentgeltbefreiungen zwingend im EnWG selbst erfolgen müsse.

Darüber hinaus sei zu beachten, dass sich für die stromintensiven Betriebe im Ergebnis die in § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV als Befreiung bezeichnete Ermäßigung der Netzentgelte finanziell nicht als hundertprozentige Befreiung auswirke. Die Regelung bestehe im Ergebnis aus einer entlastenden wie auch belastenden Regelung: während

die Kosten der Befreiung in der vor dem 4. August 2011 geltenden Fassung den allgemeinen Netznutzungsentgelten zugerechnet und somit auf das jeweilige Netzgebiet verteilt wurden, finde nun eine Umlageregelung Anwendung, die die Umlage auch zulasten der befreiten Unternehmen vorsehe. Daher handle es sich für die befreiten Unternehmen im Ergebnis weiterhin lediglich um eine im Vergleich zur alten Regelung nochmals erhöhte Reduzierung der Gesamtbelastung. Die Umlage sei so hoch, dass im Ergebnis auch die formell und nach der Begrifflichkeit des § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV befreiten Unternehmen an den Netzkosten beteiligt würden.
Die Befreiung verstoße auch nicht gegen das in § 21 Abs. 1 EnWG verankerte Gebot der Nichtdiskriminierung. Das Diskriminierungsverbot ziele ebenso wie die Richtlinie 2003/54/EG vom 26.06.2003 und die Richtlinie 2009/72/EG darauf ab, den Wettbewerb auf der dem Netzbetrieb vorgelagerten Stufe - der Stromerzeugung - und der nachgelagerten Stufe - dem Stromvertrieb - zu ermöglichen und zu gewährleisten. Die Schaffung von Wettbewerb auf dem Elektrizitätsmarkt sei das zentrale Anliegen des europäischen Gemeinschaftsgesetzgebers und ziehe sich wie ein roter Faden durch die maßgeblichen Richtlinien, deren Umsetzung das EnWG im Allgemeinen und § 21 EnWG im Besonderen diene. Die Zielrichtung spiegele sich im Wortlaut des Gesetzes wieder. Demgegenüber verbiete es weder das Gemeinschaftsrecht, noch das Diskriminierungsverbot des § 21 EnWG, in Fällen atypischer Netznutzung diese Netznutzer anders zu behandeln, als andere. Dass dies grundsätzlich zulässig und sogar gewollt sei, zeige die Vorschrift des § 24 S. 1 Nr. 3 EnWG, die in diesen Fällen individuelle Entgelte erlaube. Entscheidend sei, dass die vermeintliche Ungleichbehandlung der befreiten Letztverbraucher den Wettbewerb auf der vor- und nachgelagerten Ebene nicht gefährde. Es gehe auch nicht um eine Ungleichbehandlung von außerhalb des assoziierten Unternehmens stehenden Unternehmen. Ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot liege daher nicht vor.
Darüber hinaus handele es sich bei dem Befreiungstatbestand um eine diskriminierungsfreie Ausgestaltung. Die Ungleichbehandlung sei wegen der Sondersituation dieser Netznutzer jedenfalls gerechtfertigt. Diese wiesen im Gegensatz zu den nicht befreiten Netznutzern ein besonderes Nutzungsverhalten auf. Es handle sich somit um Sonderformen der Netznutzung, die nach der Einschätzung des Gesetz- und des Verordnungsgebers einer Ungleichbehandlung bedürften.
Es sei auch eine angemessene Entgeltbildung gewährleistet. Der gemeinschaftsrechtlich vorgegebene und durch § 21 EnWG umgesetzte Grundsatz der Angemessenheit der Entgelte solle sicherstellen, dass der Marktzugang zum Erzeugungs- und Versorgungsmarkt nicht durch unangemessene Bedingungen für den Netzzugang behindert werde. Im Verhältnis zum Netzkunden bedeute dies, dass die Netzentgelte nicht so hoch sein dürften, dass sie den Zugang zum vorgelagerten Erzeugungs- und dem nachgelagerten Versorgungsmarkt ungerechtfertigt behindern. Davon könne trotz eines höheren zu entrichtenden Betrags für Netzentgelt und Umlage nicht ausgegangen werden. Der Kern des Erfordernisses der Angemessenheit der Entgelte sei der Grundsatz der Kostenorientierung, auf den sich der Netzbetreiber berufen könne. Europarechtlicher Kern dieses Grundsatzes sei es, den Netzbetreibern durch die Tarifgestaltung die notwendigen Netzinvestitionen zu ermöglichen und somit die Lebensfähigkeit der Netze zu gewährleisten. Dies setzte voraus, dass der regulatorische Rahmen eine Refinanzierung dieser Investitionen ermögliche. Dem trage die streitgegenständliche Umlage gerade Rechnung.
Sie - die Bundesnetzagentur - sei nach § 29 Abs. 1 EnWG i. V. m. § 30 Abs. 2 Nr. 6

StromNEV auch dazu ermächtigt gewesen, in Abweichung von § 17 Abs. 8 StromNEV Einzelheiten des durch § 19 Abs. 2 StromNEV i. V. m. § 9 KWKG vorgegebenen Umlagemechanismus zum Ausgleich von entgangenen Erlösen aufgrund von individuellen Netzentgelten nach § 19 Abs. 2 S.1 StromNEV und Befreiungen nach § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV festzulegen.
Die Festlegung gewährleiste angemessene und damit sachgerechte Entgelte für die Betreiber von Stromnetzen. Dieser müsse die Erlöse, die ihm aufgrund ermäßigter individueller Netzentgelte und Befreiungen entgehen, refinanzieren können. Dies gewährleiste die Festlegung, indem sie den in § 19 Abs. 2 StromNEV und § 9 KWKG vorgesehenen Wälzungs- und Umlagemechanismus zum Ausgleich der entgangenen Erlöse nachvollziehe und konkretisiere.
Eine Kompetenz zur Regelung der vorliegenden Materie ergebe sich auch mit Blick auf § 30 Abs. 1 Nr. 8 StromNEV. Nach dieser Vorschrift könne die Regulierungsbehörde sogar Festlegungen zur Höhe der sich aus dem Belastungsausgleich nach § 9 Abs. 7 KWKG ergebenden Zuschläge treffen. Andere Zuschläge seien bei Verordnungserlass namentlich nicht bekannt gewesen. Um den sich schnell wandelnden Bedürfnissen des komplexen Elektrizitätswirtschaftsbereichs gerecht zu werden, sei der Regulierungsbehörde nach § 30 Abs. 2 Nr. 6 StromNEV für weitere Entgelte in Abweichung zu § 17 Abs. 8 StromNEV eine entsprechende Kompetenz zur Entgeltfestlegung eingeräumt worden.
Sie sei auch deswegen nach § 30 Ab s. 2 Nr. 6 StromNEV zur Festlegung des Umlagemechanismus zum Ausgleich entgangener Erlöse nach § 19 Abs. 2 StromNEV ermächtigt, weil dieser Mechanismus in § 19 Abs. 2 StromNEV i. V. m. § 9 KWKG vorgesehen sei. Da der Verordnungsgeber in § 19 Abs. 2 S.7 HS.2 StromNEV auf den Wälzungsmechanismus in § 9 KWKG verwiesen habe, sei die Umlage bereits kraft Gesetzes zulässig.
Der Einwand, die Umlage sei kein Entgelt, weil sie nicht der Abgeltung einer Gegenleistung diene, greife nicht durch. Dieser Einwand verkenne, dass § 30 Abs. 2 Nr. 6 StromNEV die Regulierungsbehörde dazu ermächtige, Festlegungen zu treffen, die eine sachgerechte Entgeltbildung ermöglichten. So könne die Regulierungsbehörde insbesondere Regelungen treffen, die in Abweichung von den Vorschriften der StromNEV die Sachgerechtigkeit der vorgesehenen Entgelte sicherstelle. Dies werde durch die Verordnungsbegründung bestätigt. Dort weise der Verordnungsgeber darauf hin, dass es nicht zielführend erscheine, sämtliche Regelungen, die für die Gewährleistung angemessener Entgelte erforderlich sind, in der Verordnung festzuschreiben. Daraus gehe gerade nicht hervor, dass die Regulierungsbehörde auf die Festlegung neuer Entgelte beschränkt sein solle. Vielmehr sei von einem Ermessen auszugehen, das sich vor allem an der Sachgerechtigkeit und Angemessenheit der Entgelte zu orientieren habe. Nach dem Willen des Verordnungsgebers solle die Regulierungsbehörde befugt sein, „die zur Gewährleistung angemessener Entgelte erforderlichen Entscheidungen" zu treffen. Um eine solche Entscheidung handele es sich bei der streitgegenständlichen Festlegung, so dass offen bleiben könne, ob die Umlage ein Entgelt, Preisbestandteil oder etwas gänzlich anderes sei.
Ungeachtet dessen lasse sich die Umlage aber auch unter den Begriff des Entgelts fassen. Sie sei jedenfalls kein Netzentgelt, sondern allenfalls ein anderes Entgelt und diene dem Ausgleich von Entlastungen besonderer Netzkunden nach § 19 Abs. 1 S. 1 und S. 2 StromNEV. Bei ihrer Einordnung als Entgelt sei insbesondere die Äquivalenz der Gegenleistung gewährleistet.

Eine Festlegung gemäß § 30 Abs. 2 Nr. 6, 17 Abs. 8 StromNEV müsse kein Netzentgelt i. S. v. § 1 StromNEV zum Gegenstand haben; es genüge ganz allgemein die Festlegung eines Entgelts oder sonstiger Entscheidungen zur Gewährleistung allgemeiner Entgelte.
Selbst wenn der Senat nicht der Auffassung folgen wolle, dass die Regelungen von der Verordnungsermächtigung in § 24 S. 1 Nr. 3 EnWG gedeckt sind, führe dies nicht zur vollständigen Aufhebung des streitgegenständlichen Beschlusses. Gleiches gelte für den Fall, dass ihre Ermächtigung verneint würde, nach § 29 Abs. 1 EnWG, § 30 Abs. 2 Nr. 6 StromNEV einen Umlagemechanismus zum Ausgleich von entgangenen Erlösen aufgrund Befreiungen festzulegen. In beiden Konstellationen sei zu berücksichtigen, dass die Festlegung hinsichtlich ihres Regelungsgegenstands teilbar sei. Jedenfalls die Umlage entgangener Erlöse aus der Vereinbarung individueller Netzentgelte nach § 19 Abs. 2 S. 1 StromNEV sei rechtmäßig, denn die Regelung entspreche im Wesentlichen der vor der Verordnungsänderung geltenden Rechtslage.
Durch den Beschluss werde der Lastenausgleich für zwei verschiedene Regelungsinstrumente geregelt, denen gemeinsam sei, dass sie Sonderformen der Netznutzung betreffen. Im Übrigen aber seien die Regelungen zur Befreiung und zu den individuellen Netzentgelten selbstständig und voneinander getrennt zu betrachten. Insbesondere seien die Tatbestandsvoraussetzungen unterschiedlich, so dass ein untrennbarer innerer Zusammenhang bestehe. Auch für den Fall, dass ausschließlich Erlösausfälle aus dem Regime des § 19 Abs. 2 S. 1 StromNEV anfielen, bestünde weiterhin das Bedürfnis nach dem von § 19 Abs. 2 S. 7 StromNEV geforderten Ausgleich. Die angefochtene Festlegung sei daher allenfalls teilweise aufzuheben.
Die Beigeladenen zu …), …)und…)sind der Auffassung, dass es für eine Netzentgeltbefreiung an einer Ermächtigungsgrundlage im Energiewirtschaftsgesetz fehle und sie gegen Vorschriften des europäischen Beihilfenrechts bzw. gegen Art. 34 AEUV - so die Beigeladene zu …) - sowie gegen den grundrechtlich geschützten Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. 3 GG verstoße. Darüber hinaus fehle es auch an einer Ermächtigungsgrundlage für die streitbefangene Festlegung, die daher insgesamt aufzuheben sei.
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die zwischen den Beteiligten gewechselten Schriftsätze mit Anlagen, den beigezogenen Verwaltungsvorgang und das Protokoll der Senatssitzung Bezug genommen.
B. Die zulässige Beschwerde der Betroffenen hat aus den mit den Beteiligten in der Senatssitzung erörterten Gründen insoweit Erfolg, als die Betroffene mit ihrem Neubescheidungsantrag inzidenter die umfassende Aufhebung der Festlegung verfolgt. Im Übrigen hat die Beschwerde jedoch keinen Erfolg. Der als Hauptantrag gestellte Neubescheidungsantrag ist in der Sache nicht begründet. Der hilfsweise gestellte Feststellungsantrag ist bereits unzulässig.
I.
Die Beschwerde der Betroffenen ist zulässig.
Ihrer Beschwerdebefugnis steht insbesondere nicht entgegen, dass sie an dem Verwaltungsverfahren der Bundesnetzagentur nicht förmlich beteiligt war. Zwar sieht § 75 Abs. 2 EnWG vor, dass derjenige beschwerdeberechtigt ist, der bereits im regulierungsbehördlichen Verfahren die Beteiligtenstellung innehatte. In erweiternder Auslegung dieser Vorschrift ist allerdings auch die Beschwerdebefugnis eines Dritten, der nicht schon an dem Verfahren beteiligt war, zu bejahen, wenn er durch den

angegriffenen Verwaltungsakt unmittelbar in seinen Rechten berührt wird, weil dieser auch ihm gegenüber eine Regelungswirkung entfaltet (vgl. nur: BGH, Beschluss vom 5. Oktober 2010 - EnVR 52/09, Rdnr. 14 „GABiGas"; Beschluss vom 11. November 2008 - EnVR 1/08, WuW/E DE-R 2535, Rdnr. 14 ff. - „citiworks"; Beschluss vom 22. Februar 2005 - KVZ 20/04, WuW/E DE-R 1544, 1545 - „Zeiss/Leica").
So liegt der Fall hier. Als Übertragungsnetzbetreiberin ist die Betroffene Adressatin der Festlegung, die sich an alle Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen richtet (s.a. S. 18 unter II.3. der Festlegung).
II.
Die mit dem Hauptantrag der Betroffenen begehrte Verpflichtung der Bundesnetzagentur zur Neubescheidung hat jedoch keinen Erfolg.
Die Betroffene kann nicht im Wege der Neubescheidung die Korrektur der Festlegung in den von der Betroffenen beanstandeten Punkten verlangen. Wie sich aus den nachfolgenden Feststellungen unter Ziffer III. ergibt, ist die angegriffene Festlegung bereits deshalb rechtswidrig und insgesamt aufzuheben, weil die zugrundeliegende Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV nichtig ist. Damit fehlt nicht nur der Befreiung, sondern auch der Festlegung zur Kompensation der Erlösausfälle und damit dem gesamten Umlagemechanismus die Grundlage. Für eine Neubescheidung ist angesichts dessen kein Raum.
III.
Soweit die Betroffene mit dem Antrag auf Neubescheidung inzidenter die umfassende Aufhebung der Festlegung begehrt, ist ihre Beschwerde jedoch begründet. Die angegriffene Festlegung ist rechtswidrig und daher insgesamt aufzuheben, weil die ihr zugrunde liegende Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV nichtig ist. Die Änderung hält sich nicht in den von der Ermächtigungsgrundlage gesetzten Grenzen und ist auch mit höherrangigem Recht nicht vereinbar, so dass für den Senat offen bleiben kann, ob sie sich auch noch aus anderen Gründen als rechtswidrig erweist.
1.Der Senat ist zur umfassenden Prüfung der Neuregelung des § 19 Abs. 2 StromNEV und auch zur Feststellung ihrer Nichtigkeit befugt. Aus dem Umstand, dass die Änderung auf einem förmlichen Gesetz - dem am 4. August 2011 in Kraft getretenen Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften - beruht, folgt nicht, dass nur das Bundesverfassungsgericht ihre Nichtigkeit gemäß Art. 100 GG feststellen kann. § 19 Abs. 2 StromNEV ist als im parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren geschaffenes Verordnungsrecht zu beurteilen, das von jedem damit befassten Gericht überprüft werden kann. Daraus folgt aber auch, dass der Gesetzgeber bei seiner Änderung an das Verfahren nach Art. 76 ff. GG und an die Grenzen der Ermächtigungsgrundlage gebunden war.
1.1.Der Änderung einer geltenden Verordnung durch ein Parlamentsgesetz steht es nicht schon entgegen, dass der Gesetzgeber die Regelungsbefugnis der Exekutive übertragen hat. Für den parlamentarischen Gesetzgeber besteht - wie die Staatspraxis zeigt - häufig ein Bedürfnis, bei einer Änderung komplexer Regelungsgefüge, in denen förmliches Gesetzesrecht und auf ihm beruhendes Verordnungsrecht ineinander verschränkt sind, auch das Verordnungsrecht anzupassen. Zudem gehört es zur Gestaltungsfreiheit des Parlaments, sein Änderungsvorhaben umfassend selbst zu verwirklichen, ohne dass es die durch die Verordnung geregelten Gegenstände zuvor wieder in förmliches Gesetzesrecht übernehmen müsste. Letzterem stünde es insbesondere entgegen, dass künftige Änderungen durch die Exekutive und damit die für die Zukunft notwendige Flexibilität ausgeschlossen wären (BVerfGE 114, 196 ff.

„Beitragssicherungsgesetz", Rdnr. 193 ff.).
1.2. Ändert das Parlament eine bestehende Rechtsverordnung oder fügt es in diese neue Regelungen ein, so ist das dadurch entstehende Normgebilde aus Gründen der Normenklarheit insgesamt als Rechtsverordnung zu qualifizieren. Zur Normenklarheit gehört auch Normenwahrheit, so dass Überschrift und Einleitung eines Regelungswerks auch nach u. U. zahlreichen Änderungen noch halten müssen, was sie versprechen (BVerfG, a. a. O., Rdnr. 198 ff., 202). Auch die Rechtsmittelklarheit verbietet es, bei der parlamentarischen und exekutiven Rechtsetzung beide Rechtsformen so zu vermischen, dass eine klare Zuordnung nicht mehr möglich ist. Der Adressat einer Regelung muss mit Blick auf das Prinzip der Rechtsmittelklarheit erkennen können, ob er es mit einer - auf gesetzlicher Ermächtigung beruhenden - Verordnungsregelung oder mit einem förmlichen Gesetz zu tun hat. Entscheidet sich der Gesetzgeber dafür, eine bestehende Verordnung zu ändern, kann der geänderten Verordnung aus verfassungsrechtlichen Gründen daher nur ein einheitlicher Rang, der der Verordnung, zukommen.
Etwas anderes gilt dann, wenn der Gesetzgeber die der Exekutive übertragenen Regelungsbefugnisse wieder an sich zieht und eine bisher als Verordnung geltende Regelung als Gesetz erlässt (BVerfGE 114, 303 ff.). Ein Bedürfnis dafür besteht insbesondere dann, wenn die schon existierende Verordnungsregelung zwar auf einer gesetzlichen Ermächtigungsnorm beruht, sie indessen von dieser nach Inhalt, Zweck oder Ausmaß nicht gedeckt wird und von daher ein förmliches Gesetz erforderlich ist (BVerfGE, a. a. O.; OVG NW, DÖD 2010, 17 ff. Rdnr. 24 ff.). Um einen solchen Fall geht es vorliegend indessen nicht, denn der Gesetzgeber hat die bestehende Verordnung geändert und sich damit auf die Ebene des Verordnungsgebers begeben.
1.3. Mit Blick auf den Grundsatz der Formenstrenge der Rechtsetzung und das Prinzip der Rechtssicherheit ist eine Verordnungsänderung durch den Gesetzgeber allerdings nur unter folgenden Voraussetzungen möglich:
1.3.1. Die Änderung einer Verordnung durch den parlamentarischen Gesetzgeber kann nicht losgelöst und damit unabhängig von sonstigen gesetzgeberischen Maßnahmen erfolgen, sondern nur im Rahmen der Änderung eines Sachbereichs (BVerfGE, a. a. O., Rdnr. 207). Dabei sind Änderungen von Rechtsverordnungen auf das Ausmaß zu beschränken, das unmittelbar durch die Änderungen im Gesetzesrecht veranlasst ist. (BVerfGE, a. a. O.; BVerwG, U. v. 20.03.2008, 2 C 50/07; Bundesministerium der Justiz: Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. A., Rdnr. 691)
1.3.2. Der Gesetzgeber ist an das Verfahren nach Art. 76 ff. GG und insbesondere an die Grenzen der Ermächtigungsgrundlage (Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG) gebunden.
Befasst sich der Gesetzgeber mit einem Änderungsvorhaben, das sowohl Gesetzes- als auch Verordnungsänderungen umfasst, dann müssen Beratung, Beschlussfassung und Beteiligungsrechte der verschiedenen Organe einheitlich beurteilt werden können, so dass für das Zustandekommen des ändernden Gesetzes die grundgesetzlichen Regeln über die Gesetzgebung anzuwenden sind.
Bei der Änderung einer Verordnung ist auch der parlamentarische Gesetzgeber an die Grenzen der Ermächtigungsgrundlage gebunden (Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG). Weder die Wahl des zutreffenden Rechtswegs noch die Prüfungskompetenz des angerufenen Gerichts oder der anzuwendende Prüfungsmaßstab dürfen davon abhängen, ob Änderungen im parlamentarischen Verfahren vorgenommen werden (BVerfGE, a. a. O., Rdnr. 209; BGH, Kartellsenat, Beschluss vom 31.01.2012, EnVR 58/09, Rdnr. 8).
1.3.3. Die Zustimmungsbedürftigkeit eines Gesetzes, durch welches eine Verordnung

geändert wird, beurteilt sich am Maßstab der für förmliche Gesetze geltenden Normen und nicht nach Art. 80 Abs. 2 GG (BVerfGE, a. a. O., Rdnr. 210 f.).

2. Nach diesen Maßstäben ist die Verordnungsänderung, die der Gesetzgeber mit Wirkung zum 4. August 2011 vorgenommen hat, nicht verfassungsgemäß und daher nichtig.

2.1. Der Gesetzgeber hat das Verfahren nach Art. 76 ff. GG für das Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften zwar eingehalten. Das Gesetz, in das der maßgebliche Art. 7 mit der Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV im Gesetzgebungsverfahren eingefügt worden ist, ist durch Beschluss des Bundestags vom 30. Juni 2011 angenommen worden (BT-Drs. 395/11 vom 1.07.2011); der Bundesrat hat am 8. Juli 2011 beschlossen, einen Antrag nach Art. 77 Abs. 2 GG nicht zu stellen.

Indessen fehlt schon der erforderliche sachliche Zusammenhang mit den weiteren gesetzgeberischen Maßnahmen, denn es ist nicht ersichtlich, dass das eigentliche Gesetzesvorhaben des Gesetzgebers - das Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften - auch die Anpassung der Stromnetzentgeltverordnung und damit die Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV erforderlich machte.

Das Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften setzt vornehmlich nur die Richtlinien 2009/72/EG und 2009/73/EG um. Es werden insbesondere die Entflechtungsregeln für die Transportnetze geändert, um die Netzgesellschaft im Konzern zu stärken; des Weiteren soll eine koordinierte, gemeinsame Netzausbauplanung aller Übertragungs- bzw. Fernleitungsnetzbetreiber gewährleistet werden. Daneben werden die Rechte der Verbraucher durch kurze Fristen beim Lieferantenwechsel und klare Regelungen zu Verträgen und Rechnungen sowie für mehr Transparenz gestärkt und eine unabhängige Schlichtungsstelle eingerichtet. Schließlich wird durch die Regeln zur Einführung sog. „intelligenter Messsysteme" der Grundstein für eine aktivere Teilnahme des Endverbrauchers am Energiemarkt unter Wahrung seiner Persönlichkeitsrechte geschaffen.

Die Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV steht damit nur insoweit in einem sachlichem Zusammenhang, als es sich auch um eine energiewirtschaftsrechtliche Vorschrift handelt. Die Änderung war im Regierungsentwurf noch nicht vorgesehen, sondern - beruhend auf einer Forderung der „Wirtschaftsvereinigung Metalle" - erstmals in der Beschlussempfehlung und dem Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie vom 29. Juni 2011 (BT-Drs. 17/6365, S. 14, 20) enthalten. Den insoweit geänderten Gesetzesentwurf hat der Bundestag sodann in seiner Sitzung vom 30. Juni 2011 angenommen (BR-Drs. 395/11 vom 1. Juli 2011). Von daher wird auch kritisiert, es handele sich bei der Änderung um eine zusammenhangslos eingebrachte „Mitternachtsregelung".

Dass die Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV erforderlich ist, um „die gebotene Harmonie mit dem Muttergesetz herzustellen" (Schneider, Gesetzgebung, 2. A., Rdnr. 663 f.), ist weder ersichtlich noch dargetan. Der notwendige Zusammenhang zwischen der Befreiung stromintensiver Netzkunden und den in diesem Gesetz vornehmlich geregelten Materien ist nicht gegeben, die Änderung ist auch nicht als Folgeänderung zu einer der im Kern geregelten Materien ausgewiesen. Die Umsetzung der EG-Richtlinien steht mit der beabsichtigten Befreiung industrieller Großabnehmer in keinerlei Zusammenhang. In der Begründung zu der konkreten Gesetzesänderung findet sich - anders als in einem solchen Fall üblich - daher auch nicht die Erläuterung

„redaktionelle Änderung“ oder „Folgeänderung zu …“, um den Zusammenhang klarzustellen.
Dem entspricht es, dass die Bundesregierung in einem vergleichbaren Fall - dem Änderungsvorschlag des Bundesrats u. a. zur Einfügung eines § 6a in die Strom- und Gasnetzentgeltverordnungen im Rahmen des Dritten Gesetzes zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften - den erforderlichen Sachzusammenhang nicht gesehen und sie - aufgrund der verfassungsrechtlichen Bedenken - dem Änderungsvorschlag nicht zugestimmt hat (BT-Drs. 17/11269 vom 31. Oktober 2012, S. 41).
2.2. Darüber hinaus hat der Gesetzgeber mit der Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV auch die Grenzen der - auf den Verordnungsgeber delegierten - Verordnungsermächtigung überschritten.
2.2.1. Die Änderung des § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV enthält im Wesentlichen zwei Komponenten:
Zum einen die Neuregelung, dass beim Vorliegen der dort genannten Schwellenwerte nunmehr eine Befreiung von den Netzentgelten erfolgen kann statt des zuvor nach § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV a. F. möglichen individuellen Netzentgelts. Letzteres hatte nach Satz 3 a. F. den Beitrag des Letztverbrauchers zu einer Senkung oder zu einer Vermeidung der Erhöhung der Netzkosten dieser und aller vorgelagerten Netz- und Umspannebenen widerzuspiegeln und war im Übrigen nach Satz 8 a. F. nur genehmigungsfähig, wenn die Netzentgelte aller übrigen Netznutzer dieser und aller nachgelagerten Netz- und Umspannebenen sich dadurch nicht wesentlich erhöhen.
Zum einen die Neuregelung, dass beim Vorliegen der dort genannten Schwellenwerte nunmehr eine Befreiung von den Netzentgelten erfolgen kann statt des zuvor nach § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV a. F. möglichen individuellen Netzentgelts. Letzteres hatte nach Satz 3 a. F. den Beitrag des Letztverbrauchers zu einer Senkung oder zu einer Vermeidung der Erhöhung der Netzkosten dieser und aller vorgelagerten Netz- und Umspannebenen widerzuspiegeln und war im Übrigen nach Satz 8 a. F. nur genehmigungsfähig, wenn die Netzentgelte aller übrigen Netznutzer dieser und aller nachgelagerten Netz- und Umspannebenen sich dadurch nicht wesentlich erhöhen.
Zum anderen ist einbundesweiter Ausgleich zur Vermeidung überproportionaler regionaler Belastungen installiert worden. Danach sollen die durch individuelle Netzentgelte und Befreiungen entgangenen Erlöse auf der Ebene der Übertragungsnetzbetreiber über eine finanzielle Verrechnung untereinander ausgeglichen werden. Verteilernetzbetreiber erhalten daher einen Erstattungsanspruch gegenüber dem vorgelagerten Übertragungsnetzbetreiber mit der Folge, dass die entgangenen Erlöse im Rahmen der Verprobung ihrer Netzentgelte nicht zu einer Erhöhung führen können. Auf der Ebene der Übertragungsnetzbetreiber sieht § 19 Abs. 2 Satz 7 StromNEV sodann eine finanzielle Verrechnung der Erstattungsbeträge und der eigenen entgangenen Erlöse, also einen horizontalen Ausgleich, vor. Im Übrigen verweist der Gesetzgeber auf eine entsprechende Anwendung des § 9 KWKG.
Zum anderen ist einbundesweiter Ausgleich zur Vermeidung überproportionaler regionaler Belastungen installiert worden. Danach sollen die durch individuelle Netzentgelte und Befreiungen entgangenen Erlöse auf der Ebene der Übertragungsnetzbetreiber über eine finanzielle Verrechnung untereinander ausgeglichen werden. Verteilernetzbetreiber erhalten daher einen Erstattungsanspruch gegenüber dem vorgelagerten Übertragungsnetzbetreiber mit

der Folge, dass die entgangenen Erlöse im Rahmen der Verprobung ihrer Netzentgelte nicht zu einer Erhöhung führen können. Auf der Ebene der Übertragungsnetzbetreiber sieht § 19 Abs. 2 Satz 7 StromNEV sodann eine finanzielle Verrechnung der Erstattungsbeträge und der eigenen entgangenen Erlöse, also einen horizontalen Ausgleich, vor. Im Übrigen verweist der Gesetzgeber auf eine entsprechende Anwendung des § 9 KWKG.

Der Umfang dieser Verweisung ist streitig. Die Bundesnetzagentur - und mit ihr die Übertragungsnetzbetreiber - misst der Verweisung das Verständnis bei, dass der Gesetzgeber neben dem horizontalen Ausgleich auf der Ebene der Übertragungsnetzbetreiber auch die Weiterwälzung und damit einen Umlagemechanismus wie in § 9 Abs. 4 ff. KWKG vorsehen wollte, den sie - die Bundesnetzagentur - mit der streitgegenständlichen Festlegung weiter ausgestaltet hat. Beschwerdeführer anderer Beschwerdeverfahren wie auch die Beigeladenen zu …), …) und …) sind dagegen der Auffassung, es sei nur der Erstattungsanspruch der Verteilernetzbetreiber gegenüber den Übertragungsnetzbetreibern und daran anschließend der horizontale Ausgleich geregelt.

Die Frage kann letztlich offen bleiben, da sich die maßgebliche Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV - die Ergänzung der individuellen Netzentgelte um eine Befreiung von diesen - nicht in den Grenzen der Ermächtigungsgrundlage hält (Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG), ohne dass es auf die konkrete Ausgestaltung des Ausgleichs der Erlösausfälle ankommt. Es bedarf daher keiner Entscheidung, ob die Erlösausfälle nach dem Willen des Gesetzgebers durch einen bundesweiten Ausgleich auf der Ebene der Übertragungsnetzbetreiber oder eine von dem Letztverbraucher zu erhebende Umlage kompensiert werden sollen.

2.2.2. Während der Gesetzgeber grundsätzlich einen weiten Spielraum für seine Gestaltung besitzt und dabei auch Gleich- und Ungleichstellungen anordnen kann, wenn sie sachgerecht sind, ist der Verordnungsgeber enger gebunden, denn er kann verfassungsrechtlich einen Gestaltungsfreiraum nur innerhalb der durch Art. 80 Abs. 1 GG gezogenen Grenzen haben. Es ist ihm daher verwehrt, Regelungen zu erlassen, die die umfänglichen Grenzen wie die inhaltlichen Vorgaben der Ermächtigung missachten und in der Sache auf eine Korrektur der Entscheidung des Gesetzgebers hinauslaufen würden. In den engen Grenzen des ihm danach zustehenden Ermessens hat er sich von sachfremdem Erwägungen freizuhalten (BVerfGE 42, 374 (387 f.); 16, 332 (338 f.); 13, 248, (255 f.)). Damit ist er - was die Bundesnetzagentur verkennt - deutlich engeren Vorgaben unterworfen, die sich neben denen des Gemeinschafts-, Verfassungs- und Gesetzesrechts insbesondere aus der Anbindung an das Programm der Verordnungsermächtigung sowie aus der Tatsache ergeben, dass dem Verordnungsgeber die Regelung „wesentlicher" Aspekte untersagt ist (Brenner in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. A. 2010, Rdnr. 69 zu Art. 80; Uhle in: Epping/ Hillgruber, GG, 2009, Rdnr. 29 zu Art. 80).

Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung müssen nach Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG in dem ermächtigenden Gesetz bestimmt werden, um die Macht der Exekutive im Bereich der Rechtsetzung zu begrenzen sowie die parlamentarische Steuerung der exekutiven Verordnungsgebung - und damit zugleich die Verantwortung der Legislative für den Inhalt der Rechtsverordnung - zu stärken (Sannwald in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, 12. A., 2011, Rdnr. 59 zu Art. 80). Der Gesetzgeber selbst muss die Entscheidung treffen, dass bestimmte Fragen geregelt werden sollen und die Grenzen einer solchen Regelung festsetzen sowie angeben,

welchem Ziel die Regelung dienen soll. Das Erfordernis hinreichender Bestimmtheit stellt die notwendige Ergänzung und Konkretisierung des aus dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip folgenden Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes sowie der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung dar (Sannwald, a. a. O., m. w. N.).
Die richterliche Kontrolle ist darauf beschränkt, ob sich der Verordnungsgeber mit seiner Gesetzeskonkretisierung innerhalb des vorgegebenen Rahmens und des Ziels der gesetzlichen Regelung bewegt und verfassungsrechtliche Prinzipien beachtet hat (Ossenbühl, Hdb des StaatsR, § 103, Rdnr. 42, 85).
2.2.3. Mit der Regelung, dass stromintensive Letztverbraucher beim Vorliegen der Schwellenwerte des § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV a. F. statt der Vereinbarung eines individuellen Netzentgelts die vollständige Befreiung von den Netzentgelten erlangen können, hat der Gesetzgeber die von ihm gesetzten Grenzen der Verordnungsermächtigung überschritten. Nach dem Wortlaut, der Systematik, dem Sinn und Zweck sowie der Entstehungsgeschichte der Ermächtigungsnorm ist der Verordnungsgeber nur ermächtigt, in der Stromnetzentgeltverordnung neben der Methodik zur Bestimmung der Entgelte Regelungen hinsichtlich der Genehmigung (oder Untersagung) individueller Netznutzungsentgelte zu treffen.
2.2.3.1. § 24 Satz 1 Nr. 1 EnWG ermächtigt zur Bedingungs- und Methodenregulierung im Verordnungswege; durch Verordnung können die Bedingungen für den Netzzugang einschließlich der Beschaffung und Erbringung von Ausgleichsleistungen, die Methoden zur Bestimmung dieser Bedingungen sowie die Methoden zur Bestimmung der Entgelte festgelegt werden. Ergänzend sieht § 24 Satz 1 Nr. 3 EnWG - klarstellend - vor, dass dabei auch im Einzelnen geregelt werden kann, in welchen Fällen und unter welchen Voraussetzungen die Regulierungsbehörde im Einzelfall individuelle Entgelte für den Netzzugang genehmigen oder untersagen kann.
Schon nach dem Wortlaut der Ermächtigungsnorm erfasst die Regelungsbefugnis nicht das „ob", sondern nur die Bestimmungen zur Ermittlung der Höhe der Entgelte. Die Ermächtigung, die Methoden zur Bestimmung der Entgelte für die Netznutzung festzulegen und dabei auch die Voraussetzungen für die Entgelte in Sonderfällen individueller Formen der Netznutzung zu bestimmen, gibt vor, dass für die Netznutzung grundsätzlich ein Entgelt, also eine geldwerte Gegenleistung zu erbringen ist. Mit der Entrichtung des Netzentgelts wird - so auch § 3 Abs. 2 StromNEV - die Nutzung der Netz- oder Umspannebene des Netzbetreibers und aller vorgelagerten Netz- und Umspannebenen abgegolten.
Aus der Systematik und dem Sinn und Zweck der Ermächtigung sowie der Entstehungsgeschichte folgt nichts anderes. Die Methode zur Bestimmung der Entgelte soll die Vorgaben des § 21 Abs. 1 und Abs. 2 EnWG umsetzen, wonach die Bedingungen und Entgelte für den Netzzugang insbesondere angemessen, diskriminierungsfrei und transparent sein müssen. Inhaltlich soll der Verordnungsgeber damit nur ermächtigt werden, die Methode für die Bestimmung solcher - angemessenen, diskriminierungsfreien und transparenten - Netzentgelte, ihre Ausgestaltung und Ermittlung näher festzulegen, also zu konkretisieren, auf welche Art und Weise die Netzzugangsentgelte ermittelt werden sollen. Dabei hat die Methode die Ausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung sicherzustellen, weil die daraus abzuleitenden Netzentgelte nur so den materiellen Vorgaben des § 21 EnWG genügen können. Mit Blick darauf soll der Verordnungsgeber befugt sein, auch von einer grundsätzlich gewählten Methode abzuweichen und die Voraussetzungen für individuelle, also der Höhe nach abweichende Entgelte für die Nutzung des Netzes

regeln zu können. Die erst im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens in den Katalog des § 24 Satz 1 EnWG eingefügte Regelungsziffer Nr. 3 dient - wie in der Begründung der Beschlussempfehlung des Bundestagsausschusses für Wirtschaft und Arbeit ausgeführt ist - „der rechtsförmlichen Klarstellung des Gewollten" (BT-Drs. 15/5268, S. 121). Mit ihr soll klargestellt werden, dass zum einen in Sonderfällen auch von der grundsätzlich nach Satz 1 Nr. 1 verwendeten Methode abweichende Regelungen für die Bestimmung der Entgelte einer individuellen Netznutzung vorgesehen werden können und zum anderen in solchen Einzelfällen ebenfalls das Instrument der Genehmigung oder der Untersagung zur Verfügung steht (s.a. Bruhn in BerlKommEnR, 2. A., Rdnr. 13 zu § 24). Dabei hatte der Gesetzgeber ganz offensichtlich im Blick, dass schon die VV II plus in Ziffer 1.10 individuelle Netznutzungsentgelte zwischen Netzbetreiber und Netznutzer vorsah, wenn das Nutzungsverhalten des Netznutzers - sein Höchstlastbeitrag - erheblich von den Preisfindungsgrundsätzen abwich.[1]

Dieses Verständnis wird nicht nur durch die Regelung des § 118 Abs. 6 EnWG gestützt. Mit dieser durch das Gesetz zur Beschleunigung des Hochspannungsausbaus vom 21. August 2009 nachträglich eingefügten Privilegierung hat der Gesetzgeber neu errichtete Stromspeicheranlagen von den Entgelten für den Netzzugang auf Gesetzesebene befristet freigestellt (BT-Drs. 16/12898, S. 20[2]). Für den daraus ersichtlichen Gesetzesvorbehalt spricht weiter auch, dass es sich um eine wesentliche Entscheidung handelt, denn die vollständige Befreiung von der Gegenleistung und damit der Privilegierung von Gruppen von Netznutzern lässt sich mit dem die Entgeltregulierung beherrschenden Grundsatz der Verursachungsgerechtigkeit nicht in Einklang bringen (dazu s.u.).

2.2.3.2. Bei der in der Neuregelung des § 19 Abs. 2 StromNEV vorgesehenen „Befreiung" handelt es sich nicht um ein solches individuelles Netzentgelt (ebenso: Missling, IR 2012, 206; Ernst/Koenig, EnWZ 2012, 51, 55). Der befreite Netznutzer entrichtet keine Gegenleistung. Die Befreiung stellt daher keine von der grundsätzlichen Methodik abweichende Entgeltbildung, sondern eine generelle und vollständige Ausnahme von der zugrunde liegenden Entgeltpflicht dar mit - wie die vorliegende Konstellation zeigt - ggfs. weitreichenden finanziellen Folgen. Bei ihr handelt es sich um eine Privilegierung und damit ein aliud zu der Entgeltbildung, denn mit der Methode der zu bildenden Entgelte hat sie nichts zu tun. Dass der Verordnungsgeber auch ermächtigt werden sollte, solche Befreiungen und damit Ausnahmen von der Entgeltpflicht vorsehen zu können, ist - wie schon ausgeführt - nicht ersichtlich. Vielmehr spricht die Klarstellung in § 24 Satz 1 Nr. 3 EnWG, dass auch individuelle Netzentgelte erfasst sein sollen, gerade dafür, dass der Gesetzgeber sich die (wirtschaftspolitische) Entscheidung darüber, ob und unter welchen Voraussetzungen eine vollständige Befreiung möglich sein soll, vorbehalten wollte.

Aus dem Umstand, dass die Sätze 6 und 7 der Neuregelung eine Kompensation für die von diesen befreiten Netznutzern nicht zu erhebenden Entgelte vorsehen, indem diese Ausfälle bundesweit durch die Letztverbraucher ausgeglichen werden, kann entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur nichts anderes folgen (so aber: OLG Jena, Beschluss vom 23.04.2012, 2 Kart 1/12; kritisch dazu Missling IR 2012, 206; Ernst/Koenig, EnWZ 2012, 51, 55). Zum einen ist auf den befreiten Netznutzer abzustellen, der kein Entgelt für den Netzzugang zu entrichten hat. Zum anderen würde eine etwaige Umlage entsprechend § 9 KWKG, durch welche allen Letztverbrauchern die durch die Befreiungen und individuellen Netzentgelte zu tragenden Entgeltausfälle

auferlegt werden, gerade keine Gegenleistung und damit kein Entgelt für ihre Netznutzung darstellen, sondern nur ihre Beteiligung an den Kosten der Befreiung und Entgeltermäßigung Einzelner. Sie soll nach Maßgabe der angegriffenen Festlegung neben und damit zusätzlich zu den Netzzugangsentgelten erhoben werden. Insofern kann es dahinstehen, ob der Ausgleich der Erlösausfälle nach dem Willen des Gesetzgebers auf den horizontalen Ausgleich auf der Ebene der Übertragungsnetzbetreiber beschränkt sein sollte, oder im Anschluss daran - wie die Bundesnetzagentur und die Übertragungsnetzbetreiber meinen - eine vertikale Rückbelastung der nachgelagerten Netzbetreiber und die Umlage der Kosten auf den Letztverbraucher entsprechend § 9 Abs. 4 ff. KWKG erfolgen sollte. Selbst wenn letzteres mit der Regelung bezweckt gewesen sein sollte, um den vier Übertragungsnetzbetreibern nicht die Last der Vorfinanzierung aufzuerlegen, führt dies im Ergebnis zu keiner anderen Beurteilung. Auch insoweit wäre der Rahmen der Ermächtigung überschritten, denn bei der Umlage handelt es sich um eine bundesweite Kompensationsleistung, die der Netzbetreiber von dem Netznutzer neben den Entgelten für das von ihm genutzte Netz erheben soll. Dass der Verordnungsgeber so weitgehend legitimiert worden ist, er also befugt sein soll, im Rahmen der Verordnung zur Bestimmung der Entgelte auch zusätzliche Kompensationsleistungen zu kreieren, ist jedoch ebenso wenig ersichtlich.

2.2.4. Dass § 24 Satz 1 Nr. 1, Nr. 3 EnWG nicht zur Befreiung von den Netzentgelten ermächtigt, folgt auch daraus, dass die vollständige Befreiung nicht in Einklang mit den Grundsätzen der Entgeltbildung gebracht werden kann. Sie verstößt gegen die Entgeltgrundsätze des § 21 Abs. 1 EnWG und damit auch gegen das Diskriminierungsverbot der Richtlinie 2009/72/EG. Mit diesen Vorgaben lässt sich nur ein individuelles Netzentgelt vereinbaren wie der Verordnungsgeber es bis zum Inkrafttreten der Änderung in § 19 Abs. 2 StromNEV a. F. (allein) vorgesehen hatte.

2.2.4.1. Mit der Methode zur Bestimmung der Entgelte sollen die Vorgaben des § 21 Abs. 1 und Abs. 2 EnWG umgesetzt werden. Danach müssen Bedingungen und Entgelte für den Netzzugang insbesondere angemessen, diskriminierungsfrei und transparent sein. Diese Vorgaben hat der Verordnungsgeber bei seiner konkretisierenden Ausgestaltung der entgelt- und erlösobergrenzenbezogenen Verordnungen grundsätzlich zu beachten (BGH, Kartellsenat, Beschluss vom 28.06.2011 - EnVR 34/10 -, Rdnr. 10). Die Vorgaben für die Beschaffenheit der Entgelte stecken zugleich den Rahmen für die Methode der Entgeltberechnung und davon abweichende Regelungen für die Bestimmung der Entgelte einer individuellen Netznutzung ab. In diesem Rahmen muss sich daher nicht nur die Methode zur Bestimmung der Entgelte, sondern müssen sich spiegelbildlich auch die Bedingungen für davon abweichende individuelle Netzentgelte bewegen.

2.2.4.2. Nach Art. 32 Abs. 1 der Richtlinie 2009/72/EG[3] haben die Mitgliedstaaten die Einführung eines Systems für den Zugang Dritter zu den Übertragungs- und Verteilnetzen auf der Grundlage veröffentlichter Tarife zu gewährleisten: die Zugangsregelung hat für alle zugelassenen Kunden zu gelten und soll nach objektiven Kriterien und ohne Diskriminierung zwischen den Netzbenutzern angewandt werden. Auch Erwägungsgrund 32 der Richtlinie sieht vor, dass sicherzustellen ist, dass die Tarife für den Netzzugang transparent und nichtdiskriminierend sind; sie sollen auf nichtdiskriminierende Weise für alle Netznutzer gelten. Danach kann entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur kein Zweifel daran bestehen, dass das Diskriminierungsverbot dem unmittelbaren Schutz des Netznutzers vor einer -

sachlich nicht gerechtfertigten - Ungleichbehandlung dient.
Das - die Vorgaben der Richtlinie 2003/54/EG umsetzende - horizontale Diskriminierungsverbot des § 21 Abs. 1 EnWG verpflichtet den Netzbetreiber in gleicher Weise, alle externen Netznutzer gleich zu behandeln, ihnen also gleiche Bedingungen der Netznutzung einzuräumen.
Da das Diskriminierungsverbot eine Ausprägung des allgemeinen Gleichheitssatzes ist, finden auch die insoweit entwickelten Grundsätze Anwendung. Danach hat der Gesetzgeber - wie auch der Verordnungsgeber - wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln. Je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen ergeben sich unterschiedliche Grenzen, die von gelockerten, auf das Willkürverbot beschränkten Bindungen bis hin zu strengen Verhältnismäßigkeitserfordernissen reichen können (BVerfGE 117, 1 (30); 122, 1 (23); 126, 400 (416) m. w. N.). Dabei bedürfen Differenzierungen stets der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind. Der Gleichheitssatz ist dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten oder -betroffenen im Vergleich zu einer anderen anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die unterschiedliche Behandlung rechtfertigen können (vgl. nur: BVerfG, B. v. 16.07.2012, 1 BvR 2983/19, Rdnr. 43 m. w. N., zitiert nach juris). Von einem selbst gesetzten Regelsystem darf der Gesetzgeber grundsätzlich abweichen, wenn das mit Blick auf Art. 3 Abs. 1 GG sachgerecht ist. Die Gründe für eine Durchbrechung des einmal gewählten Ordnungsprinzips müssen, um überzeugend zu sein, zureichend sachlich begründet sein und in ihrem Gewicht der Intensität der Abweichung von der zugrunde gelegten Ordnung entsprechen.
2.2.4.3. Das Gebot angemessener Entgelte betrifft die Entgelthöhe, also den zu zahlenden Gegenwert für den gewährten Netzzugang (Groebel in: Britz/Hellermann/ Hermes, EnWG, 2. A., Rdnr. 53 zu § 21).
2.2.4.4. Die Befreiung stromintensiver Netznutzer von den Netznutzungsentgelten verstößt gegen diese Entgeltgrundsätze, mit denen nicht nur die Methode der Entgeltbestimmung, sondern auch etwaige Ausnahmen davon im Einklang stehen müssen.
Netzentgelte sind grundsätzlich kostenbezogen zu berechnen, so dass auch Preisdifferenzierungen unterschiedliche Zugangskosten widerspiegeln und zu angemessenen Entgelten für alle Netznutzer führen müssen.
Die in der StromNEV gefundene Methode der Entgeltbildung stellt auf bestimmte Preisfindungsgrundsätze und dabei auf statistische Annahmen ab, um die Kosten des Netzes auf die Netzkunden möglichst verursachungsgerecht zu verteilen. Dabei sind Pauschalisierungen und Typisierungen notwendig. Mit den Sonderformen der Netznutzung in § 19 StromNEV trägt der Verordnungsgeber - legitimiert durch § 24 Satz 1 Nr. 3 EnWG - dem Umstand Rechnung, dass die Lastverläufe oder die Leistungsaufnahme einzelner Netznutzer von diesen Grundsätzen abweichen, so dass die den Preisfindungsgrundsätzen zugrunde liegenden Annahmen nicht zutreffen und daher für sie nicht zu angemessenen Entgelten führen. Daher stellt ein kostensenkendes oder kostenminderndes Nutzungsverhalten, das eine entsprechende Kostensenkung oder -vermeidung zur Folge hat, einen sachlich gerechtfertigten Grund für ein Abweichen von den geltenden Preisfindungsgrundsätzen dar. Für die übrigen Netznutzer hat die entsprechende Netzentgeltminderung, das individuelle Netzentgelt,

jedoch zwangsläufig zur Folge, dass sich ihr Entgelt im Umfang der Kostensenkung oder -minderung entsprechend erhöht. Daher wird die Vorgabe diskriminierungsfreier, angemessener und transparenter Netznutzungsentgelte durch ein individuelles Netznutzungsentgelt nur beachtet, wenn sich der Maßstab der Entgeltminderung auf der einen Seite an dem tatsächlichen Umfang der Kostensenkung oder -minderung orientiert, denn auf der anderen Seite werden die übrigen Netznutzer im Umfang der Entgeltminderung zusätzlich belastet. Dem besonderen Nutzungsverhalten des einzelnen Netzkunden wird durch ein individuell bestimmtes Nutzungsentgelt daher nur dann angemessen Rechnung getragen, wenn der Grad der Entlastung des Netzes, der durch das abweichende Nutzungsverhalten des Netzkunden im Einzelfall bewirkt wird, Maßstab der möglichen Entgeltminderung ist (BGH, Kartellsenat, Beschluss vom 9. Oktober 2012 - EnVR 47/11 - „Pumpspeicherkraftwerke II", Rdnr. 10 f.). Nur auf diese Weise sind auch die zu ermittelnden Entgelte in ihrer Gesamtheit angemessen und diskriminierungsfrei. Im Einklang damit sah § 19 Abs. 2 Satz 3 StromNEV a. F. vor, dass das individuelle Netzentgelt den Beitrag des Letztverbrauchers zu einer Senkung oder zu einer Vermeidung der Erhöhung der Netzkosten dieser und aller vorgelagerten Netz- und Umspannebenen widerzuspiegeln hat.
Das besondere Nutzungsverhalten der Gruppe der stromintensiven Netznutzer kann ihre Befreiung von den Netzentgelten nicht rechtfertigen, sondern allenfalls eine entsprechende Reduktion, also ein individuelles Netzentgelt. Nach der Zielsetzung des Gesetzgebers sollen stromintensive Unternehmen mit einer derart hohen Bandlast von den Netzentgelten befreit werden, weil sie aufgrund ihrer Bandlast netzstabilisierend wirken (BT-Drs. 17/6365, S. 34). Die vom Gesetzgeber angeführte Netzstabilität, die durch ein bestimmtes Nutzungsverhalten herbeigeführt wird, mag grundsätzlich ein zulässiges Differenzierungskriterium bei der Entgeltbildung darstellen, weil ein solches Nutzungsverhalten die Kosten des Netzes und damit auch die Entgelte der übrigen Netznutzer mindern oder senken kann. Netzstabilisierende Wirkung kann insbesondere die Verlagerung des überwiegenden Teils des Strombezugs in die Schwachlastzeit haben. Da sich die Dimensionierung des Netzes an der zu erwartenden Spitzenlast auszurichten hat, dient ein solches Nutzungsverhalten v.a. der großen stromintensiven Letztverbraucher der Netzökonomie (BGH, a. a. O.). Dementsprechend kann der Verordnungsgeber dieses nur mit einer entsprechenden - verhältnismäßigen - Reduzierung, nicht aber mit einer völligen Befreiung von den Netzentgelten honorieren, die sich von jeglicher Kostenverursachungsgerechtigkeit löst. Eine Befreiung und damit eine Reduzierung bis auf Null ist schon deshalb ausgeschlossen, weil das abweichende Nutzungsverhalten auf das Leistungselement der Netzkosten beschränkt ist, es also nur zu einer Reduzierung des Leistungs- und nicht auch des Arbeitspreises führen kann (BGH, a. a. O.).
Das Anknüpfungsmerkmal der stromintensiven Netznutzung und die zugrunde gelegten Schwellenwerte sprechen ungeachtet dessen gegen eine unentgeltliche Netznutzung. Von der Befreiung sollen stromintensive Netznutzer erfasst werden, die 7.000 Benutzungsstunden/p.a. erreichen und einen Stromverbrauch von 10 GWh aufweisen. Da diese intensive Nutzung impliziert, dass sie das Netz jedenfalls auch zeitgleich mit den übrigen Netznutzern nutzen müssen, kann es nicht sachgerecht sein, sie - wie der Gesetzgeber meint - allein mit Blick auf die Bandlast, also den Umstand, dass sie kontinuierlich Strom verbrauchen und damit das Netz nutzen, von den Kosten der Netznutzung freizustellen. Ob es bei diesem Nutzungsverhalten auch zu einer erheblichen Abweichung des individuellen Höchstlastbeitrags von der

zeitgleichen Jahreshöchstlast kommen kann, wie der Verordnungsgeber bei dem Regelbeispiel des § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV a. F. unterstellt hatte, kann offen bleiben (zweifelhaft insoweit: Britz/Herrmann, IR 2005, 98 ff.). Eine solche netzstabilisierende Wirkung kann - wie ausgeführt - nur zu einer verhältnismäßigen Reduzierung, nicht aber zu einer vollständigen Befreiung von den Netzkosten führen. Eine vollständige Befreiung lässt sich gerade bei den gewählten Schwellenwerten nicht mit dem System und der gewählten Methode der Entgeltbestimmung vereinbaren. Sie ist nicht sachgerecht und systemwidrig, weil sie impliziert, dass durch diese intensive Netznutzung keine Netzkosten verursacht würden.
Die an die Befreiung geknüpften Schwellenwerte sprechen vielmehr dafür, dass der Gesetzgeber - ähnlich wie in den Regelungen des § 9 Abs. 7 KWKG und des § 41 EEG - die Unternehmen der Papier-, Zement-, der Metall erzeugenden und der chemischen Industrie durch eine Härtefallregelung privilegieren wollte, um sie vor einer strompreisbedingten Abwanderung in das Ausland zu bewahren (s.a. Begründung zu § 9 Abs. 7 KWKG in BT-Drs. 14/7024, S. 14).
Eine derartige Privilegierung aus wirtschaftspolitischen Gründen ist indessen von der Verordnungsermächtigung, die allein die Bestimmung der Entgelte, also das „wie" betrifft, nicht erfasst.
2.3.Die Nichtigkeit der Verordnungsänderung erfasst diese in vollem Umfang und hat daher zur Folge, dass die Festlegung, die den in der Änderung vorgesehenen Ausgleichsmechanismus weiter umsetzen soll, ebenfalls vollumfänglich aufzuheben ist.
Eine Teilnichtigkeit der Verordnung mit einer „geltungserhaltenden" Reduktion im Übrigen, also beschränkt auf den bundesweiten Ausgleich der Erlösausfälle durch individuelle Netzentgelte nach § 19 Abs. 2 Satz 1 StromNEV, kommt nicht in Betracht. Nach den in § 139 BGB und § 44 Abs. 4 VwVfG niedergelegten Rechtsgrundsätzen kann ein Rechtsakt nur (dann) teilweise unwirksam sein, wenn die Unwirksamkeitsgründe einen abgrenzbaren Teil erfassen und zudem feststeht, dass der übrige Rechtsakt gegebenenfalls auch ohne diesen Teil erlassen worden wäre (BVerwG, Beschluss vom 11. Juli 2002 - 3 B 84.02 -, Rdnr. 3, zitiert nach juris).
Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Der - bundesweite - Ausgleich der Erlösausfälle, die durch Befreiung und individuelle Netzentgelte dem Netzbetreiber entstehen, stellt keinen eigenen abgrenzbaren Teil der Änderung dar, der auch ohne die Befreiung stromintensiver Netznutzer geregelt worden wäre. Die Änderung zielte ganz ersichtlich darauf ab, stromintensive Netznutzer künftig nicht nur in den Genuss eines individuellen Netzentgelts kommen zu lassen, sondern ihnen die Möglichkeit einer weitergehenden Privilegierung, die vollständige Befreiung von den Netzentgelten, einzuräumen. Mit Blick darauf, dass es unbillig wäre, die übrigen Netznutzer je nach Belegenheit des Netzes und Zahl der stromintensiven Netznutzer in unterschiedlicher Höhe mit den daraus resultierenden Folgen zu belasten, sah der Gesetzgeber die Notwendigkeit, die - nicht unerheblichen - Erlösausfälle gleichmäßig auf alle (übrigen) Letztverbraucher umzulegen. Aus der Verordnungsbegründung geht- wie auch die Bundesnetzagentur erkennt - klar und eindeutig hervor, dass der Gesetzgeber hierzu nur Anlass sah, damit „örtliche Gegebenheiten für die Frage der Befreiung von den Netzentgelten nach § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV keine Rolle spielen" und er von daher den bundesweiten Ausgleich „zur Vermeidung überproportionaler regionaler Belastungen" installiert hat (BT-Drs. 17/6365 (S. 34)). Damit wollte er auch dem Umstand Rechnung tragen, dass die Genehmigung eines individuellen Netzentgelts

nach § 19 Abs. 2 Satz 8 StromNEV a. F. nur erfolgen konnte, wenn „die Netzentgelte aller übrigen Netznutzer dieser und aller nachgelagerten Netz- und Umspannebenen sich dadurch nicht wesentlich erhöhen".
Ungeachtet dessen aber gilt für die vom Gesetzgeber vorgenommene Änderung ohnehin, dass - wie schon ausgeführt - der erforderliche sachliche Zusammenhang mit den weiteren gesetzgeberischen Maßnahmen fehlt, der indessen erforderlich ist, wenn der Gesetzgeber von einer delegierten Verordnungsermächtigung Gebrauch machen will. Dies betrifft auch die den Umlagemechanismus betreffende Änderung der maßgeblichen Vorschriften.
III.
Der hilfsweise für den Fall der Aufhebung der Festlegung gestellte Feststellungsantrag hat jedoch keinen Erfolg. Der Antrag ist unzulässig.
1.Die Betroffene begehrt die (allgemeine) Feststellung, dass sie nicht aus § 19 Abs. 2 Satz 6 StromNEV dazu verpflichtet ist, entgangene Erlöse, die aus individuellen Netzentgelten nach § 19 Abs. 2 Satz 1 StromNEV und Befreiungen von Netzentgelten nach § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV auf Grundlage von Genehmigungen nach § 19 Abs. 2 Satz 3 StromNEV resultieren, nachgelagerten Betreibern von Elektrizitätsverteilernetzen zu erstatten.
Für eine solche allgemeine, abstrakte Feststellung ist in dem Beschwerdeverfahren der Betroffenen kein Raum. Allerdings ist ein Feststellungsantrag nach der Rechtsprechung des Kartellsenats des Bundesgerichtshofs im energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungsverfahren grundsätzlich statthaft, soweit im Einzelfall ein dem Art. 19 Abs. 4 GG genügender lückenloser Rechtsschutz nur im Wege eines gerichtlichen Feststellungsstreits in Betracht kommt. Dabei sind für die Beurteilung der Zulässigkeit eines solchen Feststellungsantrags die Vorschriften der Verwaltungsgerichtsordnung und ihre Ausgestaltung durch die Rechtsprechung entsprechend heranzuziehen (BGH, Kartellsenat, Beschluss vom 14.08.2008 - „Rheinhessische Energie" -, Rdnr. 80 f.). Entsprechend § 43 Abs. 1 VwGO könnte daher die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses oder der Nichtigkeit eines Verwaltungsakts begehrt werden, wenn der Kläger ein berechtigtes Interesse an der baldigen Feststellung hat. Als Rechtsverhältnis sind die rechtlichen Beziehungen anzusehen, die sich aus einem konkreten Sachverhalt aufgrund einer öffentlich-rechtlichen Regelung für das Verhältnis mehrerer Personen untereinander oder einer Person zu einer Sache ergeben (vgl. nur BVerwGE 89, 327, 329). Auch selbstständige Teile eines solchen Rechtsverhältnisses können Gegenstand einer Feststellungsklage sein, nicht aber bloße Elemente, unselbstständige Teile oder Vorfragen von Rechtsverhältnissen, die nicht unmittelbar Rechte und Pflichten begründen, sondern nur Voraussetzungen solcher Rechte und Pflichten sind. Im Wege eines gerichtlichen Feststellungsstreits können daher weder abstrakte Rechtsfragen noch konkrete Rechtsfragen, die nicht unmittelbar ein Rechtsverhältnis zum Gegenstand haben, geklärt werden (BGH, Beschluss vom 14.08.2008, KVR 42/07, Rdnr. 85f. - Rheinhessische Energie).
2. Gegenstand energiewirtschaftlicher Beschwerdeverfahren sind Verwaltungsakte und schlichte Verwaltungshandlungen der Regulierungsbehörden und damit der administrative Vollzug von gesetzlichen und verordnungsrechtlichen Normen (Hanebeck in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2. A., Rdnr. 3 ff. zu § 75; vgl. zu § 63 GWB nur: Langen/Buntein: Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bd. 1, 11. A., Rdnr. 4 zu § 63). Dementsprechend hat die Betroffene in Bezug auf die

streitgegenständliche Festlegung zunächst die Verpflichtung der Bundesnetzagentur zur Neubescheidung und hilfsweise die Aufhebung der Festlegung begehrt. Im Rahmen des Aufhebungsbegehrens ist lediglich eine Inzidentkontrolle der zugrundeliegenden Verordnungsänderung erfolgt. Insoweit unterscheidet sich die Zielsetzung dieses auf Einzelrechtsschutz im Rahmen des Verwaltungsvollzugs gerichteten Beschwerdeverfahrens von einem abstrakten Normenkontrollverfahren, das eine Vielzahl von Klagen in einem Verfahren bündelt und die Norm selbst zum Gegenstand hat, das jedoch vorliegend nicht zur Verfügung steht. Mit einem solchen Verfahren könnte durch eine allgemeinverbindliche Feststellung der Unwirksamkeit die auch von den beteiligten Übertragungsnetzbetreibern angeführte mögliche Rechtsunsicherheit durch abweichende Inzidententscheidungen vermieden und so auch die Gerichtsbarkeit entlastet werden. Neben einer solchen - hier nicht eröffneten - abstrakten Normenkontrolle kann allenfalls noch eine auf Erlass oder Änderung einer Rechtsverordnung gerichtete Feststellungsklage gegen den Normgeber in Betracht kommen (BVerfGE 115, 81 ff. - „Kulturpflanzenanbau" -, Rdnr. 50ff., zit. nach juris; BVerwGE 136, 54 ff, Rdnr. 28 ff., zit. nach juris).

3.Das Feststellungsbegehren der Betroffenen ist nicht auf ein konkretes Rechtsverhältnis im Rahmen dieses Beschwerdeverfahrens beschränkt, denn es geht ihr nicht um die Klärung eines solchen, sondern um die abstrakte Rechtsfrage ihrer Verpflichtung aus § 19 Abs. 2 Satz 6 StromNEV und damit seiner weiteren Anwendbarkeit. Da sie nach dieser Norm allen nachgelagerten Verteilernetzbetreibern verpflichtet ist, die aus individuellen Netzentgelten und Befreiungen resultierenden Erlösausfälle zu erstatten, läuft ihr Feststellungsbegehren darauf hinaus, dass die Nichtigkeit dieser normierten Verpflichtung für alle Fälle ihrer Inanspruchnahme von Seiten der Verteilernetzbetreiber festgestellt wird. Die begehrte Feststellung betrifft daher nicht das durch das konkrete Beschwerdeverfahren individualisierte und damit allenfalls feststellungsfähige Rechtsverhältnis, sondern die mehr oder weniger abstrakte Rechtsfrage der Nichtigkeit (auch) des § 19 Abs. 2 Satz 6 StromNEV.

Auch die grundsätzlich gegebene Befugnis der Bundesnetzagentur zu aufsichtsrechtlichen Maßnahmen nach §§ 30, 65 EnWG ist nicht geeignet, zwischen der Betroffenen und der Bundesnetzagentur ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis zu begründen. Weder hat die Bundesnetzagentur sich dahingehend geäußert, die sich aus § 19 Abs. 2 StromNEV ergebenden Rechte und Pflichten auch noch nach der - mit der Nichtigkeit der Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV begründeten - Aufhebung der Festlegung durch den Senat mit Aufsichtsmaßnahmen durchzusetzen zu wollen, noch ergibt sich eine derartige Absicht aus sonstigen Umständen. Vielmehr ist generell davon auszugehen, dass eine Behörde die gerichtlichen Entscheidungen einschließlich ihrer Begründung respektiert.

C. 1. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 Satz 1 EnWG. Da die Beschwerde insoweit Erfolg hat, als die Festlegung insgesamt aufgehoben wird, entspricht es der Billigkeit, dass die Bundesnetzagentur die Gerichtskosten zu tragen und der Betroffenen die entstandenen notwendigen Auslagen zu erstatten hat. Gründe dafür, eine Erstattung der außergerichtlichen Auslagen der übrigen Beteiligten anzuordnen, sind nicht ersichtlich.

2. Die Festsetzung des Gegenstandswerts für das Beschwerdeverfahren folgt aus § 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO. Das mit der Beschwerde verbundene Interesse der Betroffenen an der Aufhebung der angegriffenen Festlegung bemisst der Senat seiner Praxis in vergleichbaren Fällen entsprechend auf 50.000 €.

D. Der Senat hat die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof gegen diese Entscheidung zugelassen, weil die streitgegenständliche Frage grundsätzliche Bedeutung im Sinne des § 86 Abs. 2 Nr. 1 EnWG hat und die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs entsprechend § 86 Abs. 2 Nr. 2 EnWG erfordert.

Rechtsmittelbelehrung:

Die Rechtsbeschwerde kann nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung auf einer Verletzung des Rechts beruht (§§ 546, 547 ZPO). Sie ist binnen einer Frist von einem Monat schriftlich bei dem Oberlandesgericht Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen. Die Frist beginnt mit der Zustellung dieser Beschwerdeentscheidung. Die Rechtsbeschwerde ist durch einen bei dem Beschwerdegericht oder Rechtsbeschwerdegericht (Bundesgerichtshof) einzureichenden Schriftsatz binnen eines Monats zu begründen. Die Frist beginnt mit der Einlegung der Beschwerde und kann auf Antrag von dem oder der Vorsitzenden des Rechtsbeschwerdegerichts verlängert werden. Die Begründung der Rechtsbeschwerde muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird. Rechtsbeschwerdeschrift und -begründung müssen durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Für die Regulierungsbehörde besteht kein Anwaltszwang; sie kann sich im Rechtsbeschwerdeverfahren durch ein Mitglied der Behörde vertreten lassen (§§ 88 Abs. 4 S. 2, 80 S. 2 EnWG).

1 1.10 In einem Fall, in dem aufgrund vorliegender Verbrauchsdaten offensichtlich ist, dass der Höchstlastbeitrag des Netzkunden vorhersehbar erheblich von den Preisfindungsgrundsätzen nach dieser Vereinbarung (Anlagen 3 und 4) abweicht, soll zwischen Netzbetreiber und Netznutzer vor Lieferung ein Netznutzungsentgelt vereinbart werden, das die besonderen Verhältnisse angemessen berücksichtigt. Tritt diese Abweichung wider Erwarten nicht ein, erfolgt rückwirkend eine Abrechnung auf Basis der Preisfindungsgrundsätze (Anlagen 3 und 4).

2 Begründung: „Der Zubau weiterer Pumpspeicherkraftwerke und anderer Anlagen zur Speicherung elektrischer Energie ist im Hinblick auf die zunehmende Windenergieeinspeisung, verbunden mit der derzeitigen konjunkturell bedingten Minderabnahme, als kurzfristig wünschenswert einzustufen. Pumpspeicherkraftwerke nehmen in Schwachlastzeiten Strom auf."

3 entspricht Art. 20 Abs. 1 EltRL (2003/54/EG)

Zitiervorschlag:

OLG Düsseldorf Beschl. v. 6.3.2013 – 3 Kart 49/12, BeckRS 2013, 12642

BeckRS 2013, 6830

OLG Düsseldorf (3. Kartellsenat), Beschluss vom 06.03.2013 – VI-3 Kart 65/12 (V)

Titel:

Nichtigkeit der Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV und Unvereinbarkeit mit Entgeltgrundsätzen

Normenketten:

§§ 21 Abs. 1, 24 Satz 1 Nr. 1, Nr. 3 EnWG, § 19 Abs. 2 StromNEV

Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG

Art. 32 Richtlinie 2009/72/EG

Amtliche Leitsätze:

1. Ändert der Gesetzgeber eine Rechtsverordnung, muss die Änderung mit den weiteren gesetzgeberischen Maßnahmen in einem sachlichen Zusammenhang stehen und sich im Rahmen der delegierten Verordnungsermächtigung halten.
2. Der Verordnungsgeber ist nach § 24 Satz 1 Nr. 3 EnWG nur ermächtigt, in der Stromnetzentgeltverordnung neben der Methode zur Bestimmung der Entgelte Regelungen hinsichtlich der Genehmigung (oder Untersagung) individueller Netznutzungsentgelte zu treffen.
3. Bei der Befreiung stromintensiver Letztverbraucher handelt es sich schon nicht um ein individuelles Netzentgelt, da der Letztverbraucher keine Gegenleistung entrichtet.
4. Ein individuelles Netzentgelt muss den Beitrag des Letztverbrauchers zu einer Senkung oder einer Vermeidung der Erhöhung der Netzkosten widerspiegeln. Das besondere Nutzungsverhalten stromintensiver Netznutzer kann nur eine verhältnismäßige Reduzierung, nicht aber eine vollständige Befreiung von den Netzkosten rechtfertigen.

Rechtsgebiete:
Kartellrecht, EG-Kartellrecht, Europarecht, ausl. Recht, Völkerrecht, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Verwaltungsverfahren und -prozess, Sonstiges Bürgerliches Recht, Sonstiges besonderes Verwaltungsrecht

Schlagworte:
Individuelles Netzentgelt, Änderung, Stromnetzentgeltverordnung, Sachlicher Zusammenhang, Letztverbraucher

vorgehend:
OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.11.2012 - 3 Kart 65/12 (rechtskräftig)

nachfolgend:
BGH, Beschluss vom 30.06.2015 - EnVR 21/13 (rechtskräftig)

Fundstellen:
LSK 2013, 250093
RdE 2013, 236

ECLI:
ECLI:DE:OLGD:2013:0306.VI3KART65.12V.00

Rechtskraft:
rechtskräftig

KI-generierte Zusammenfassung:
Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat die Festlegung der Bundesnetzagentur zur „§ 19 StromNEV-Umlage" aufgehoben, da die zugrunde liegende Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV nichtig ist. Die Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV durch den Gesetzgeber verstößt gegen die Grenzen der Verordnungsermächtigung nach § 24 Satz 1 Nr. 3 EnWG. Der Verordnungsgeber ist nur ermächtigt, Regelungen zur Genehmigung oder Untersagung individueller Netznutzungsentgelte zu treffen, nicht jedoch zur vollständigen Befreiung stromintensiver Letztverbraucher von den Netzentgelten. Eine solche Befreiung stellt keine individuelle Entgeltbildung dar, da der Letztverbraucher keine Gegenleistung erbringt. Zudem verstößt die

Befreiung gegen die Entgeltgrundsätze des § 21 Abs. 1 EnWG, die eine angemessene, diskriminierungsfreie und transparente Entgeltbildung vorschreiben. Das besondere Nutzungsverhalten stromintensiver Netznutzer kann nur eine verhältnismäßige Reduzierung, nicht aber eine vollständige Befreiung von den Netzkosten rechtfertigen.

Tenor:

Auf die Beschwerde der Betroffenen wird die Festlegung der Beschlusskammer 8 der Bundesnetzagentur vom 14. Dezember 2011 – BK 8-11/024 – aufgehoben.
Die Feststellungsanträge der Beteiligten B., C. und D. werden verworfen.
Die Bundesnetzagentur trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen der Betroffenen. Die übrigen Beteiligten tragen ihre Auslagen selbst.
Der Beschwerdewert wird auf 50.000 € festgesetzt.
Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe:

A.

1 Die Betroffene betreibt ein Elektrizitätsversorgungsnetz im Ballungsgebiet E., das in zwei Netzgebiete (E. und F.) unterteilt ist. Sie ist ein gemeinsames Tochterunternehmen der G. und der H.

2 Mit ihrer Beschwerde wendet die Betroffene sich gegen die Festlegung der Beschlusskammer 8 der Bundesnetzagentur vom 14. Dezember 2011, mit der diese gegenüber allen Betreibern von Elektrizitätsversorgungsnetzen Einzelheiten der „§ 19 StromNEV-Umlage in Abweichung von § 17 Abs. 8 StromNEV" festgelegt hat. Die Betroffene war am Verwaltungsverfahren nicht förmlich beteiligt.

3 Hintergrund für die Festlegung der Umlage ist die mit Wirkung vom 4. August 2011 in Kraft getretene Änderung des § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV. § 19 Abs. 2 Satz 1 StromNEV sieht vor, dass für atypisches Nutzungsverhalten in Abweichung von § 16 StromNEV individuelle Netzentgelte vereinbart werden können. Nach § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV a. F. war ein individuelles Entgelt außerdem dann anzubieten, wenn die Stromabnahme aus dem Netz der allgemeinen Versorgung für den eigenen Verbrauch an einer Abnahmestelle die Benutzungsstundenzahl von jährlich mindestens 7.000 Stunden erreicht und der Stromverbrauch an dieser Abnahmestelle jährlich 10 Gigawattstunden übersteigt; das zu bildende individuelle Entgelt hatte den Beitrag des Letztverbrauchers zu einer Senkung oder Vermeidung der Erhöhung der Netzkosten dieser und aller vorgelagerten Netzebenen widerzuspiegeln. Es durfte nicht weniger als 20% des veröffentlichten Netzentgelts betragen und sollte nur genehmigt werden, wenn sich die Netzentgelte aller übrigen Nutzer dieser und aller nachgelagerten Netz- und Umspannebenen dadurch nicht wesentlich erhöhen. Nach der Neufassung des Satz 2 sollen Netznutzer grundsätzlich von den Netzentgelten befreit werden, wenn sie die Schwellenwerte einer Benutzungsstundenzahl von 7.000 Stunden und eines Stromverbrauchs von 10 Gigawattstunden an einer Abnahmestelle überschreiten. Die Vereinbarung eines individuellen Netzentgelts wie auch die Befreiung nach Satz 2 bedarf der Genehmigung der Regulierungsbehörde. Mit der Befreiung werden im Wesentlichen Unternehmen großer Industriezweige begünstigt. Für das Jahr 2011 waren nach

den Angaben der Bundesnetzagentur in ihrem Geschäftsbereich 281 Anträge stromintensiver Unternehmen zu verzeichnen; soweit sie Letztverbraucher auf ihren Antrag hin von Netzentgelten befreit hat, ist dies mit Wirkung ab dem 1. Januar 2011 erfolgt.

4 Durch die Netzentgeltbefreiungen und -ermäßigungen entstehen den Verteilernetzbetreibern erhebliche Erlösausfälle. Insoweit sieht die Neufassung des § 19 Abs. 2 StromNEV in Satz 6 vor, dass die Betreiber von Übertragungsnetzen verpflichtet sind, den nachgelagerten Verteilernetzbetreibern die entgangenen Erlöse zu erstatten. In Satz 7 ist weiter geregelt, dass diese Zahlungen sowie eigene entgangene Erlöse durch Befreiungen und Ermäßigungen der Netzentgelte unter den Übertragungsnetzbetreibern über eine finanzielle Verrechnung auszugleichen sind; § 9 des KWKG findet entsprechende Anwendung.

5 Durch die angegriffene Festlegung hat die Bundesnetzagentur einen Umlagemechanismus entsprechend den Vorgaben der Absätze 4 bis 7 des § 9 KWKG weiter ausgestaltet. Danach sind die Netzbetreiber u. a. verpflichtet, von allen Netzverbrauchern bzw. Lieferanten eine Umlage zu erheben und an den jeweiligen Übertragungsnetzbetreiber ihrer Regelzone weiterzuleiten. Die Höhe der Umlage sollen die Netzbetreiber auf dem Preisblatt sowie auf ihrer jeweiligen Internetseite veröffentlichen. Nach Ziffer 10 der Festlegung sind die Vorgaben aus der Festlegung ab dem 01.01.2012 umzusetzen. Entgangene Erlöse aus dem Kalenderjahr 2011 werden – so die Festlegung weiter – nicht vom Umlagemechanismus erfasst, Mindererlöse nach § 19 Abs. 2 StromNEV für das Jahr 2011 können nicht Verteilernetzbetreiber gegenüber den Übertragungsnetzbetreibern geltend machen; für Verteiler- bzw. Übertragungsnetzbetreiber werden diese Sachverhalte entsprechend § 5 ARegV im Regulierungskonto berücksichtigt.

6 Weder der Verordnungswortlaut noch die darauf beruhende Festlegung wurde bei der Europäischen Kommission notifiziert.

7 In den Netzgebieten der Betroffenen haben – ihrem Vorbringen zufolge – zehn Letztverbraucher Netzentgeltbefreiungen beantragt, die zwischenzeitlich auch z.T. – mit Wirkung ab dem 1. Januar 2011- von der Beschlusskammer 4 genehmigt worden sind. Die daraus resultierenden Befreiungen betreffen insgesamt ein Volumen von. . .€ und führen dazu, dass die befreiten Netzkunden die für das Jahr 2011 bereits gezahlten Netzentgelte zurückfordern können. Die Betroffene hat insoweit Beschwerden eingelegt, die bei dem Senat unter den Aktenzeichen VI-3 Kart …/12 (V), …/12 (V), …/12 (V), …/12 (V) und …/12 (V) anhängig sind.

8 Gegen die Festlegung hat die Betroffene form- und fristgerecht Beschwerde mit dem Ziel der Aufhebung der Festlegung eingelegt und mit Schriftsatz vom 9. März 2012 wegen ernstlicher Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Regelung in Ziffer 10 die Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde beantragt.

9 Mit ihrer Beschwerde macht die Betroffene geltend:

10 Die Festlegung der Bundesnetzagentur sei bereits rechtswidrig, weil es an einer hinreichenden Ermächtigungsgrundlage für sie selbst, aber auch für die Festlegung des Umlagesystems fehle. Das Umlagesystem der Bundesnetzagentur sei schon deshalb rechtswidrig, weil die Regelungen des § 19 Abs. 2 Satz 6, 7 StromNEV nicht wirksam in die StromNEV aufgenommen worden seien. Im EnWG sei eine solche Ermächtigung nicht enthalten.

11 Insbesondere sehe § 24 EnWG keine Ermächtigung für die Einführung eines

Umlagesystems vor. Eine gesetzliche Ermächtigung sei vorliegend auch nicht deshalb entbehrlich, weil § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV durch förmliches Gesetz im Rahmen der Änderung eines Gesetzes in die Stromnetzentgeltverordnung eingefügt worden sei. Durch diese Anpassung erhielten die Regelungen in einer Verordnung keinen Gesetzesrang.

12 Den Erlass der Festlegung könne die Bundesnetzagentur auch nicht auf § 30 Abs. 2 Nr. 6 StromNEV i. V. m. § 17 Abs. 8 StromNEV stützen. § 30 Abs. 2 Nr. 6 StromNEV ermögliche Festlegungen zur Gewährleistung sachgerechter Entgelte in Abweichung zu § 17 Abs. 8 StromNEV. Eine Umlage stelle jedoch kein Entgelt i. S. d. § 30 Abs. 2 Nr. 6 StromNEV dar. Entgelte seien Aufwendungen des Empfängers für Arbeit, Lieferung oder sonstige Leistungen; Netzentgelte solche für den Zugang zu Elektrizitätsübertragungs- und -verteilernetzen (§ 1 StromNEV). Die verfahrensgegenständliche Umlage diene indessen nur dem Zweck, die Netzbetreiber durch Netzentgeltbefreiung bzw. -minderung entgangenen Erlöse durch Verteilung der Kosten zu refinanzieren, so dass es an einer korrespondierenden Gegenleistung fehle.

13 Der von der Bundesnetzagentur festgelegte Umlagemechanismus sei überdies in § 19 Abs. 2 Satz 6, 7 StromNEV nicht vorgesehen. § 19 Abs. 2 StromNEV regele lediglich, dass die Betreiber von Übertragungsnetzen verpflichtet seien, entgangene Erlöse, die aus individuellen Netzentgelten nach Satz 1 und Befreiungen von Netzentgelten nach Satz 2 der Norm resultierten, nachgelagerten Betreibern von Elektrizitätsverteilernetzen zu erstatten. Diese Zahlungen sowie die eigenen Belastungen sollten über eine finanzielle Verrechnung untereinander ausgeglichen werden, nur insoweit solle § 9 KWKG entsprechend Anwendung finden. Aus der entsprechenden Anwendung des § 9 KWKG folge nur der Ausgleich unter den Übertragungsnetzbetreibern auf dritter Stufe. Die bundesweite Umlage werde nicht erwähnt. Wenn der Gesetzgeber eine bundesweite Umlage hätte einführen wollen, hätte er dies jedenfalls in der Begründung ausdrücklich erwähnen müssen und damit Inhalt und Reichweite des Umlagesystems ausdrücklich festlegen müssen.

14 Eine Ermächtigung fehle insbesondere für Ziffer 10 der Festlegung, wonach die Vorgaben aus der Festlegung für die § 19 StromNEV-Umlage erst ab dem 1. Januar 2012 umzusetzen sind, entgangene Erlöse für 2011 demnach nicht von dem Umlagemechanismus erfasst, sondern entsprechend § 5 ARegV im Regulierungskonto berücksichtigt würden. Der Wortlaut des § 19 Abs. 2 Satz 6 und 7 StromNEV sehe nur die Erstattung der entgangenen Erlöse vor.

15 Für die Schaffung des Umlagesystems sei eine gesetzliche Grundlage erforderlich, denn dies greife in die Grundrechte der Betreiber und ihrer Netzkunden ein. Durch das Umlagesystem würden einige Netznutzer privilegiert, jedoch sämtliche Netzbetreiber und die übrigen Netznutzer nicht in unerheblicher Weise belastet. Das entsprechende Umlagesystem in § 37 Abs. 2 EEG und § 9 KWKG sei dementsprechend auch durch den Gesetzgeber selbst festgeschrieben worden.

16 Auch für die in § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV vorgesehene Befreiung stromintensiver Nutznutzer fehle es an einer Ermächtigungsgrundlage. Eine Ermächtigung für eine vollständige Befreiung enthalte das EnWG nicht. § 24 sei insoweit nicht einschlägig, auch aus § 21 Abs. 2 EnWG lasse sich eine Ermächtigungsgrundlage nicht entnehmen. Die Norm gehe grundsätzlich von einer kostenorientierten Netzentgeltbildung aus.

17 Die Festlegung der § 19 StromNEV-Umlage sei auch in der Sache materiell

rechtswidrig.

18 In Verbindung mit § 19 Abs. 2 StromNEV verstoße sie gegen das Beihilfenverbot des Art. 107 AEUV. Danach seien staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedsstaaten beeinträchtigen. Bei der angegriffenen Festlegung handle es sich um eine derartige verbotene Beihilfe. Die in § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV normierte Benutzungsstundenzahl von mindestens 7.000 Stunden sowie eines Stromverbrauchs von mehr als 10 GWh führe i. V. m. der angegriffenen Festlegung zu einer selektiven Begünstigung besonders stromintensiver Industriezweige und damit zu einer Wettbewerbsverfälschung im Verhältnis zu den Unternehmen, die die Schwellenwerte knapp unterschreiten. Im Übrigen habe die Regelung auch Auswirkungen auf die Konkurrenzsituation zu vergleichbaren stromintensiven Unternehmen in anderen Mitgliedstaaten. Die Begünstigung werde auch aus staatlichen Mitteln gewährt. Ausreichend sei es dabei, dass die Mittel ständig unter staatlicher Kontrolle und somit zur Verfügung der staatlichen zuständigen nationalen Behörden stünden. Sie – die Betroffene – stehe sowohl im Hinblick auf die konkrete Ausgestaltung bzw. Durchführung der Umlage als auch mit Blick auf die konkrete Mittelverwendung unter staatlicher Kontrolle. Da eine Notifizierung nicht erfolgt und auch ansonsten kein Ausnahmetatbestand ersichtlich sei, liege ein Verstoß gegen das Beihilfenverbot vor.

19 Sie beantragt insoweit, das Verfahren gem. § 148 ZPO auszusetzen und dem Europäischen Gerichtshof zur Vorabentscheidung nach Art. 267 AEUV vorzulegen,

Die in Ziffer 10 vorgesehene Abwicklung der Mindererlöse aus dem Jahr 2011 über das Regulierungskonto verstoße gegen die Vorgaben in der Anreizregulierungs- und der Stromnetzentgeltverordnung. Nach den Sätzen 6 und 7 des § 19 Abs. 2 StromNEV seien Mindererlöse durch die Übertragungsnetzbetreiber zu erstatten, eine Abwicklung über das Regulierungskonto sei nicht vorgesehen. Die Nichteinbeziehung der Mindererlöse in den Umlagemechanismus widerspreche daher der Vorgabe des § 19 Abs. 2 Satz 6 und 7 StromNEV, sofern überhaupt eine rückwirkende Befreiung für das Jahr 2011 zulässig sei. Selbst wenn die Einführung des Umlagemechanismus in 2011 nicht möglich gewesen wäre, hätte dies zu einer Sonderregelung für 2011 oder einer Befreiung erst ab dem 1. Januar 2012 führen müssen. Ziffer 10 verstoße auch gegen den Regelungszweck des § 19 Abs. 2 Satz 6 und 7 StromNEV.

20 Auch das durch die Festlegung angeordnete Auseinanderfallen des Anwendungszeitraums des Umlagemechanismus und der Anwendung der Befreiung widerspreche den verordnungsrechtlichen Vorgaben. Die Rückwirkung der Befreiung ab dem 1. Januar 2011 sei rechtswidrig, da die Gesetzesänderung erst zum 4. August 2011 erfolgt sei. Ziffer 10 missachte die Verknüpfung der Befreiung mit dem Umlagemechanismus. Nach dem Willen des Gesetzgebers handele es sich um ein einheitliches Gesamtkonzept, dessen Anwendung zeitgleich erfolgen müsse.

21 Unabhängig davon sei die vollständige Befreiung aber auch materiell rechtswidrig. Sie verstoße gegen die Vorgaben des § 21 Abs. 1 EnWG, wonach die Netzentgelte angemessen sein müssten. Eine Reduktion der Netzentgelte sei nur dann denkbar, wenn sie besonderem individuellen Nutzungsverhalten der Letztverbraucher angemessen Rechnung trage. Eine Reduktion auf „null" sei indessen nicht

angemessen, insbesondere nicht eine Reduktion des Arbeitspreises. Die mit der Inanspruchnahme von Arbeit verbundenen Kosten (für Wartung, Instandhaltung und Verwaltung) fielen auch dann an. Eine netzstabilisierende Wirkung könne daher nur zu einer Reduktion des Netzentgelts oder individuellen Netzentgelten, nicht aber zur vollständigen Befreiung führen. Schließlich habe die vollständige Befreiung von Netzentgelten auch diskriminierende Wirkung für die Netznutzer, welche die Schwellenwerte nur knapp nicht erreichen und zugleich eine hohe Benutzungsstundenzahl aufweisen. Industriepolitische Erwägungen seien kein sachgerechtes Kriterium. Auch führe die vollständige Befreiung zu Fehlanreizen, denn sie ermutige zu höherem Stromverbrauch, um den Privilegierungstatbestand zu erreichen. Dies aber laufe dem Ziel der Energieeffizienz und den weiteren in § 1 EnWG geregelten Zielen entgegen. Auch verstoße die Regelung gegen Art. 3 GG, weil ein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung fehle.

22 Durch Beschluss vom 14. November 2012 hat der Senat den mit der Beschwerde gestellten Antrag der Beschwerdeführerin, die aufschiebende Wirkung ihrer Beschwerde gegen Ziffer 10 der Festlegung anzuordnen, zurückgewiesen. Zur Begründung hat der Senat ausgeführt, dass Ziffer 10 der angegriffenen Festlegung einer isolierten Aufhebung nicht zugänglich sei, so dass eine darauf beschränkte Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde im Eilverfahren nicht in Betracht komme. In diesem Zusammenhang hat der Senat darauf hingewiesen, dass er erhebliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Verordnungsänderung hat, die der Festlegung zugrunde liegt. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Gründe der Entscheidung Bezug genommen.

23 Die Betroffene beantragt,
den Beschluss der Beschlusskammer 8 der Bundesnetzagentur vom 14.12.2011 in dem Verwaltungsverfahren BK 8 – 11/024 aufzuheben.

24 Die Bundesnetzagentur bittet, die Beschwerde zurückzuweisen.

25 Sie verteidigt die angegriffene Festlegung unter Wiederholung und Vertiefung ihrer Gründe.

26 Sie greift die vom Senat in seinem Beschluss vom 14. November 2012 geäußerten Bedenken an der Rechtmäßigkeit der Verordnungsänderung auf und trägt dazu vor: Die Änderung sei rechtmäßig, denn der Verordnungsgeber habe weder die Grenzen der Verordnungsermächtigung überschritten noch habe er gegen die Grundsätze des § 21 EnWG verstoßen.

27 Die Regelungen des § 19 Abs. 2 S. 2 und S. 3 StromNEV seien auch nach der Änderung im August 2011 von der Verordnungsermächtigung in § 24 S. 1 Nr. 3 EnWG gedeckt. Artikel 80 Abs. 1 S. 2 GG verlange, dass eine Verordnungsermächtigung Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung bestimmt. Damit werde nicht vorgeschrieben, dass auch die Einzelheiten der durch eine Rechtsverordnung zu treffenden Regelung in die Ermächtigungsnorm aufzunehmen sind. Gerade in vielschichtigen und komplexen Bereichen des Wirtschaftsverwaltungsrechts, zu denen die Energieregulierung zähle, seien geringere Anforderungen an eine hinreichende Bestimmtheit der Ermächtigung zu stellen. Im Übrigen sei dem Verordnungsgeber gerade im Regulierungsrecht ein Gestaltungsspielraum zuzugestehen. Daher seien bei solchen vielschichtigen Sachverhalten flexiblere und weniger strenge Anforderungen an die Bestimmtheit der Ermächtigung zu stellen.

28 Die Verordnungsermächtigung des § 24 S. 1 Nr. 3 EnWG gebe den Rahmen der

Verordnung vor, mit der der Verordnungsgeber regeln könne, in welchen Sonderfällen der Netznutzung und unter welchen Voraussetzungen die Regulierungsbehörde individuelle Netzentgelte genehmigen oder untersagen dürfe. Durch das Abstellen auf „Sonderfälle der Netznutzung" erkenne der Gesetzgeber an, dass es neben dem typischen Netzkunden auch atypische Fälle gebe, die nicht billigerweise unter das im Übrigen für alle Netznutzer gleichermaßen geltende System fallen sollten. Durch den Begriff des individuellen Netzentgelts gebe der Gesetzgeber zugleich vor, dass in der Verordnung eine Abweichung vom typischen Fall der Netznutzung auch auf der Rechtsfolgenseite, nämlich bei der finanziellen Kompensation zu regeln ist. Darin sei zugleich die Wertung enthalten, dass die Gegenleistung in diesem speziellen Fall von der allgemeinen Entgeltbildung abweiche und damit zum individuellen Netzentgelt werde. Durch das Abstellen auf die unbestimmten Rechtsbegriffe der individuellen Netzentgelte und der Sonderfälle der Netznutzung habe der Gesetzgeber dem Verordnungsgeber einen Gestaltungsspielraum und eine Einschätzungsprärogative hinsichtlich der zugrunde liegenden komplexen Verhältnisse der Elektrizitätswirtschaft und der hierauf anwendbaren komplexen Regulierungsmethoden zugestanden. In Anbetracht dessen sei es dem Gericht verwehrt, die Einschätzung der regelungsbefugten Exekutive durch eine an der Zweckmäßigkeit oder an der Interessenlage der Betroffenen ausgerichteten eigenen Einschätzung zu ersetzen.

29 Mit der konkreten Regelung halte der Verordnungsgeber sich innerhalb des von der Ermächtigung gezogenen Rahmens. Es handle sich um eine rechtmäßige Ausgestaltung der Befugnis, für atypische Netznutzung eine der Situation angemessene individuelle Kompensation zu bestimmen. Bei den Voraussetzungen des § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV handle es sich um Sonderfälle der Netznutzung, denn die besonders intensive Netznutzung entspreche gerade der Abweichung von der typischen Netznutzung, die § 24 S. 1 Nr. 3 EnWG verlange. In einem solchen Fall sei es dem Verordnungsgeber erlaubt, diskriminierungsfreie und angemessene Netzentgelte auf anderem Wege zu ermitteln und damit das ob und wie einer individuellen finanziellen Kompensation zu gestalten. Die Befreiung von den Netzentgelten habe der Verordnungsgeber statuiert, weil stromintensive Unternehmen mit einer hohen Bandlast netzstabilisierend wirken, was nicht ernstlich bezweifelt werden könne. Durch eine hohe Benutzungsstundenzahl der Bandlastkunden mit einer gleichmäßigen Leistungsentnahme könnten Netzbetreiber von einer kontinuierlichen Auslastung der Netzinfrastruktur durch den Bandlastkunden ausgehen. Dies sei in jener Situation für die Prognose der jeweiligen Netzlast sowohl im Verteiler- als auch im Übertragungsnetz positiv. Eingriffe in den Netzbetrieb könnten gegebenenfalls reduziert werden. Darüber hinaus trügen die stromintensiven Netzkunden durch den gleichmäßig hohen Strombezugregelmäßig zur Netzstabilität bei, indem Schwankungen der übrigen Netzkunden relativiert würden. Die Feststellung dieser Wirkungsmechanismen sei von der Einschätzungsprärogative des Verordnungsgebers gedeckt. Dann sei es von seinem Gestaltungsspielraum erfasst, wie stark er diese netzstabilisierende Wirkung bei der Reduzierung von Netzentgelten berücksichtige. Vor diesem Hintergrund sei es unschädlich, dass sich der Verordnungsgeber in § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV in einem ersten Schritt für eine Reduktion auf Null entschieden habe. Dabei sei zu beachten, dass der befreite Netzkunde in einem zweiten Schritt die § 19-Umlage und damit auch ein weiteres geldwertes Entgelt zahle. Denn der

Netzkunde sei zwar von der Zahlung aller im Zusammenhang mit der Netznutzung stehenden leistungs- und arbeitsabhängigen Netzentgelte befreit. Andere Entgelte, etwa für Zählen und Messen, seien von der Netzentgeltbefreiung aber gerade nicht umfasst. Der Verordnungsgeber habe ein bloß reduziertes Netzentgelt nicht als hinreichend betrachtet, sondern es für sachgerecht gehalten, die betroffenen Unternehmen bei Vorliegen der Voraussetzungen zunächst pauschal zu befreien. Der Verordnungsgeber halte sich im Rahmen des vorgegebenen Gestaltungsspielraums, wenn er die insgesamt netzstabilisierende Wirkung höher bewerte als die möglicherweise durch die Entnahme verursachten Netzkosten.

30 Auch nach Sinn und Zweck des § 24 S. 1 Nr. 3 EnWG ergebe sich kein Unterschied zwischen der Vereinbarung eines gegebenenfalls sehr geringen individuellen Netzentgelts und einer Befreiung. Der Gesetzgeber bezwecke mit seiner Ermächtigung in erster Linie, von den allgemeinen Entgelten abweichende Netzentgelte unter einen Vorbehalt zu stellen. Diese Prüfung durch die Regulierungsbehörde sei auch im Fall einer Befreiung vorgeschaltet, so dass die finanzielle Kompensation verschiedene Größenordnungen bis hin zu Null einnehmen könne.

31 Es sei auch nicht ersichtlich, dass sich der Gesetzgeber eine vollständige Befreiung habe vorbehalten wollen. Nur weil er im Fall des § 118 Abs. 6 EnWG neu errichtete Stromspeicheranlagen habe anreizen wollen und daher unmittelbar im Gesetz selbst von den Entgelten für den Netzzugang freigestellt habe, bedeute das noch nicht, dass dies für alle Fälle von Netzentgeltbefreiungen zwingend im EnWG selbst erfolgen müsse.

32 Darüber hinaus sei zu beachten, dass sich für die stromintensiven Betriebe im Ergebnis die in § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV als Befreiung bezeichnete Ermäßigung der Netzentgelte finanziell nicht als hundertprozentige Befreiung auswirke. Die Regelung bestehe im Ergebnis aus einer entlastenden wie auch belastenden Regelung: während die Kosten der Befreiung in der vor dem 4. August 2011 geltenden Fassung den allgemeinen Netznutzungsentgelten zugerechnet und somit auf das jeweilige Netzgebiet verteilt wurden, finde nun eine Umlageregelung Anwendung, die die Umlage auch zulasten der befreiten Unternehmen vorsehe. Daher handle es sich für die befreiten Unternehmen im Ergebnis weiterhin lediglich um eine im Vergleich zur alten Regelung nochmals erhöhte Reduzierung der Gesamtbelastung. Die Umlage sei so hoch, dass im Ergebnis auch die formell und nach der Begrifflichkeit des § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV befreiten Unternehmen an den Netzkosten beteiligt würden.

33 Die Befreiung verstoße auch nicht gegen das in § 21 Abs. 1 EnWG verankerteGebot der Nichtdiskriminierung. Das Diskriminierungsverbot ziele ebenso wie die Richtlinie 2003/54/EG vom 26.06.2003 und die Richtlinie 2009/72/EG darauf ab, den Wettbewerb auf der dem Netzbetrieb vorgelagerten Stufe – der Stromerzeugung – und der nachgelagerten Stufe – dem Stromvertrieb – zu ermöglichen und zu gewährleisten. Die Schaffung von Wettbewerb auf dem Elektrizitätsmarkt sei das zentrale Anliegen des europäischen Gemeinschaftsgesetzgebers und ziehe sich wie ein roter Faden durch die maßgeblichen Richtlinien, deren Umsetzung das EnWG im Allgemeinen und § 21 EnWG im Besonderen diene. Die Zielrichtung spiegele sich im Wortlaut des Gesetzes wieder. Demgegenüber verbiete es weder das Gemeinschaftsrecht noch das Diskriminierungsverbot des § 21 EnWG, in Fällen atypischer Netznutzung diese

Netznutzer anders zu behandeln als andere. Dass dies grundsätzlich zulässig und sogar gewollt sei, zeige die Vorschrift des § 24 S. 1 Nr. 3 EnWG, die in diesen Fällen individuelle Entgelte erlaube. Entscheidend sei, dass die vermeintliche Ungleichbehandlung der befreiten Letztverbraucher den Wettbewerb auf der vor- und nachgelagerten Ebene nicht gefährde. Es gehe auch nicht um eine Ungleichbehandlung von außerhalb des assoziierten Unternehmens stehenden Unternehmen. Ein Verstoß gegen das gemeinschaftsrechtliche und einfachgesetzliche Diskriminierungsverbot liege daher nicht vor.

34 Darüber hinaus handle es sich bei dem Befreiungstatbestand um eine diskriminierungsfreie Ausgestaltung. Die Ungleichbehandlung sei wegen der Sondersituation dieser Netznutzer jedenfalls gerechtfertigt. Diese wiesen im Gegensatz zu den nicht befreiten Netznutzern ein besonderes Nutzungsverhalten auf. Es handle sich somit um Sonderformen der Netznutzung, die nach der Einschätzung des Gesetz- und des Verordnungsgebers einer Ungleichbehandlung bedürften.

35 Es sei auch eine angemessene Entgeltbildung gewährleistet. Der gemeinschaftsrechtlich vorgegebene und durch § 21 EnWG umgesetzte Grundsatz der Angemessenheit der Entgelte solle sicherstellen, dass der Marktzugang zum Erzeugungs- und Versorgungsmarkt nicht durch unangemessene Bedingungen für den Netzzugang behindert werde. Im Verhältnis zum Netzkunden bedeute dies, dass die Netzentgelte nicht so hoch sein dürften, dass sie den Zugang zum vorgelagerten Erzeugungs- und dem nachgelagerten Versorgungsmarkt ungerechtfertigt behindern. Davon könne trotz eines höheren zu entrichtenden Betrags für Netzentgelt und Umlage nicht ausgegangen werden. Der Kern des Erfordernisses der Angemessenheit der Entgelte sei der Grundsatz der Kostenorientierung, auf den sich der Netzbetreiber berufen könne. Europarechtlicher Kern dieses Grundsatzes sei es, den Netzbetreibern durch die Tarifgestaltung die notwendigen Netzinvestitionen zu ermöglichen und somit die Lebensfähigkeit der Netze zu gewährleisten. Dies setze voraus, dass der regulatorische Rahmen eine Refinanzierung dieser Investitionen ermögliche. Dem trage die streitgegenständliche Umlage gerade Rechnung.

36 Sie – die Bundesnetzagentur – sei nach § 29 Abs. 1 EnWG in Verbindung mit § 30 Abs. 2 Nr. 6 StromNEV auch dazu ermächtigt gewesen, in Abweichung von § 17 Absatz 8 StromNEV Einzelheiten des durch § 19 Abs. 2 StromNEV i. V. m. § 9 KWKG vorgegebenen Umlagemechanismus zum Ausgleich von entgangenen Erlösen aufgrund von individuellen Netzentgelten und Befreiungen festzulegen.

37 Die Festlegung gewährleiste angemessene und damit sachgerechte Entgelte für die Betreiber von Stromnetzen. Dieser müsse die Erlöse, die ihm aufgrund ermäßigter individueller Netzentgelte und Befreiungen entgehen, refinanzieren können. Dies gewährleiste die Festlegung, indem sie den in § 19 Abs. 2 StromNEV und § 9 KWKG vorgesehenen Wälzungs- und Umlagemechanismus zum Ausgleich der entgangenen Erlöse nachvollziehe und konkretisiere.

38 Eine Kompetenz zur Regelung der vorliegenden Materie ergebe sich auch mit Blick auf § 30 Abs. 1 Nr. 8 StromNEV. Nach dieser Vorschrift könne die Regulierungsbehörde sogar Festlegungen zur Höhe der sich aus dem Belastungsausgleich nach § 9 Abs. 7 KWKG ergebenden Zuschläge treffen. Andere Zuschläge seien bei Erlass der Verordnung namentlich nicht bekannt gewesen. Um den sich schnell wandelnden Bedürfnissen des komplexen

Elektrizitätswirtschaftsbereichs gerecht zu werden, sei der Regulierungsbehörde daher nach § 30 Abs. 2 Nr. 6 StromNEV für weitere Entgelte in Abweichung zu § 17 Abs. 8 StromNEV eine entsprechende Kompetenz zur Entgeltfestlegung eingeräumt worden.

39 Die Bundesnetzagentur sei auch deswegen nach § 30 Abs. 2 Nr. 6 StromNEV zur Festlegung des Umlagemechanismus zum Ausgleich entgangener Erlöse nach § 19 Abs. 2 StromNEV ermächtigt, weil dieser Mechanismus in § 19 Abs. 2 StromNEV in Verbindung mit § 9 KWKG vorgesehen sei. Die Umlage sei zwar nicht unmittelbar in der StromNEV, wohl aber in § 9 Abs. 4-7 KWKG geregelt. Da der Verordnungsgeber in § 19 Abs. 2 S. 7 2. HS StromNEV auf den Wälzungsmechanismus in § 9 KWKG verwiesen habe, sei die Umlage bereits kraft Gesetzes zulässig.

40 Der Einwand, die Umlage sei kein Entgelt, weil sie nicht der Abgeltung einer Gegenleistung diene, greife nicht durch. Dieser Einwand verkenne, dass § 30 Abs. 2 Nr. 6 StromNEV die Regulierungsbehörde dazu ermächtige, Festlegungen zu treffen, die eine sachgerechte Entgeltbildung ermöglichten. So könne die Regulierungsbehörde insbesondere Regelungen treffen, die in Abweichung von den Vorschriften der StromNEV die Sachgerechtigkeit der vorgesehenen Entgelte sicherstelle. Dies werde durch die Verordnungsbegründung bestätigt. Dort weise der Verordnungsgeber darauf hin, dass es nicht zielführend erscheine, sämtliche Regelungen, die für die Gewährleistung angemessener Entgelte erforderlich sind, in der Verordnung festzuschreiben. Daraus gehe gerade nicht hervor, dass die Regulierungsbehörde auf die Festlegung neuer Entgelte beschränkt sein solle. Vielmehr sei von einem Ermessen auszugehen, das sich vor allem an der Sachgerechtigkeit und Angemessenheit der Entgelte zu orientieren habe. Nach dem Willen des Verordnungsgebers solle die Regulierungsbehörde befugt sein, „die zur Gewährleistung angemessener Entgelte erforderlichen Entscheidungen" zu treffen. Um eine solche Entscheidung handele es sich bei der streitgegenständlichen Festlegung, so dass offen bleiben könne, ob die Umlage ein Entgelt, Preisbestandteil oder etwas gänzlich anderes sei.

41 Ungeachtet dessen lasse sich die Umlage aber auch unter den Begriff des Entgelts fassen. Sie sei jedenfalls kein Netzentgelt, allenfalls ein anderes Entgelt und diene dem Ausgleich von Entlastungen besonderer Netzkunden nach § 19 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 StromNEV. Bei ihrer Einordnung als Entgelt sei insbesondere die Äquivalenz der Gegenleistung gewährleistet.

42 Eine Festlegung gemäß § 30 Abs. 2 Nr. 6 StromNEV müsse kein Netzentgelt i. S. d. § 1 StromNEV zum Gegenstand haben; es genüge ganz allgemein die Festlegung eines Entgelts oder sonstiger Entscheidungen zur Gewährleistung allgemeiner Entgelte.

43 Selbst wenn der Senat nicht der Auffassung folgen wolle, dass die Regelungen von der Verordnungsermächtigung in § 24 S. 1 Nr. 3 EnWG gedeckt sind, führe dies nicht zur vollständigen Aufhebung des streitgegenständlichen Beschlusses. Gleiches gelte für den Fall, dass ihre Ermächtigung verneint würde, nach § 29 Abs. 1 EnWG, § 30 Abs. 2 Nr. 6 StromNEV einen Umlagemechanismus zum Ausgleich von entgangenen Erlösen aufgrund Befreiungen festzulegen. In beiden Konstellationen sei zu berücksichtigen, dass die Festlegung hinsichtlich ihres Regelungsgegenstands teilbar sei. Jedenfalls die Umlage entgangener Erlöse aus der Vereinbarung individueller Netzentgelte nach § 19 Abs. 2 S. 1 StromNEV sei rechtmäßig, denn die Regelung entspreche im wesentlichen der vor der

Verordnungsänderung geltenden Rechtslage.

44 Durch den Beschluss werde der Lastenausgleich für zwei verschiedene Regelungsinstrumente geregelt, denen gemeinsam sei, dass sie Sonderformen der Netznutzung betreffen. Im Übrigen aber seien die Regelungen zur Befreiung und zu den individuellen Netzentgelten selbstständig und voneinander getrennt zu betrachten. Insbesondere seien die Tatbestandsvoraussetzungen unterschiedlich, so dass ein untrennbarer innerer Zusammenhang bestehe. Auch für den Fall, dass ausschließlich Erlösausfälle aus dem Regime des § 19 Abs. 2 S. 1 StromNEV anfielen, bestünde weiterhin das Bedürfnis nach dem von § 19 Abs. 2 S. 7 StromNEV geforderten Ausgleich. Die angefochtene Festlegung sei daher allenfalls teilweise aufzuheben.

45 Die beteiligten Übertragungsnetzbetreiber B., C. und D. schließen sich dem Antrag der Bundesnetzagentur an und beantragen hilfsweise,

festzustellen, dass sie nicht aus § 19 Abs. 2 Satz 6 StromNEV dazu verpflichtet sind, entgangene Erlöse, die aus individuellen Netzentgelten nach § 19 Abs. 2 Satz 1 StromNEV und Befreiungen von Netzentgelten nach § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV auf Grundlage von Genehmigungen nach § 19 Abs. 2 Satz 3 StromNEV resultieren, nachgelagerten Betreibern von Elektrizitätsverteilernetzen zu erstatten.

46 In der Sache treten sie der Auffassung der Bundesnetzagentur bei, dass die den Netzbetreibern im Jahre 2011 entgangenen Erlöse über das Regulierungskonto abgewickelt werden sollten. Den Schwierigkeiten, die aus dem Inkrafttreten der Neuregelung des § 19 Abs. 2 StromNEV ohne Übergangsregelung erwachsen, habe die Bundesnetzagentur durch eine sachgerechte Regelung auf Grundlage der Vorgaben der StromNEV Rechnung getragen. Auch habe sie mit Recht und zutreffender Begründung das Vorliegen einer Ermächtigungsgrundlage zum Erlass der Festlegung verteidigt.

47 Sollte der Senat dem entgegen die Festlegung infolge der in der Eilentscheidung geäußerten vorläufigen Rechtsauffassung wegen der Nichtigkeit des § 19 Abs. 2 StromNEV insgesamt aufheben, sei durch Stattgabe ihres Hilfsantrags sicherzustellen, dass eine solche Entscheidung im Falle ihrer Rechtskraft einheitlich gegenüber allen von dem Umlagemechanismus erfassten Unternehmen gelte. Wenn die (rechtskräftige) Aufhebung der Festlegung – entgegen ihrer Auffassung – nicht mit inter-omnes-Wirkung erfolge, wirke sie jedenfalls gegenüber allen Verfahrensbeteiligten und damit gegenüber allen Betreibern von Elektrizitätsversorgungsnetzen. In diesem Fall sei noch nicht geklärt, ob Unternehmen, die an dem Umlagemechanismus ebenfalls beteiligt sind, sich nach Aufhebung der Festlegung noch unmittelbar auf § 19 StromNEV berufen könnten. Für diesen Fall hätten sie ein berechtigtes Interesse an der Feststellung, dass sie auch nicht unmittelbar aus § 19 Abs. 2 S. 6 StromNEV zur Erstattung entgangener Erlöse verpflichtet seien.

48 Die Beigeladenen zu 8), 40), 44) und 78)treten der Beschwerde bei. Sie sind – wie die Betroffene – der Auffassung, dass es schon für eine Netzentgeltbefreiung an einer Ermächtigungsgrundlage im Energiewirtschaftsgesetz fehle und sie gegen Vorschriften des europäischen Beihilfenrechts sowie gegen den grundrechtlich geschützten Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. 3 GG verstoße. Darüber hinaus fehle es auch an einer Ermächtigungsgrundlage für die streitbefangene Festlegung, die daher insgesamt aufzuheben sei.

49 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die zwischen

den Beteiligten gewechselten Schriftsätze mit Anlagen, den beigezogenen Verwaltungsvorgang, den Senatsbeschluss vom 14. November 2012 und das Protokoll der Senatssitzung Bezug genommen.

B.

50 Die zulässige Beschwerde der Betroffenen hat aus den mit den Beteiligten in der Senatssitzung erörterten Gründen in der Sache Erfolg; sie führt zur Aufhebung der angegriffenen Festlegung, weil diese der Umsetzung der mit Wirkung zum 4. August 2011 in Kraft getretenen Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV dient, die indessen nichtig ist. Die Hilfsanträge der am Beschwerdeverfahren der Betroffenen beteiligten Übertragungsnetzbetreiber sind bereits unzulässig.

I.

51 Die Beschwerde der Betroffenen ist – wie der Senat schon in seinem Beschluss vom 14. November 2012 ausgeführt hat – zulässig.

52 Ihrer Beschwerdebefugnis steht insbesondere nicht entgegen, dass sie an dem Verwaltungsverfahren der Bundesnetzagentur nicht förmlich beteiligt war. Zwar sieht § 75 Abs. 2 EnWG vor, dass derjenige beschwerdeberechtigt ist, der bereits im regulierungsbehördlichen Verfahren die Beteiligtenstellung inne hatte. In erweiternder Auslegung dieser Vorschrift ist allerdings auch die Beschwerdebefugnis eines Dritten, der nicht schon an dem Verfahren beteiligt war, zu bejahen, wenn er durch den angegriffenen Verwaltungsakt unmittelbar in seinen Rechten berührt wird, weil dieser auch ihm gegenüber eine Regelungswirkung entfaltet (vgl. nur: BGH, Beschluss vom 5. Oktober 2010 – EnVR 52/09, Rdnr. 14 „GABiGas"; Beschluss vom 11. November 2008 – EnVR 1/08, WuW/E DE-R 2535, Rdnr. 14 ff. – „citiworks"; Beschluss vom 22. Februar 2005 – KVZ 20/04, WuW/E DE-R 1544, 1545 – „Zeiss/Leica").

53 So liegt der Fall hier. Als Verteilernetzbetreiberin ist die Betroffene Adressatin der Festlegung, die sich an alle Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen richtet (s.a. S. 18 unter II.3. der Festlegung).

II.

54 Die angegriffene Festlegung ist schon deshalb rechtswidrig, weil die zugrunde liegende Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV nichtig ist. Die Änderung hält sich nicht in den von der Ermächtigungsgrundlage gesetzten Grenzen und ist auch mit höherrangigem Recht nicht vereinbar, so dass für den Senat offen bleiben kann, ob sie darüber hinaus auch eine rechtswidrige staatliche Beihilfe i. S. d. Art. 107 AEUV oder eine verfassungswidrige Finanzierungssonderabgabe darstellt.

55 1. Der Senat ist zur umfassenden Prüfung der Neuregelung des § 19 Abs. 2 StromNEV und auch zur Feststellung ihrer Nichtigkeit befugt. Aus dem Umstand, dass die Änderung auf einem förmlichen Gesetz – dem am 4. August 2011 in Kraft getretenen Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften – beruht, folgt nicht, dass nur das Bundesverfassungsgericht ihre Nichtigkeit gem. Art. 100 GG feststellen kann. § 19 Abs. 2 StromNEV ist als im parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren geschaffenes Verordnungsrecht zu beurteilen, das von jedem damit befassten Gericht überprüft werden kann. Daraus folgt aber auch, dass der Gesetzgeber bei seiner Änderung an das Verfahren nach Art. 76 ff. GG und an die Grenzen der Ermächtigungsgrundlage gebunden war.

56 1.1. Der Änderung einer geltenden Verordnung durch ein Parlamentsgesetz steht es nicht schon entgegen, dass der Gesetzgeber die Regelungsbefugnis der Exekutive übertragen hat. Für den parlamentarischen Gesetzgeber besteht – wie

die Staatspraxis zeigt – häufig ein Bedürfnis, bei einer Änderung komplexer Regelungsgefüge, in denen förmliches Gesetzesrecht und auf ihm beruhendes Verordnungsrecht ineinander verschränkt sind, auch das Verordnungsrecht anzupassen. Zudem gehört es zur Gestaltungsfreiheit des Parlaments, sein Änderungsvorhaben umfassend selbst zu verwirklichen, ohne dass es die durch die Verordnung geregelten Gegenstände zuvor wieder in förmliches Gesetzesrecht übernehmen müsste. Letzterem stünde es insbesondere entgegen, dass künftige Änderungen durch die Exekutive und damit die für die Zukunft notwendige Flexibilität ausgeschlossen wären (BVerfGE 114, 196 ff. „Beitragssicherungsgesetz", Rdnr. 193 ff.).

57 1.2. Ändert das Parlament eine bestehende Rechtsverordnung oder fügt es in diese neue Regelungen ein, so ist das dadurch entstehende Normgebilde aus Gründen der Normenklarheit insgesamt als Rechtsverordnung zu qualifizieren. Zur Normenklarheit gehört auch Normenwahrheit, so dass Überschrift und Einleitung eines Regelungswerks auch nach u. U. zahlreichen Änderungen noch halten müssen, was sie versprechen (BVerfG, a. a. O., Rdnr. 198 ff., 202). Auch die Rechtsmittelklarheit verbietet es, bei der parlamentarischen und exekutiven Rechtsetzung beide Rechtsformen so zu vermischen, dass eine klare Zuordnung nicht mehr möglich ist. Der Adressat einer Regelung muss mit Blick auf das Prinzip der Rechtsmittelklarheit erkennen können, ob er es mit einer – auf gesetzlicher Ermächtigung beruhenden – Verordnungsregelung oder mit einem förmlichen Gesetz zu tun hat. Entscheidet sich der Gesetzgeber dafür, eine bestehende Verordnung zu ändern, kann der geänderten Verordnung aus verfassungsrechtlichen Gründen daher nur ein einheitlicher Rang, der der Verordnung, zukommen.

58 Etwas anderes gilt dann, wenn der Gesetzgeber die der Exekutive übertragenen Regelungsbefugnisse wieder an sich zieht und eine bisher als Verordnung geltende Regelung als Gesetz erlässt (BVerfGE 114, 303 ff.). Ein Bedürfnis dafür besteht insbesondere dann, wenn die schon existierende Verordnungsregelung zwar auf einer gesetzlichen Ermächtigungsnorm beruht, sie indessen von dieser nach Inhalt, Zweck oder Ausmaß nicht gedeckt wird und von daher ein förmliches Gesetz erforderlich ist (BVerfGE, a. a. O.; OVG NW, DÖD 2010, 17 ff. Rdnr. 24 ff.). Um einen solchen Fall geht es vorliegend indessen nicht, denn der Gesetzgeber hat die bestehende Verordnung geändert und sich damit auf die Ebene des Verordnungsgebers begeben.

59 1.3. Mit Blick auf den Grundsatz der Formenstrenge der Rechtsetzung und das Prinzip der Rechtssicherheit ist eine Verordnungsänderung durch den Gesetzgeber allerdings nur unter folgenden Voraussetzungen möglich:

60 1.3.1. Die Änderung einer Verordnung durch den parlamentarischen Gesetzgeber kann nicht losgelöst und damit unabhängig von sonstigen gesetzgeberischen Maßnahmen erfolgen, sondern nur im Rahmen der Änderung eines Sachbereichs (BVerfGE, a. a. O., Rdnr. 207). Dabei sind Änderungen von Rechtsverordnungen auf das Ausmaß zu beschränken, das unmittelbar durch die Änderungen im Gesetzesrecht veranlasst ist. (BVerfGE, a. a. O.; BVerwG, U. v. 20.03.2008, 2 C 50/07; Bundesministerium der Justiz: Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. A., Rdnr. 691)

61 1.3.2. Der Gesetzgeber ist an das Verfahren nach Art. 76 ff. GG und insbesondere an die Grenzen der Ermächtigungsgrundlage (Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG) gebunden.

62 Befasst sich der Gesetzgeber mit einem Änderungsvorhaben, das sowohl Gesetzes- als auch Verordnungsänderungen umfasst, dann müssen Beratung, Beschlussfassung und Beteiligungsrechte der verschiedenen Organe einheitlich beurteilt werden können, so dass für das Zustandekommen des ändernden Gesetzes die grundgesetzlichen Regeln über die Gesetzgebung anzuwenden sind.

63 Bei der Änderung einer Verordnung ist auch der parlamentarische Gesetzgeber an die Grenzen der Ermächtigungsgrundlage gebunden (Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG). Weder die Wahl des zutreffenden Rechtswegs noch die Prüfungskompetenz des angerufenen Gerichts oder der anzuwendende Prüfungsmaßstab dürfen davon abhängen, ob Änderungen im parlamentarischen Verfahren vorgenommen werden (BVerfGE, a. a. O., Rdnr. 209; BGH, Kartellsenat, Beschluss vom 31.01.2012, EnVR 58/09, Rdnr. 8).

64 1.3.3. Die Zustimmungsbedürftigkeit eines Gesetzes, durch welches eine Verordnung geändert wird, beurteilt sich am Maßstab der für förmliche Gesetze geltenden Normen und nicht nach Art. 80 Abs. 2 GG (BVerfGE, a. a. O., Rdnr. 210 f.).

65 2. Nach diesen Maßstäben ist die Verordnungsänderung, die der Gesetzgeber mit Wirkung zum 4. August 2011 vorgenommen hat, nicht verfassungsgemäß und daher nichtig.

66 2.1. Der Gesetzgeber hat das Verfahren nach Art. 76 ff. GG für das Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften zwar eingehalten. Das Gesetz, in das der maßgebliche Art. 7 mit der Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV im Gesetzgebungsverfahren eingefügt worden ist, ist durch Beschluss des Bundestags vom 30. Juni 2011 angenommen worden (BT-Drs. 395/11 vom 1.07.2011); der Bundesrat hat am 8. Juli 2011 beschlossen, einen Antrag nach Art. 77 Abs. 2 GG nicht zu stellen.

67 Indessen fehlt schon der erforderliche sachliche Zusammenhang mit den weiteren gesetzgeberischen Maßnahmen, denn es ist nicht ersichtlich, dass das eigentliche Gesetzesvorhaben des Gesetzgebers – das Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften – auch die Anpassung der Stromnetzentgeltverordnung und damit die Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV erforderlich machte.

68 Das Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften setzt vornehmlich nur die Richtlinien 2009/72/EG und 2009/73/EG um. Es werden insbesondere die Entflechtungsregeln für die Transportnetze geändert, um die Netzgesellschaft im Konzern zu stärken; des Weiteren soll eine koordinierte, gemeinsame Netzausbauplanung aller Übertragungs- bzw. Fernleitungsnetzbetreiber gewährleistet werden. Daneben werden die Rechte der Verbraucher durch kurze Fristen beim Lieferantenwechsel und klare Regelungen zu Verträgen und Rechnungen sowie für mehr Transparenz gestärkt und eine unabhängige Schlichtungsstelle eingerichtet. Schließlich wird durch die Regeln zur Einführung sog. „intelligenter Messsysteme" der Grundstein für eine aktivere Teilnahme des Endverbrauchers am Energiemarkt unter Wahrung seiner Persönlichkeitsrechte geschaffen.

69 Die Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV steht damit nur insoweit in einem sachlichen Zusammenhang, als es sich auch um eine energiewirtschaftsrechtliche Vorschrift handelt. Die Änderung war im Regierungsentwurf noch nicht vorgesehen, sondern – beruhend auf einer Forderung der „Wirtschaftsvereinigung Metalle" –

erstmals in der Beschlussempfehlung und dem Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie vom 29. Juni 2011 (BT-Drs. 17/6365, S. 14, 20) enthalten. Den insoweit geänderten Gesetzesentwurf hat der Bundestag sodann in seiner Sitzung vom 30. Juni 2011 angenommen (BR-Drs. 395/11 vom 1. Juli 2011). Von daher wird auch kritisiert, es handele sich bei der Änderung um eine zusammenhangslos eingebrachte „Mitternachtsregelung".

70 Dass die Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV erforderlich ist, um „die gebotene Harmonie mit dem Muttergesetz herzustellen" (Schneider, Gesetzgebung, 2. A., Rdnr. 663 f.), ist weder ersichtlich noch dargetan. Der notwendige Zusammenhang zwischen der Befreiung stromintensiver Netzkunden und den in diesem Gesetz vornehmlich geregelten Materien ist nicht gegeben, die Änderung ist auch nicht als Folgeänderung zu einer der im Kern geregelten Materien ausgewiesen. Die Umsetzung der EG-Richtlinien steht mit der beabsichtigten Befreiung industrieller Großabnehmer in keinerlei Zusammenhang. In der Begründung zu der konkreten Gesetzesänderung findet sich – anders als in einem solchen Fall üblich – daher auch nicht die Erläuterung „redaktionelle Änderung" oder „Folgeänderung zu …", um den Zusammenhang klarzustellen.

71 Dem entspricht es, dass die Bundesregierung in einem vergleichbaren Fall – dem Änderungsvorschlag des Bundesrats u. a. zur Einfügung eines § 6a in die Strom- und Gasnetzentgeltverordnungen im Rahmen des Dritten Gesetzes zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften – den erforderlichen Sachzusammenhang nicht gesehen und sie – aufgrund der verfassungsrechtlichen Bedenken – dem Änderungsvorschlag nicht zugestimmt hat (BT-Drs. 17/11269 vom 31. Oktober 2012, S. 41).

72 2.2. Darüber hinaus hat der Gesetzgeber mit der Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV auch die Grenzen der – auf den Verordnungsgeber delegierten – Verordnungsermächtigung überschritten.

73 2.2.1. Die Änderung des § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV enthält im Wesentlichen zwei Komponenten:

74 Zum einen die Neuregelung, dass beim Vorliegen der dort genannten Schwellenwerte nunmehr eine Befreiung von den Netzentgelten erfolgen kann statt des zuvor nach § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV a. F. möglichen individuellen Netzentgelts. Letzteres hatte nach Satz 3 a. F. den Beitrag des Letztverbrauchers zu einer Senkung oder zu einer Vermeidung der Erhöhung der Netzkosten dieser und aller vorgelagerten Netz- und Umspannebenen widerzuspiegeln und war im Übrigen nach Satz 8 a. F. nur genehmigungsfähig, wenn die Netzentgelte aller übrigen Netznutzer dieser und aller nachgelagerten Netz- und Umspannebenen sich dadurch nicht wesentlich erhöhen.

75 Zum einen die Neuregelung, dass beim Vorliegen der dort genannten Schwellenwerte nunmehr eine Befreiung von den Netzentgelten erfolgen kann statt des zuvor nach § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV a. F. möglichen individuellen Netzentgelts. Letzteres hatte nach Satz 3 a. F. den Beitrag des Letztverbrauchers zu einer Senkung oder zu einer Vermeidung der Erhöhung der Netzkosten dieser und aller vorgelagerten Netz- und Umspannebenen widerzuspiegeln und war im Übrigen nach Satz 8 a. F. nur genehmigungsfähig, wenn die Netzentgelte aller übrigen Netznutzer dieser und aller nachgelagerten Netz- und Umspannebenen sich dadurch nicht wesentlich erhöhen.

76 Zum anderen ist einbundesweiter Ausgleich zur Vermeidung überproportionaler

regionaler Belastungen installiert worden. Danach sollen die durch individuelle Netzentgelte und Befreiungen entgangenen Erlöse auf der Ebene der Übertragungsnetzbetreiber über eine finanzielle Verrechnung untereinander ausgeglichen werden. Verteilernetzbetreiber erhalten daher einen Erstattungsanspruch gegenüber dem vorgelagerten Übertragungsnetzbetreiber mit der Folge, dass die entgangenen Erlöse im Rahmen der Verprobung ihrer Netzentgelte nicht zu einer Erhöhung führen können. Auf der Ebene der Übertragungsnetzbetreiber sieht § 19 Abs. 2 Satz 7 StromNEV sodann eine finanzielle Verrechnung der Erstattungsbeträge und der eigenen entgangenen Erlöse, also einen horizontalen Ausgleich, vor. Im Übrigen verweist der Gesetzgeber auf eine entsprechende Anwendung des § 9 KWKG.

77 Zum anderen ist einbundesweiter Ausgleich zur Vermeidung überproportionaler regionaler Belastungen installiert worden. Danach sollen die durch individuelle Netzentgelte und Befreiungen entgangenen Erlöse auf der Ebene der Übertragungsnetzbetreiber über eine finanzielle Verrechnung untereinander ausgeglichen werden. Verteilernetzbetreiber erhalten daher einen Erstattungsanspruch gegenüber dem vorgelagerten Übertragungsnetzbetreiber mit der Folge, dass die entgangenen Erlöse im Rahmen der Verprobung ihrer Netzentgelte nicht zu einer Erhöhung führen können. Auf der Ebene der Übertragungsnetzbetreiber sieht § 19 Abs. 2 Satz 7 StromNEV sodann eine finanzielle Verrechnung der Erstattungsbeträge und der eigenen entgangenen Erlöse, also einen horizontalen Ausgleich, vor. Im Übrigen verweist der Gesetzgeber auf eine entsprechende Anwendung des § 9 KWKG.

78 Der Umfang dieser Verweisung ist streitig. Die Bundesnetzagentur – und mit ihr die Übertragungsnetzbetreiber – misst der Verweisung das Verständnis bei, dass der Gesetzgeber neben dem horizontalen Ausgleich auf der Ebene der Übertragungsnetzbetreiber auch die Weiterwälzung und damit einen Umlagemechanismus wie in § 9 Abs. 4 ff. KWKG vorsehen wollte, den sie – die Bundesnetzagentur – mit der streitgegenständlichen Festlegung weiter ausgestaltet hat. Die Betroffene – wie auch die Beschwerdeführer weiterer bei dem Senat anhängiger Beschwerdeverfahren und auch die Beigeladenen zu 8), 40), 44) und 78) – ist dagegen der Auffassung, es sei nur der Erstattungsanspruch der Verteilernetzbetreiber gegenüber den Übertragungsnetzbetreibern und daran anschließend der horizontale Ausgleich geregelt.

79 Die Frage kann letztlich offen bleiben, da sich die maßgebliche Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV – die Ergänzung der individuellen Netzentgelte um eine Befreiung von diesen – nicht in den Grenzen der Ermächtigungsgrundlage hält (Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG), ohne dass es auf die konkrete Ausgestaltung des Ausgleichs der Erlösausfälle ankommt. Es bedarf daher keiner Entscheidung, ob die Erlösausfälle nach dem Willen des Gesetzgebers durch einen bundesweiten Ausgleich auf der Ebene der Übertragungsnetzbetreiber oder eine von dem Letztverbraucher zu erhebende Umlage kompensiert werden sollen.

80 2.2.2. Während der Gesetzgeber grundsätzlich einen weiten Spielraum für seine Gestaltung besitzt und dabei auch Gleich- und Ungleichstellungen anordnen kann, wenn sie sachgerecht sind, ist der Verordnungsgeber enger gebunden, denn er kann verfassungsrechtlich einen Gestaltungsfreiraum nur innerhalb der durch Art. 80 Abs. 1 GG gezogenen Grenzen haben. Es ist ihm daher verwehrt, Regelungen zu erlassen, die die umfänglichen Grenzen wie die inhaltlichen Vorgaben der

Ermächtigung missachten und in der Sache auf eine Korrektur der Entscheidung des Gesetzgebers hinauslaufen würden. In den engen Grenzen des ihm danach zustehenden Ermessens hat er sich von sachfremdem Erwägungen freizuhalten (BVerfGE 42, 374 (387 f.); 16, 332 (338 f.); 13, 248, (255 f.)). Damit ist er – was die Bundesnetzagentur verkennt – deutlich engeren Vorgaben unterworfen, die sich neben denen des Gemeinschafts-, Verfassungs- und Gesetzesrechts insbesondere aus der Anbindung an das Programm der Verordnungsermächtigung sowie aus der Tatsache ergeben, dass dem Verordnungsgeber die Regelung „wesentlicher" Aspekte untersagt ist (Brenner in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. A. 2010, Rdnr. 69 zu Art. 80; Uhle in: Epping/Hillgruber, GG, 2009, Rdnr. 29 zu Art. 80).

81 Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung müssen nach Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG in dem ermächtigenden Gesetz bestimmt werden, um die Macht der Exekutive im Bereich der Rechtsetzung zu begrenzen sowie die parlamentarische Steuerung der exekutiven Verordnungsgebung – und damit zugleich die Verantwortung der Legislative für den Inhalt der Rechtsverordnung – zu stärken (Sannwald in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, 12. A., 2011, Rdnr. 59 zu Art. 80). Der Gesetzgeber selbst muss die Entscheidung treffen, dass bestimmte Fragen geregelt werden sollen und die Grenzen einer solchen Regelung festsetzen sowie angeben, welchem Ziel die Regelung dienen soll. Das Erfordernis hinreichender Bestimmtheit stellt die notwendige Ergänzung und Konkretisierung des aus dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip folgenden Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes sowie der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung dar (Sannwald, a. a. O., m. w. N.).

82 Die richterliche Kontrolle ist darauf beschränkt, ob sich der Verordnungsgeber mit seiner Gesetzeskonkretisierung innerhalb des vorgegebenen Rahmens und des Ziels der gesetzlichen Regelung bewegt und verfassungsrechtliche Prinzipien beachtet hat (Ossenbühl, Hdb des StaatsR, § 103, Rdnr. 42, 85).

83 2.2.3.Mit der Regelung, dass stromintensive Letztverbraucher beim Vorliegen der Schwellenwerte des § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV a. F. statt der Vereinbarung eines individuellen Netzentgelts die vollständige Befreiung von den Netzentgelten erlangen können, hat der Gesetzgeber die von ihm gesetzten Grenzen der Verordnungsermächtigung überschritten. Nach dem Wortlaut, der Systematik, dem Sinn und Zweck sowie der Entstehungsgeschichte der Ermächtigungsnorm ist der Verordnungsgeber nur ermächtigt, in der Stromnetzentgeltverordnung neben der Methodik zur Bestimmung der Entgelte Regelungen hinsichtlich der Genehmigung (oder Untersagung) individueller Netznutzungsentgelte zu treffen.

84 2.2.3.1. § 24 Satz 1 Nr. 1 EnWG ermächtigt zur Bedingungs- und Methodenregulierung im Verordnungswege; durch Verordnung können die Bedingungen für den Netzzugang einschließlich der Beschaffung und Erbringung von Ausgleichsleistungen, die Methoden zur Bestimmung dieser Bedingungen sowie die Methoden zur Bestimmung der Entgelte festgelegt werden. Ergänzend sieht § 24 Satz 1 Nr. 3 EnWG – klarstellend – vor, dass dabei auch im Einzelnen geregelt werden kann, in welchen Fällen und unter welchen Voraussetzungen die Regulierungsbehörde im Einzelfall individuelle Entgelte für den Netzzugang genehmigen oder untersagen kann.

85 Schon nach dem Wortlaut der Ermächtigungsnorm erfasst die Regelungsbefugnis nicht das „ob", sondern nur die Bestimmungen zur Ermittlung der Höhe der Entgelte. Die Ermächtigung, die Methoden zur Bestimmung der Entgelte für die Netznutzung festzulegen und dabei auch die Voraussetzungen für die Entgelte in

Sonderfällen individueller Formen der Netznutzung zu bestimmen, gibt vor, dass für die Netznutzung grundsätzlich ein Entgelt, also eine geldwerte Gegenleistung zu erbringen ist. Mit der Entrichtung des Netzentgelts wird – so auch § 3 Abs. 2 StromNEV – die Nutzung der Netz- oder Umspannebene des Netzbetreibers und aller vorgelagerten Netz- und Umspannebenen abgegolten.

86 Aus der Systematik und dem Sinn und Zweck der Ermächtigung sowie der Entstehungsgeschichte folgt nichts anderes. Die Methode zur Bestimmung der Entgelte soll die Vorgaben des § 21 Abs. 1 und Abs. 2 EnWG umsetzen, wonach die Bedingungen und Entgelte für den Netzzugang insbesondere angemessen, diskriminierungsfrei und transparent sein müssen. Inhaltlich soll der Verordnungsgeber damit nur ermächtigt werden, die Methode für die Bestimmung solcher – angemessenen, diskriminierungsfreien und transparenten – Netzentgelte, ihre Ausgestaltung und Ermittlung näher festzulegen, also zu konkretisieren, auf welche Art und Weise die Netzzugangsentgelte ermittelt werden sollen. Dabei hat die Methode die Ausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung sicherzustellen, weil die daraus abzuleitenden Netzentgelte nur so den materiellen Vorgaben des § 21 EnWG genügen können. Mit Blick darauf soll der Verordnungsgeber befugt sein, auch von einer grundsätzlich gewählten Methode abzuweichen und die Voraussetzungen für individuelle, also der Höhe nach abweichende Entgelte für die Nutzung des Netzes regeln zu können. Die erst im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens in den Katalog des § 24 Satz 1 EnWG eingefügte Regelungsziffer Nr. 3 dient – wie in der Begründung der Beschlussempfehlung des Bundestagsausschusses für Wirtschaft und Arbeit ausgeführt ist – „der rechtsförmlichen Klarstellung des Gewollten" (BT-Drs. 15/5268, S. 121). Mit ihr soll klargestellt werden, dass zum einen in Sonderfällen auch von der grundsätzlich nach Satz 1 Nr. 1 verwendeten Methode abweichende Regelungen für die Bestimmung der Entgelte einer individuellen Netznutzung vorgesehen werden können und zum anderen in solchen Einzelfällen ebenfalls das Instrument der Genehmigung oder der Untersagung zur Verfügung steht (s.a. Bruhn in: BerlKommEnR, 2. A., Rdnr. 13 zu § 24). Dabei hatte der Gesetzgeber ganz offensichtlich im Blick, dass schon die VV II plus in Ziffer 1.10 individuelle Netznutzungsentgelte zwischen Netzbetreiber und Netznutzer vorsah, wenn das Nutzungsverhalten des Netznutzers – sein Höchstlastbeitrag – erheblich von den Preisfindungsgrundsätzen abwich.[1]

87 Dieses Verständnis wird nicht nur durch die Regelung des § 118 Abs. 6 EnWG gestützt. Mit dieser durch das Gesetz zur Beschleunigung des Hochspannungsausbaus vom 21. August 2009 nachträglich eingefügten Privilegierung hat der Gesetzgeber neu errichtete Stromspeicheranlagen von den Entgelten für den Netzzugang auf Gesetzesebene befristet freigestellt (BT-Drs. 16/12898, S. 20[2]). Für den daraus ersichtlichen Gesetzesvorbehalt spricht weiter auch, dass es sich um eine wesentliche Entscheidung handelt, denn die vollständige Befreiung von der Gegenleistung und damit der Privilegierung von Gruppen von Netznutzern lässt sich mit dem die Entgeltregulierung beherrschenden Grundsatz der Verursachungsgerechtigkeit nicht in Einklang bringen (dazu s.u.).

88 2.2.3.2. Bei der in der Neuregelung des § 19 Abs. 2 StromNEV vorgesehenen „Befreiung" handelt es sich nicht um ein solches individuelles Netzentgelt (ebenso: Missling, IR 2012, 206; Ernst/Koenig, EnWZ 2012, 51, 55). Der befreite Netznutzer

entrichtet keine Gegenleistung. Die Befreiung stellt daher keine von der grundsätzlichen Methodik abweichende Entgeltbildung, sondern eine generelle und vollständige Ausnahme von der zugrunde liegenden Entgeltpflicht dar mit – wie die vorliegende Konstellation zeigt – ggfs. weitreichenden finanziellen Folgen. Bei ihr handelt es sich um eine Privilegierung und damit ein aliud zu der Entgeltbildung, denn mit der Methode der zu bildenden Entgelte hat sie nichts zu tun. Dass der Verordnungsgeber auch ermächtigt werden sollte, solche Befreiungen und damit Ausnahmen von der Entgeltpflicht vorsehen zu können, ist – wie schon ausgeführt – nicht ersichtlich. Vielmehr spricht die Klarstellung in § 24 Satz 1 Nr. 3 EnWG, dass auch individuelle Netzentgelte erfasst sein sollen, gerade dafür, dass der Gesetzgeber sich die (wirtschaftspolitische) Entscheidung darüber, ob und unter welchen Voraussetzungen eine vollständige Befreiung möglich sein soll, vorbehalten wollte.

89 Aus dem Umstand, dass die Sätze 6 und 7 der Neuregelung eine Kompensation für die von diesen befreiten Netznutzern nicht zu erhebenden Entgelte vorsehen, indem diese Ausfälle bundesweit durch die Letztverbraucher ausgeglichen werden, kann entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur nichts anderes folgen (so aber: OLG Jena, Beschluss vom 23.04.2012, 2 Kart 1/12; kritisch dazu Missling IR 2012, 206; Ernst/Koenig, EnWZ 2012, 51, 55). Zum einen ist auf den befreiten Netznutzer abzustellen, der kein Entgelt für den Netzzugang zu entrichten hat. Zum anderen würde eine etwaige Umlage entsprechend § 9 KWKG, durch welche allen Letztverbrauchern die durch die Befreiungen und individuellen Netzentgelte zu tragenden Entgeltausfälle auferlegt werden, gerade keine Gegenleistung und damit kein Entgelt für ihre Netznutzung darstellen, sondern nur ihre Beteiligung an den Kosten der Befreiung und Entgeltermäßigung Einzelner. Sie soll nach Maßgabe der angegriffenen Festlegung neben und damit zusätzlich zu den Netzzugangsentgelten erhoben werden. Insofern kann es dahinstehen, ob der Ausgleich der Erlösausfälle nach dem Willen des Gesetzgebers auf den horizontalen Ausgleich auf der Ebene der Übertragungsnetzbetreiber beschränkt sein sollte, oder im Anschluss daran – wie die Bundesnetzagentur und die Übertragungsnetzbetreiber meinen – eine vertikale Rückbelastung der nachgelagerten Netzbetreiber und die Umlage der Kosten auf den Letztverbraucher entsprechend § 9 Abs. 4 ff. KWKG erfolgen sollte. Selbst wenn letzteres mit der Regelung bezweckt gewesen sein sollte, um den vier Übertragungsnetzbetreibern nicht die Last der Vorfinanzierung aufzuerlegen, führt dies im Ergebnis zu keiner anderen Beurteilung. Auch insoweit wäre der Rahmen der Ermächtigung überschritten, denn bei der Umlage handelt es sich um eine bundesweite Kompensationsleistung, die der Netzbetreiber von dem Netznutzer neben den Entgelten für das von ihm genutzte Netz erheben soll. Dass der Verordnungsgeber so weitgehend legitimiert worden ist, er also befugt sein soll, im Rahmen der Verordnung zur Bestimmung der Entgelte auch zusätzliche Kompensationsleistungen zu kreieren, ist jedoch ebenso wenig ersichtlich.

90 2.2.4. Dass § 24 Satz 1 Nr. 1, Nr. 3 EnWG nicht zur Befreiung von den Netzentgelten ermächtigt, folgt auch daraus, dass die vollständige Befreiung nicht in Einklang mit den Grundsätzen der Entgeltbildung gebracht werden kann. Sie verstößt gegen die Entgeltgrundsätze des § 21 Abs. 1 EnWG und damit auch gegen das Diskriminierungsverbot der Richtlinie 2009/72/EG. Mit diesen Vorgaben lässt sich nur ein individuelles Netzentgelt vereinbaren wie der Verordnungsgeber es bis zum Inkrafttreten der Änderung in § 19 Abs. 2 StromNEV a. F. (allein) vorgesehen

hatte.

91 2.2.4.1. Mit der Methode zur Bestimmung der Entgelte sollen die Vorgaben des § 21 Abs. 1 und Abs. 2 EnWG umgesetzt werden. Danach müssen Bedingungen und Entgelte für den Netzzugang insbesondere angemessen, diskriminierungsfrei und transparent sein. Diese Vorgaben hat der Verordnungsgeber bei seiner konkretisierenden Ausgestaltung der entgelt- und erlösobergrenzenbezogenen Verordnungen grundsätzlich zu beachten (BGH, Kartellsenat, Beschluss vom 28.06.2011 – EnVR 34/10 –, Rdnr. 10). Die Vorgaben für die Beschaffenheit der Entgelte stecken zugleich den Rahmen für die Methode der Entgeltberechnung und davon abweichende Regelungen für die Bestimmung der Entgelte einer individuellen Netznutzung ab. In diesem Rahmen muss sich daher nicht nur die Methode zur Bestimmung der Entgelte, sondern müssen sich spiegelbildlich auch die Bedingungen für davon abweichende individuelle Netzentgelte bewegen.

92 2.2.4.2. Nach Art. 32 Abs. 1 der Richtlinie 2009/72/EG[3] haben die Mitgliedstaaten die Einführung eines Systems für den Zugang Dritter zu den Übertragungs- und Verteilnetzen auf der Grundlage veröffentlichter Tarife zu gewährleisten: die Zugangsregelung hat für alle zugelassenen Kunden zu gelten und soll nach objektiven Kriterien und ohne Diskriminierung zwischen den Netzbenutzern angewandt werden. Auch Erwägungsgrund 32 der Richtlinie sieht vor, dass sicherzustellen ist, dass die Tarife für den Netzzugang transparent und nichtdiskriminierend sind; sie sollen auf nichtdiskriminierende Weise für alle Netznutzer gelten. Danach kann entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur kein Zweifel daran bestehen, dass das Diskriminierungsverbot dem unmittelbaren Schutz des Netznutzers vor einer – sachlich nicht gerechtfertigten – Ungleichbehandlung dient.

93 Das – die Vorgaben der Richtlinie 2003/54/EG umsetzende – horizontale Diskriminierungsverbot des § 21 Abs. 1 EnWG verpflichtet den Netzbetreiber in gleicher Weise, alle externen Netznutzer gleich zu behandeln, ihnen also gleiche Bedingungen der Netznutzung einzuräumen.

94 Da das Diskriminierungsverbot eine Ausprägung des allgemeinen Gleichheitssatzes ist, finden auch die insoweit entwickelten Grundsätze Anwendung. Danach hat der Gesetzgeber – wie auch der Verordnungsgeber – wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln. Je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen ergeben sich unterschiedliche Grenzen, die von gelockerten, auf das Willkürverbot beschränkten Bindungen bis hin zu strengen Verhältnismäßigkeitserfordernissen reichen können (BVerfGE 117, 1 (30); 122, 1 (23); 126, 400 (416) m. w. N.). Dabei bedürfen Differenzierungen stets der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind. Der Gleichheitssatz ist dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten oder -betroffenen im Vergleich zu einer anderen anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die unterschiedliche Behandlung rechtfertigen können (vgl. nur: BVerfG, B. v. 16.07.2012, 1 BvR 2983/19, Rdnr. 43 m. w. N., zitiert nach juris). Von einem selbst gesetzten Regelsystem darf der Gesetzgeber grundsätzlich abweichen, wenn das mit Blick auf Art. 3 Abs. 1 GG sachgerecht ist. Die Gründe für eine Durchbrechung des einmal gewählten Ordnungsprinzips müssen, um überzeugend zu sein, zureichend sachlich begründet sein und in ihrem Gewicht der Intensität der

Abweichung von der zugrunde gelegten Ordnung entsprechen.

95 2.2.4.3. Das Gebot angemessener Entgelte betrifft die Entgelthöhe, also den zu zahlenden Gegenwert für den gewährten Netzzugang (Groebel in: Britz/ Hellermann/Hermes, EnWG, 2. A., Rdnr. 53 zu § 21).

96 2.2.4.4. Die Befreiung stromintensiver Netznutzer von den Netznutzungsentgelten verstößt gegen diese Entgeltgrundsätze, mit denen nicht nur die Methode der Entgeltbestimmung, sondern auch etwaige Ausnahmen davon im Einklang stehen müssen.

97 Netzentgelte sind grundsätzlich kostenbezogen zu berechnen, so dass auch Preisdifferenzierungen unterschiedliche Zugangskosten widerspiegeln und zu angemessenen Entgelten für alle Netznutzer führen müssen.

98 Die in der StromNEV gefundene Methode der Entgeltbildung stellt auf bestimmte Preisfindungsgrundsätze und dabei auf statistische Annahmen ab, um die Kosten des Netzes auf die Netzkunden möglichst verursachungsgerecht zu verteilen. Dabei sind Pauschalisierungen und Typisierungen notwendig. Mit den Sonderformen der Netznutzung in § 19 StromNEV trägt der Verordnungsgeber – legitimiert durch § 24 Satz 1 Nr. 3 EnWG – dem Umstand Rechnung, dass die Lastverläufe oder die Leistungsaufnahme einzelner Netznutzer von diesen Grundsätzen abweichen, so dass die den Preisfindungsgrundsätzen zugrunde liegenden Annahmen nicht zutreffen und daher für sie nicht zu angemessenen Entgelten führen. Daher stellt ein kostensenkendes oder kostenminderndes Nutzungsverhalten, das eine entsprechende Kostensenkung oder -vermeidung zur Folge hat, einen sachlich gerechtfertigten Grund für ein Abweichen von den geltenden Preisfindungsgrundsätzen dar. Für die übrigen Netznutzer hat die entsprechende Netzentgeltminderung, das individuelle Netzentgelt, jedoch zwangsläufig zur Folge, dass sich ihr Entgelt im Umfang der Kostensenkung oder -minderung entsprechend erhöht. Daher wird die Vorgabe diskriminierungsfreier, angemessener und transparenter Netznutzungsentgelte durch ein individuelles Netznutzungsentgelt nur beachtet, wenn sich der Maßstab der Entgeltminderung auf der einen Seite an dem tatsächlichen Umfang der Kostensenkung oder -minderung orientiert, denn auf der anderen Seite werden die übrigen Netznutzer im Umfang der Entgeltminderung zusätzlich belastet. Dem besonderen Nutzungsverhalten des einzelnen Netzkunden wird durch ein individuell bestimmtes Nutzungsentgelt daher nur dann angemessen Rechnung getragen, wenn der Grad der Entlastung des Netzes, der durch das abweichende Nutzungsverhalten des Netzkunden im Einzelfall bewirkt wird, Maßstab der möglichen Entgeltminderung ist (BGH, Kartellsenat, Beschluss vom 9. Oktober 2012 – EnVR 47/11 – „Pumpspeicherkraftwerke II", Rdnr. 10 f.). Nur auf diese Weise sind auch die zu ermittelnden Entgelte in ihrer Gesamtheit angemessen und diskriminierungsfrei. Im Einklang damit sah § 19 Abs. 2 Satz 3 StromNEV a. F. vor, dass das individuelle Netzentgelt den Beitrag des Letztverbrauchers zu einer Senkung oder zu einer Vermeidung der Erhöhung der Netzkosten dieser und aller vorgelagerten Netz- und Umspannebenen widerzuspiegeln hat.

99 Das besondere Nutzungsverhalten der Gruppe der stromintensiven Netznutzer kann ihre Befreiung von den Netzentgelten nicht rechtfertigen, sondern allenfalls eine entsprechende Reduktion, also ein individuelles Netzentgelt. Nach der Zielsetzung des Gesetzgebers sollen stromintensive Unternehmen mit einer derart hohen Bandlast von den Netzentgelten befreit werden, weil sie aufgrund ihrer

Bandlast netzstabilisierend wirken (BT-Drs. 17/6365, S. 34). Die vom Gesetzgeber angeführte Netzstabilität, die durch ein bestimmtes Nutzungsverhalten herbeigeführt wird, mag grundsätzlich ein zulässiges Differenzierungskriterium bei der Entgeltbildung darstellen, weil ein solches Nutzungsverhalten die Kosten des Netzes und damit auch die Entgelte der übrigen Netznutzer mindern oder senken kann. Netzstabilisierende Wirkung kann insbesondere die Verlagerung des überwiegenden Teils des Strombezugs in die Schwachlastzeit haben. Da sich die Dimensionierung des Netzes an der zu erwartenden Spitzenlast auszurichten hat, dient ein solches Nutzungsverhalten v.a. der großen stromintensiven Letztverbraucher der Netzökonomie (BGH, a. a. O.). Dementsprechend kann der Verordnungsgeber dieses nur mit einer entsprechenden – verhältnismäßigen – Reduzierung, nicht aber mit einer völligen Befreiung von den Netzentgelten honorieren, die sich von jeglicher Kostenverursachungsgerechtigkeit löst. Eine Befreiung und damit eine Reduzierung bis auf Null ist schon deshalb ausgeschlossen, weil das abweichende Nutzungsverhalten auf das Leistungselement der Netzkosten beschränkt ist, es also nur zu einer Reduzierung des Leistungs- und nicht auch des Arbeitspreises führen kann (BGH, a. a. O.).

100 Das Anknüpfungsmerkmal der stromintensiven Netznutzung und die zugrunde gelegten Schwellenwerte sprechen ungeachtet dessen gegen eine unentgeltliche Netznutzung. Von der Befreiung sollen stromintensive Netznutzer erfasst werden, die 7.000 Benutzungsstunden/p.a. erreichen und einen Stromverbrauch von 10 GWh aufweisen. Da diese intensive Nutzung impliziert, dass sie das Netz jedenfalls auch zeitgleich mit den übrigen Netznutzern nutzen müssen, kann es nicht sachgerecht sein, sie – wie der Gesetzgeber meint – allein mit Blick auf die Bandlast, also den Umstand, dass sie kontinuierlich Strom verbrauchen und damit das Netz nutzen, von den Kosten der Netznutzung freizustellen. Ob es bei diesem Nutzungsverhalten auch zu einer erheblichen Abweichung des individuellen Höchstlastbeitrags von der zeitgleichen Jahreshöchstlast kommen kann, wie der Verordnungsgeber bei dem Regelbeispiel des § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV a. F. unterstellt hatte, kann offen bleiben (zweifelhaft insoweit: Britz/Herrmann, IR 2005, 98 ff.). Eine solche netzstabilisierende Wirkung kann – wie ausgeführt – nur zu einer verhältnismäßigen Reduzierung, nicht aber zu einer vollständigen Befreiung von den Netzkosten führen. Eine vollständige Befreiung lässt sich gerade bei den gewählten Schwellenwerten nicht mit dem System und der gewählten Methode der Entgeltbestimmung vereinbaren. Sie ist nicht sachgerecht und systemwidrig, weil sie impliziert, dass durch diese intensive Netznutzung keine Netzkosten verursacht würden.

101 Die an die Befreiung geknüpften Schwellenwerte sprechen vielmehr dafür, dass der Gesetzgeber – ähnlich wie in den Regelungen des § 9 Abs. 7 KWKG und des § 41 EEG – die Unternehmen der Papier-, der Zement-, der Metall erzeugenden und der chemischen Industrie durch eine Härtefallregelung privilegieren wollte, um sie vor einer strompreisbedingten Abwanderung in das Ausland zu bewahren (s.a. Begründung zu § 9 Abs. 7 KWKG in BT-Drs. 14/7024, S. 14).

102 Eine derartige Privilegierung aus wirtschaftspolitischen Gründen ist indessen von der Verordnungsermächtigung, die allein die Bestimmung der Entgelte, also das „wie" betrifft, nicht erfasst.

103 2.3. Die Nichtigkeit der Verordnungsänderung erfasst diese in vollem Umfang und hat daher zur Folge, dass die Festlegung, die den in der Änderung vorgesehenen

Ausgleichsmechanismus weiter umsetzen soll, ebenfalls vollumfänglich aufzuheben ist.

104 Eine Teilnichtigkeit der Verordnungsänderung mit einer „geltungserhaltenden" Reduktion im Übrigen, also beschränkt auf den bundesweiten Ausgleich der Erlösausfälle durch individuelle Netzentgelte nach § 19 Abs. 2 Satz 1 StromNEV, kommt nicht in Betracht. Nach den in § 139 BGB und § 44 Abs. 4 VwVfG niedergelegten Rechtsgrundsätzen kann ein Rechtsakt nur (dann) teilweise unwirksam sein, wenn die Unwirksamkeitsgründe einen abgrenzbaren Teil erfassen und zudem feststeht, dass der übrige Rechtsakt gegebenenfalls auch ohne diesen Teil erlassen worden wäre (BVerwG, Beschluss vom 11. Juli 2002 – 3 B 84.02 –, Rdnr. 3, zitiert nach juris).

105 Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Der – bundesweite – Ausgleich der Erlösausfälle, die durch Befreiung und individuelle Netzentgelte dem Netzbetreiber entstehen, stellt keinen eigenen abgrenzbaren Teil der Änderung dar, der auch ohne die Befreiung stromintensiver Netznutzer geregelt worden wäre. Die Änderung zielte ganz ersichtlich darauf ab, stromintensive Netznutzer künftig nicht nur in den Genuss eines individuellen Netzentgelts kommen zu lassen, sondern ihnen die Möglichkeit einer weitergehenden Privilegierung, die vollständige Befreiung von den Netzentgelten, einzuräumen. Mit Blick darauf, dass es unbillig wäre, die übrigen Netznutzer je nach Belegenheit des Netzes und Zahl der stromintensiven Netznutzer in unterschiedlicher Höhe mit den daraus resultierenden Folgen zu belasten, sah der Gesetzgeber die Notwendigkeit, die – nicht unerheblichen – Erlösausfälle gleichmäßig auf alle (übrigen) Letztverbraucher umzulegen. Aus der Verordnungsbegründung geht – wie auch die Bundesnetzagentur erkennt – klar und eindeutig hervor, dass der Gesetzgeber hierzu nur Anlass sah, damit „örtliche Gegebenheiten für die Frage der Befreiung von den Netzentgelten nach § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV keine Rolle spielen" und er von daher den bundesweiten Ausgleich „zur Vermeidung überproportionaler regionaler Belastungen" installiert hat (BT-Drs. 17/6365 (S. 34)). Damit wollte er auch dem Umstand Rechnung tragen, dass die Genehmigung eines individuellen Netzentgelts nach § 19 Abs. 2 Satz 8 StromNEV a. F. nur erfolgen konnte, wenn „die Netzentgelte aller übrigen Netznutzer dieser und aller nachgelagerten Netz- und Umspannebenen sich dadurch nicht wesentlich erhöhen".

106 Ungeachtet dessen aber gilt für die vom Gesetzgeber vorgenommene Änderung ohnehin, dass – wie schon ausgeführt – der erforderliche sachliche Zusammenhang mit den weiteren gesetzgeberischen Maßnahmen fehlt, der indessen erforderlich ist, wenn der Gesetzgeber von einer delegierten Verordnungsermächtigung Gebrauch machen will. Dies betrifft auch die den Umlagemechanismus betreffende Änderung der maßgeblichen Vorschriften.

III.

107 Die Hilfsanträge der beteiligten Übertragungsnetzbetreiber B., C. und D. sind unzulässig.

108 Sie begehren die (allgemeine) Feststellung, dass sie nicht aus § 19 Abs. 2 Satz 6 StromNEV dazu verpflichtet sind, entgangene Erlöse, die aus individuellen Netzentgelten nach § 19 Abs. 2 Satz 1 StromNEV und Befreiungen von Netzentgelten nach § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV auf Grundlage von Genehmigungen nach § 19 Abs. 2 Satz 3 StromNEV resultieren, nachgelagerten Betreibern von Elektrizitätsverteilernetzen zu erstatten.

109 Für eine solche allgemeine, abstrakte Feststellung ist in dem Beschwerdeverfahren der Betroffenen indessen aus verschiedenen Gründen kein Raum. Allerdings ist ein Feststellungsantrag nach der Rechtsprechung des Kartellsenats des Bundesgerichtshofs im energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungsverfahren grundsätzlich statthaft, soweit im Einzelfall ein dem Art. 19 Abs. 4 GG genügender lückenloser Rechtsschutz nur im Wege eines gerichtlichen Feststellungsstreits in Betracht kommt. Dabei sind für die Beurteilung der Zulässigkeit eines solchen Feststellungsantrags die Vorschriften der Verwaltungsgerichtsordnung und ihre Ausgestaltung durch die Rechtsprechung entsprechend heranzuziehen (BGH, Kartellsenat, Beschluss vom 14.08.2008 – „Rheinhessische Energie" –, Rdnr. 80 f.). Entsprechend § 43 Abs. 1 VwGO könnte daher die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses oder der Nichtigkeit eines Verwaltungsakts begehrt werden, wenn der Kläger ein berechtigtes Interesse an der baldigen Feststellung hat.

110 Daran und an der Beschränkung des Gegenstands des Beschwerdeverfahrens auf den Aufhebungsanspruch der Betroffenen scheitern die Feststellungsanträge der beteiligten Übertragungsnetzbetreiber indessen. Dabei kann es dahinstehen, ob die beteiligten Übertragungsnetzbetreiber als notwendig Beteiligte des Beschwerdeverfahrens anzusehen sind. Selbst dann ist ihr Antragsrecht nach § 66 Satz 2 VwGO, der in energieverwaltungsrechtlichen Verfahren entsprechende Anwendung findet, durch den Rahmen des vom Beschwerdeführer bestimmten Streitgegenstands beschränkt (Hanebeck in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2. A., Rdnr. 6 zu § 79; Bracher in: E.er Kommentar zum Kartellrecht, Rdnr. 12 zu § 67; Schmidt in: Eyermann, VwGO, 13. Aufl., Rdnr. 10 zu § 66; a. A.: Kopp/Schenke, VwGO, 18. Aufl., Rdnr. 6 zu § 66; Bier in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 24. Erg.lieferung 2012, Rdnr. 6 zu § 66; VG Koblenz NVwZ 1992, 295, 296; offen gelassen BVerwG, Beschluss vom 31.05.2010, 3 B 29/10, BeckRS 2010, 52459, Rdnr. 10f.). Als Dritte in einem Verfahren zwischen anderen Hauptbeteiligten können sie schon nicht über den Verfahrensgegenstand dieses Beschwerdeverfahrens disponieren und den so gesteckten Rahmen überschreiten, indem sie einen eigenen weitergehenden Anspruch, der die Frage ihrer in § 19 Abs. 2 Satz 6 StromNEV normierten Verpflichtung gegenüber allen nachgelagerten Verteilernetzbetreibern betrifft, zum Gegenstand des Beschwerdeverfahrens zwischen der Betroffenen und der Bundesnetzagentur machen. Gegenstand energiewirtschaftlicher Beschwerdeverfahren sind Verwaltungsakte und schlichte Verwaltungshandlungen der Regulierungsbehörden und damit der administrative Vollzug von gesetzlichen und verordnungsrechtlichen Normen (Hanebeck in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2. A., Rdnr. 3 ff. zu § 75; vgl. zu § 63 GWB nur: Langen/Buntein: Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bd. 1, 11. A., Rdnr. 4 zu § 63). Vorliegend ist der Verfahrensgegenstand dementsprechend auf den Anspruch der Betroffenen beschränkt, der auf Aufhebung der Festlegung der Bundesnetzagentur gerichtet ist und in dessen Rahmen lediglich eine Inzidentkontrolle der zugrundeliegenden Verordnungsänderung erfolgt. Insoweit unterscheidet sich die Zielsetzung dieses auf Einzelrechtsschutz im Rahmen des Verwaltungsvollzugs gerichteten Beschwerdeverfahrens von einem abstrakten Normenkontrollverfahren, das eine Vielzahl von Klagen in einem Verfahren bündelt und die Norm selbst zum Gegenstand hat, jedoch vorliegend nicht zur Verfügung steht. Mit einem solchen

Verfahren könnte durch eine allgemeinverbindliche Feststellung der Unwirksamkeit die auch von den beteiligten Übertragungsnetzbetreibern angeführte mögliche Rechtsunsicherheit durch abweichende Inzidententscheidungen vermieden und so auch die Gerichtsbarkeit entlastet werden. Neben einer solchen – hier nicht eröffneten – abstrakten Normenkontrolle kann allenfalls noch eine auf Erlass oder Änderung einer Rechtsverordnung gerichtete Feststellungsklage gegen den Normgeber in Betracht kommen (BVerfGE 115, 81 ff. – „Kulturpflanzenanbau" –, Rdnr. 50ff., zit. nach juris; BVerwGE 136, 54 ff, Rdnr. 28 ff., zit. nach juris).

11 1 Das Feststellungsbegehren der beteiligten Übertragungsnetzbetreiber ist nicht auf ein konkretes Rechtsverhältnis im Rahmen dieses Beschwerdeverfahrens beschränkt, denn es geht den Übertragungsnetzbetreibern nicht um die Klärung eines solchen, sondern um die abstrakte Rechtsfrage ihrer Verpflichtung aus § 19 Abs. 2 Satz 6 StromNEV und damit seiner weiteren Anwendbarkeit. Da sie nach dieser Norm allen nachgelagerten Verteilernetzbetreibern verpflichtet sind, die aus individuellen Netzentgelten und Befreiungen resultierenden Erlösausfälle zu erstatten, läuft ihr Feststellungsbegehren darauf hinaus, dass die Nichtigkeit dieser normierten Verpflichtung für alle Fälle ihrer Inanspruchnahme von Seiten der Verteilernetzbetreiber festgestellt wird. Die begehrte Feststellung betrifft daher nicht das durch das konkrete Beschwerdeverfahren individualisierte und damit allenfalls feststellungsfähige Rechtsverhältnis, sondern die mehr oder weniger abstrakte Rechtsfrage der Nichtigkeit (auch) des § 19 Abs. 2 Satz 6 StromNEV.

11 2 C. 1. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 Satz 1 EnWG. Da die Beschwerde Erfolg hat, hat die Bundesnetzagentur die Gerichtskosten zu tragen und der Betroffenen die entstandenen notwendigen Auslagen zu erstatten. Gründe dafür, eine Erstattung der außergerichtlichen Auslagen der übrigen Beteiligten anzuordnen, sind nicht ersichtlich.

11 3 2. Die Festsetzung des Gegenstandswerts für das Beschwerdeverfahren folgt aus § 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO. Das mit der Beschwerde verbundene Interesse der Betroffenen an der Aufhebung der angegriffenen Festlegung bemisst der Senat seiner Praxis in vergleichbaren Fällen entsprechend auf 50.000 €.

D.

11 4 Der Senat hat die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof gegen diese Entscheidung zugelassen, weil die streitgegenständliche Frage grundsätzliche Bedeutung im Sinne des § 86 Abs. 2 Nr. 1 EnWG hat und die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs entsprechend § 86 Abs. 2 Nr. 2 EnWG erfordert.

Zitiervorschlag:
OLG Düsseldorf Beschl. v. 6.3.2013 – VI-3 Kart 65/12 (V), BeckRS 2013, 6830

BeckRS 2012, 45337

OVG Magdeburg, Beschluss vom 08.11.2011 - 3 M 464/11

Titel:

Zulassung zum Besuch einer Sekundarschule

Normenketten:

SachsAnh Verf § 79 I 3

SachsAnh SchulG § 5 IX

Amtliche Leitsätze:

1. Die Regelungen der Verordnung über die Abschlüsse in der Sekundarstufe I

vom 20. Juni 2004 - SekIAbschlV ST - können einem Bewerber um einen Schulabschluss nicht entgegen gehalten werden, da diese Verordnung wegen Missachtung des Zitiergebotes des Art. 79 Abs. 1 Satz 3 der Verfassung des Landes Sachsen-Anhalt als verfassungswidrig anzusehen ist und deshalb die Vorschrift im Verhältnis zwischen den Verfahrensbeteiligten keine Rechtswirkungen entfaltet. (amtlicher Leitsatz)
2. Ein unterlassener Hinweis auf die Verordnungsermächtigung kann grundsätzlich nicht durch eine bloße Änderung oder Ergänzung der Eingangsformel der Verordnung nachgeholt werden. Vorschriften einer Verordnung, für die die Ermächtigungen nicht oder nicht vollständig angegeben wurden, müssen im Regelfall unter Beachtung des Zitiergebots neu erlassen werden. (amtlicher Leitsatz)

Rechtsgebiete:
Sonstiges besonderes Verwaltungsrecht, Verwaltungsverfahren und -prozess

Schlagworte:
Schulsbesuch, Sekundarschule, Schulabschluss, Zitiergebot, Zwischenverfügung

ECLI:
ECLI:DE:OVGST:2011:1108.3M464.11.0A

Rechtskraft:
rechtskräftig

Vorinstanz Datum: 30.09.2011
3. Senat
Hauptschlagwort: Zitiergebot, Zwischenverfügung
Titel:
Normenkette:
Leitsatz:
Gründe:
Die Beschwerde bleibt ohne Erfolg.
Die Beschwerde der Antragsgegnerin ist zulässig. Der angefochtene Beschluss zeitigt für die Antragsteller und die Antragsgegnerin für den darin beschriebenen Zeitraum die gleichen materiellen Wirkungen wie ein stattgebender Beschluss im vorläufigen Rechtsschutzverfahren. Die Zwischenverfügung des Verwaltungsgerichts ist keine prozessleitende Verfügung und kein Beweisbeschluss im Sinne des § 146 Abs. 2 VwGO und steht diesen auch nicht gleich; sie erschöpft sich nicht in einer bloßen Anordnung zum Fortgang des Verfahrens und ist daher einer Beschwerde zugänglich (vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 02.07.2010 - OVG 1 S 71.10 -, juris m. w. N.).
Die Beschwerde ist jedoch unbegründet. Die mit der Beschwerdebegründung vorgebrachten Einwände, auf deren Prüfung der Senat gemäß § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO beschränkt ist, greifen nicht durch.
Das Verwaltungsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass den Antragstellern die Regelungen der Verordnung über die Abschlüsse in der Sekundarstufe I vom 20. Juni 2004 - SekIAbschlV ST - (GVBl. LSA 2004, 476; zuletzt geändert durch Verordnung vom 10.09.2010, GVBl. LSA S. 503) nicht entgegen gehalten werden können, da diese Verordnung wegen Missachtung des Zitiergebotes des Art. 79 Abs. 1 Satz 3 der Verfassung des Landes Sachsen-Anhalt als verfassungswidrig anzusehen ist und deshalb im Verhältnis zwischen den Verfahrensbeteiligten keine Rechtswirkungen entfaltet (vgl. Beschl. d. Senates v. 11.08.2010 - 3 M 385/10 -). Entgegen der Auffassung der

Antragsgegnerin hat sich hieran auch nichts durch die Verordnung vom 10. September 2010 geändert. Zwar ist in dieser Änderungsverordnung nunmehr auch § 5 Abs. 9 SchulG LSA als Ermächtigungsgrundlage dieser Verordnung aufgeführt. Mit § 1 der Änderungsverordnung ist allerdings nur § 17 der Stammverordnung vom 20. Juni 2004 geändert worden. Der notwendige Hinweis auf § 5 Abs. 9 SchulG LSA fehlt weiterhin in der Stammverordnung. Im Übrigen kann nach allgemeiner Auffassung ein unterlassener Hinweis auf die Verordnungsermächtigung nicht durch eine Änderung oder Ergänzung der Eingangsformel nachgeholt werden. Vorschriften einer Verordnung, für die die Ermächtigungen nicht oder nicht vollständig angegeben wurden, müssen unter Beachtung des Zitiergebots neu erlassen werden (vgl. Bundesministerium der Justiz, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. Aufl., Teil E, Rdnr. 762)
Eine Kostenentscheidung entfällt, da das Verfahren auf Erlass einer Zwischenentscheidung keine eigenständige Kostenfolge auslöst (vgl. OVG Bautzen, Beschl. v. 15.09.2011 - 5 B 135/11 -, juris; OVG Weimar, Beschl. v. 03.05.2002 - 4 VO 48/02 -, juris, jeweils m. w. N.).
Der Beschluss ist unanfechtbar (§§ 152 Abs. 1 VwGO).
Zitiervorschlag:
OVG Magdeburg Beschl. v. 8.11.2011 – 3 M 464/11, BeckRS 2012, 45337

BeckRS 2011, 78771

BSG, Urteil vom 06.10.2011 - B 9 SB 7/10 R

Titel:
Zur Erstattungspflicht des Eigenanteils für eine Wertmarke für die unentgeltliche Beförderung im öffentlichen Personennahverkehr
Normenketten:
AufenthG § 25 V
AsylbLG § 2 I
SGB IX §§ 15 I 3, 145 I 5 Nr. 2 Alt. 2
Amtlicher Leitsatz:
1. Anspruch auf Ausgabe einer kostenlosen Wertmarke zur unentgeltlichen Beförderung im öffentlichen Personenverkehr haben auch schwerbehinderte Menschen, die - wie Empfänger von Analogleistungen im Sinne des AsylbLG - für den Lebensunterhalt laufende Leistungen in entsprechender Anwendung des SGB XII erhalten und Sozialhilfeempfängern im Wesentlichen gleich gestellt sind. (amtlicher Leitsatz)
Rechtsgebiete:
Ausländer- und Asylrecht, Sozialrecht, Sonstiges besonderes Verwaltungsrecht
Schlagworte:
Schwerbehinderte, Unentgeltliche Beförderung, Empfänger von Asylbewerberleistungen
Fundstellen:
BSGE 109, 154
LSK 2013, 300036
NJOZ 2012, 1030
SGb 2012, 718 (m. Anm. Dr. Reza F. Shafaei)
SozR 4–3520 § 9 Nr. 3
Rechtskraft:

rechtskräftig

Text1

Leitsatzdokument -------
Informationen zur Entscheidung des Bundessozialgerichts in dem Rechtsstreit
B 9 SB 7/10 R
Gericht:BSG
Entscheidungsart:Urteil
Datum:06.10.2011
Aktenzeichen:B 9 SB 7/10 R
Vorinstanz(en): SG Aachen 11.01.2010 S 18 SB 235/09 LSG Essen 03.09.2010 L 13 SB 58/10
Abdruck in: BSGE; SozR
Normenkette: SGB 9, § 145 Abs 1 S 5 Nr 2 Alt 2 F: 200822; SGB 9, § 145 Abs 1 S 1 F: 200822; SGB 9, § 145 Abs 1 S 3 F: 200822; SGB 9, § 145 Abs 1 S 4 F: 200822; AsylbLG, § 2 Abs 1; AsylbLG, § 9 Abs 1; AsylbLG, § 9 Abs 2; SGB 12, § 27; SGB 12, §§ 27ff
Stichworte: (Schwerbehindertenrecht - kostenlose Wertmarke zur unentgeltlichen Beförderung im öffentlichen Personenverkehr - für den Lebensunterhalt laufende Leistungen in entsprechender Anwendung des SGB 12 -Empfänger von Analogleistungen nach § 2 AsylbLG - Erstattungsanspruch)
Leitsätze: Anspruch auf Ausgabe einer kostenlosen Wertmarke zur unentgeltlichen Beförderung im öffentlichen Personenverkehr haben auch schwerbehinderte Menschen, die – wie Empfänger von Analogleistungen im Sinne des AsylbLG – für den Lebensunterhalt laufende Leistungen in entsprechender Anwendung des SGB 12 erhalten und Sozialhilfeempfängern im Wesentlichen gleich gestellt sind.
Stand: 7. Februar 2012
BUNDESSOZIALGERICHT
Im Namen des Volkes
Urteil
in dem Rechtsstreit
Az: B 9 SB 7/10 R
L 13 SB 58/10 (LSG Nordrhein-Westfalen) S 18 SB 235/09 (SG Aachen)
Kläger und Revisionsbeklagter,
Prozessbevollmächtigte:
g e g e n
StädteRegion Aachen - Versorgungsamt -, Zollernstraße 10, 52070 Aachen,
Beklagte und Revisionsklägerin,
Prozessbevollmächtigte:
Der 9. Senat des Bundessozialgerichts hat ohne mündliche Verhandlung am 6. Oktober 2011 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. L o y t v e d , die Richter K r u s c h i n s k y und Dr. K n ö r r sowie die ehrenamtliche Richterin D ö h n e r t und den ehrenamtlichen Richter de V r i e s für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vom 3. September 2010 wird zurückgewiesen.
Die Beklagte hat dem Kläger auch für das Revisionsverfahren die

außergerichtlichen Kosten zu erstatten.

G r ü n d e :

I

1 Die Beteiligten streiten über die Erstattung des Betrages, den der Kläger für eine an ihn ausgegebene Wertmarke zur unentgeltlichen Beförderung schwerbehinderter Menschen im öffentlichen Personenverkehr entrichtet hat.

2 Der 1970 geborene Kläger ist ghanaischer Staatsangehöriger; er hält sich nach eigenen Angaben seit 2003 in Deutschland auf und durchlief erfolglos das Asylverfahren. Er leidet seit 2006 an einer koronaren Herzerkrankung und ist aus diesem Grunde reiseunfähig. Im Februar 2009 erhielt der Kläger eine befristete Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs 5 Aufenthaltsgesetz (Auf-enthG), deren Gültigkeit in der Folgezeit verlängert wurde.

3 Seit Juni 2009 ist der Kläger als schwerbehinderter Mensch anerkannt. Es sind bei ihm ein Grad der Behinderung (GdB) von 50 sowie die gesundheitlichen Voraussetzungen für das Merkzeichen "G" festgestellt. Seinen Lebensunterhalt bestreitet er zumindest seit dem 1.7.2009 durch Leistungen nach § 2 Abs 1 Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG) iVm den Vorschriften des SGB XII.

4 Am 2.7.2009 beantragte der Kläger beim Kreis A.die Ausstellung eines Beiblatts mit unentgeltlicher Wertmarke zur Beförderung im öffentlichen Personenverkehr. Dieser Antrag wurde mit der Begründung abgelehnt, dass der Kläger zu keiner der in § 145 Abs 1 Satz 5 SGB IX aufgezählten Personengruppen gehöre; insbesondere beziehe er keine der dort aufgeführten Leistungen (Bescheid vom 20.7.2009). Den Widerspruch des Klägers wies die Bezirksregierung Münster zurück (Widerspruchsbescheid vom 25.8.2009).

5 Auf die hiergegen am 19.9.2009 erhobene Klage hat das Sozialgericht (SG) Aachen die ab dem 20.10.2009 an die Stelle des Kreises Aachen getretene Städteregion Aachen (Beklagte) unter Aufhebung der angefochtenen Entscheidung verurteilt, dem Kläger ein Beiblatt mit kostenloser Wertmarke für die unentgeltliche Beförderung im öffentlichen Personenverkehr auszustellen (Urteil vom 11.1.2010), weil Leistungsbezieher gemäß § 2 Abs 1 AsylbLG nach einer am Sinn und Zweck des § 145 Abs 1 Satz 5 Nr 2 SGB IX orientierten Auslegung - auch unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte der Norm - zu dem wegen Bedürftigkeit von der Entrichtung des Eigenanteils befreiten Personenkreis gehörten.

6 Die Beklagte hat hiergegen beim Landessozialgericht (LSG) Nordrhein-Westfalen die vom SG zugelassene Berufung eingelegt. Während des Berufungsverfahrens hat der Kläger seinen Klageantrag im Einvernehmen mit der Beklagten dahingehend geändert, dass er von ihr die Kostenerstattung von 60 Euro begehre, da er sich die ursprünglich beantragte Wertmarke mittlerweile gegen Entrichtung des Eigenanteils selbst beschafft hatte.

7 Das LSG hat die Berufung durch Urteil vom 3.9.2010 mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die Beklagte unter Aufhebung des Bescheids vom 20.7.2009 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 25.8.2009 verurteilt wird, dem Kläger 60 Euro zu erstatten. Es hat seine Entscheidung im Wesentlichen auf folgende Erwägungen gestützt:

8 Dem Kläger stehe ein allgemeiner öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch zu, da die Beklagte von ihm für die Wertmarke zu Unrecht den Eigenanteil in Höhe von 60 Euro entgegengenommen habe. Der Kläger sei in analoger Anwendung des § 145

Abs 1 Satz 5 Nr 2 SGB IX von vornherein nicht verpflichtet gewesen, einen Eigenanteil zu leisten. Die Vorschrift sei zwar nach ihrem Wortlaut nicht unmittelbar anzuwenden, auch wenn die dem Kläger nach § 2 Abs 1 AsylbLG gewährten Leistungen der Höhe nach ausschließlich nach den Vorschriften des SGB XII bemessen seien. Denn nach § 9 Abs 1 AsylbLG erhielten Leistungsberechtigte nach dem AsylbLG gerade keine Leistungen nach dem SGB XII, sondern Leistungen nach dem AsylbLG. Mit Rücksicht auf die Entstehungsgeschichte zur Beteiligung von Schwerbehinderten an den Kosten für die unentgeltliche Beförderung im Personenverkehr gemäß § 57 Schwerbehindertengesetz (SchwbG) aF liege aber eine Regelungslücke vor. Ursprünglich seien einkommensschwache Ausländer nämlich von der Kostenpflicht befreit gewesen, da sie vor Einführung des AsylbLG im Jahre 1993 bei Bedürftigkeit einen Anspruch auf Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem Bundessozialhilfegesetz (BSHG) gehabt hätten. Auch wenn der Gesetzgeber mit dem AsylbLG eigenständige Regelungen des Unterhalts von Asylbewerbern und gegenüber den Leistungen nach dem BSHG eine deutlich abgesenkte Versorgung während des Asylverfahrens eingeführt habe, lasse sich eine bewusste Beseitigung der Kostenfreiheit gegenüber dem vorher bestehenden Rechtszustand jedenfalls für die Bezieher von sog Analog-Leistungen nach § 2 Abs 1 AsylbLG aus den Gesetzesmaterialien nicht eindeutig ableiten. Auch könne nicht angenommen werden, der moderne, oft unter Zeitdruck arbeitende Gesetzgeber wolle dieser Personengruppe einen regelungsbedürftigen Anspruch bewusst nicht gewähren, wenn er dazu schweige ("beredtes Schweigen").

9 Für die analoge Anwendung des § 145 Abs 1 Satz 5 Nr 2 SGB IX spreche zum einen der Normzweck, einkommensschwache Personen von der Kostenbeteiligung zu befreien, weil sie mangels finanzieller Mittel ohnehin auf die finanzielle Hilfe der öffentlichen Hand angewiesen seien. Dies treffe auf schwerbehinderte Bezieher von sog Analog-Leistungen nach § 2 Abs 1 AsylbLG in genau derselben Weise zu wie auf schwerbehinderte Sozialhilfeempfänger. Zum anderen entspreche diese Rechtsanwendung dem hier aus Art 3 Abs 1 Grundgesetz (GG) abzuleitenden Gebot verfassungskonformer Auslegung, da die Umwandlung einer unentgeltlichen Freifahrt in eine Freifahrt mit Kostenbeteiligung den Gesetzgeber nicht berechtige, in unbeschränktem Ermessen Personenkreise von der Kostenbeteiligung auszunehmen. Eine Ungleichbehandlung von mittellosen schwerbehinderten Beziehern von Analog-Leistungen nach dem AsylbLG gegenüber mittellosen schwerbehinderten Beziehern von Leistungen nach dem Dritten und Vierten Kapitel des SGB XII sei sachlich nicht gerechtfertigt, insbesondere nicht wegen eines nur vorläufigen Aufenthalts der Bezieher von Analog-Leistungen in Deutschland. Einerseits setze der Bezug dieser Leistungen nach § 2 Abs 1 AsylbLG einen Voraufenthalt von 48 Monaten voraus, andererseits gelte die Wertmarke jeweils nur für ein Jahr. Im Fall des Klägers könne wegen der schweren Herzerkrankung ohnehin nicht von einem nur vorübergehenden Aufenthalt in Deutschland ausgegangen werden.

10 Gegen diese Entscheidung hat die Beklagte die vom LSG zugelassene Revision eingelegt. Sie rügt die Verletzung materiellen Rechts und macht geltend: Das LSG habe § 145 Abs 1 Satz 5 Nr 2 SGB IX zu Unrecht analog auf den Leistungen nach § 2 AsylbLG beziehenden Kläger angewandt. Die Vorschrift sei abschließend und ihrem Wortlaut nach eindeutig. Bei dem Erwerb der Wertmarke für die unentgeltliche Beförderung im Personenverkehr seien insbesondere Bezieher von

laufenden Leistungen nach dem SGB XII von dem Eigenanteil in Höhe von 60 Euro befreit (§ 145 Abs 1 Satz 5 Nr 2 Alt 2 SGB IX), nicht aber Leistungsberechtigte nach dem AsylbLG. Diese Regelung verstoße auch nicht gegen die Verfassung. Dem Gesetzgeber stehe es hier bis zur Grenze der Willkür frei, nach sachgemäßen Erwägungen bestimmte Personenkreise gegenüber anderen zu begünstigen. Insoweit belege die Gesetzesentwicklung seit Jahrzehnten das Bemühen des Gesetzgebers, die ständig steigende Belastung der öffentlichen Haushalte durch Anspruchsberechtigte - ob Schwerbehinderte, Asylbewerber oder Sozialhilfebezieher - abzumildern. Insbesondere habe der Gesetzgeber mit Neufassung des AsylbLG im Jahr 1993 eine eigenständige gesetzliche Regelung des Mindestunterhalts von Asylbewerbern geschaffen, mit der eine deutliche Absenkung der bisherigen Leistungen einhergegangen sei. Die Entkoppelung dieses Leistungssystems vom regulären Sozialhilferecht sei ein bewusster Schritt der Schlechterstellung gegenüber den Personen gewesen, die direkt anspruchsberechtigt nach dem BSHG bzw SGB XII seien.

11 Die Beklagte beantragt, die Urteile des LSG Nordrhein-Westfalen vom 3.9.2010 und
1 des SG Aachen vom 11.1.2010 aufzuheben sowie die Klage gegen den Bescheid des Kreises Aachen vom 20.7.2009 in Gestalt des Widerspruchsbescheids der Bezirksregierung Münster vom 25.8.2009 abzuweisen.

12 Der Kläger beantragt, die Revision der Beklagten gegen das Urteil des
2 Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vom 3. September 2010 zurückzuweisen.

13 Er hält das Urteil des LSG für zutreffend und macht ergänzend geltend, ein
3 Ausschluss aus dem Kreis der Begünstigten iS des § 145 Abs 1 Satz 5 Nr 2 SGB IX verstoße in seinem Fall mangels sachlicher Rechtfertigung nicht nur gegen die Verfassung (Art 3 Abs 1 GG), sondern sei auch mit völkerrechtlichen Diskriminierungsverboten nicht zu vereinbaren.

14 Die Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung
4 einverstanden erklärt (§ 124 Abs 2 SGG).

II

1 Die Revision der Beklagten ist zulässig, aber nicht begründet.

51 1. Die Voraussetzungen für eine Sachentscheidung des erkennenden Senats liegen
6 vor.

17 a) Im Laufe des Gerichtsverfahrens ist auf der Beklagtenseite ein
7 Beteiligtenwechsel kraft Gesetzes erfolgt (vgl dazu BSG Urteil vom 5.7.2007 - B 9/9a SB 2/07 R - BSGE 99, 9 = SozR 4-3250 § 69 Nr 6, RdNr 13 f, BSG Beschluss vom 8.5.2007 - B 12 SF 3/07 S - SozR 4-1500 § 57 Nr 2 RdNr 4; BSG Urteil vom 11.12.2008 - B 9 VS 1/08 R - BSGE 102, 149 = SozR 4-1100 Art 85 Nr 1). Der seit dem 1.1.2008 für die Aufgaben nach §§ 69, 145 SGB IX zuständige Kreis Aachen (vgl § 2 Abs 1 Gesetz zur Eingliederung der Versorgungsämter in die allgemeine Verwaltung des Landes NRW <Eingliederungsgesetz - EingliederungsG = Art 1 Zweites Gesetz zur Straffung der Behördenstruktur in NRW> vom 30.10.2007, GVBl NRW 482; vgl zur Übertragung der Aufgaben des Schwerbehindertenrechts auf die Kreise und kreisfreien Städte: BSG Urteil vom 23.4.2009 - B 9 SB 3/08 R - SozialVerw 2009, 59) ist nach Klageerhebung am 19.9.2009 mit Ablauf des 20.10.2009 durch § 1 Abs 1 Städteregion Aachen Gesetz vom 26.2.2008 (GVBl NRW 162) aufgelöst worden. Rechtsnachfolgerin ist gemäß § 2 Abs 1 Städteregion Aachen Gesetz die Städteregion Aachen (vgl hierzu bereits BSG Teilurteil vom 30.9.2010 - B 10 EG 9/09 R - BSGE 107, 1 = SozR 4-7837 § 1 Nr 2, RdNr 16 und

Urteil vom 30.9.2010 - B 10 EG 19/09 R - BSGE 107, 18 = SozR 4-7837 § 2 Nr 6, RdNr 13).

18 Die Klage richtet sich jetzt zutreffend gegen die Städteregion Aachen, zumal mit Wirkung vom 1.1.2011 die Beteiligtenfähigkeit einer Behörde nach § 70 Nr 3 SGG iVm § 3 Gesetz zur Ausführung des Sozialgerichtsgesetzes im Lande Nordrhein-Westfalen (AG-SGG NRW) vom 3.9.1953 (GVBl NRW 412) idF des Gesetzes vom 17.12.1974 (GVBl NRW 1588) weggefallen ist. Durch Art 2 Nr 29 iVm Art 4 Satz 1 Gesetz zur Modernisierung und Bereinigung von Justizgesetzen im Land Nordrhein-Westfalen vom 26.1.2010 (GVBl NRW 30) sind mit Wirkung vom 1.1.2011 die vorgenannten landesrechtlichen Bestimmungen ersatzlos aufgehoben worden (vgl hierzu bereits BSG Urteile vom 17.2.2011 - B 10 EG 1/10 R und B 10 EG 2/10 R - juris RdNr 11). Der Senat hat sich deshalb nicht mehr mit der Frage auseinanderzusetzen, ob die Auffassung des 8. Senats des BSG (s Urteil vom 29.9.2009 - B 8 SO 19/08 R - SozR 4-3500 § 54 Nr 6 RdNr 14) zutrifft, dass eine Klage bei Bestehen eines landesrechtlich vorgesehenen Behördenprinzips zwingend gegen die Behörde zu richten ist (zur Gegenansicht BSG Urteil vom 23.4.2009 - B 9 SB 3/08 R - juris RdNr 21; Leitherer in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 9. Aufl 2008, § 70 RdNr 4).

19 b) Die Klage ist als kombinierte Anfechtungs- und (unechte) Leistungsklage (§ 54 Abs 1 Satz 1 und 4 SGG) zulässig.

20 aa) Der Kläger begehrt die Aufhebung des angegriffenen Verwaltungsaktes und - nach Umstellung seines Klageantrags im Berufungsverfahren - die Erstattung des Eigenanteils für die Ausgabe der Wertmarke zur unentgeltlichen Beförderung im Personenverkehr. Insoweit betrifft der Rechtsstreit die Fragen, ob der seinerzeit zuständige Kreis die Wertmarke zur unentgeltlichen Beförderung im Personenverkehr für die Zeit von September 2009 bis August 2010 kostenlos an den Kläger abzugeben hatte und die Beklagte zur Erstattung des vom Kläger dafür geleisteten Eigenanteils von 60 Euro verpflichtet ist. Der Kläger hat zunächst die Ausgabe einer kostenlosen Wertmarke begehrt und sich nach erfolglosem Verwaltungsverfahren die Wertmarke gegen Entrichtung des Eigenanteils iHv 60 Euro selbst beschafft. Das LSG hat zwar in seiner Entscheidung die Gültigkeitsdauer der dem Kläger ausgegebenen Wertmarke nicht festgestellt (§ 163 SGG). Diese ergibt sich aber aus der Sitzungsniederschrift vom 3.9.2010, nach der sich die Beteiligten nach Vorlage des Schwerbehindertenausweises des Klägers darüber einig geworden sind, dass Gegenstand des Verfahrens allein die für den Zeitraum September 2009 bis August 2010 beschaffte Wertmarke ist. Diesen Sachverhalt legt der Senat seiner Entscheidung zu Grunde. Denn über Tatbestand und Entscheidungsgründe der angefochtenen Entscheidung hinaus kann das BSG den erforderlichen Tatsachenstoff auch der vorinstanzlichen Sitzungsniederschrift entnehmen (§ 202 SGG iVm § 559 Abs 1 Satz 1 ZPO; vgl auch Bundesverwaltungsgericht <BVerwG> Urteil vom 23.9.1969 - II C 25.66 - Buchholz 310 § 139 VwGO Nr 34; Leitherer in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 9. Aufl 2008, § 163 RdNr 4; Lüdtke in Hk-SGG, 3. Aufl 2009, § 163 RdNr 2). Insoweit ist hier die Frage der Kostenpflicht oder Kostenfreiheit nach § 145 Abs 1 SGB IX für diesen Zeitraum weiterhin streitig (vgl auch BSG Urteil vom 17.7.2008 - B 9/9a SB 11/06 R - SozR 4-3250 § 145 Nr 1 RdNr 13).

21 bb) Der Senat kann offen lassen, ob in der Umstellung des Klageantrags im Berufungsverfahren eine stets zulässige Umwandlung des Klagebegehrens wegen

einer später eingetretenen Veränderung iS des § 99 Abs 3 Nr 3 SGG oder eine Klageänderung iS des § 99 Abs 1 SGG zu sehen ist. Das LSG hat sich mit dieser prozessualen Frage nicht befasst. Nach seinen Feststellungen, an die das BSG gebunden ist (§ 163 SGG), kann bereits nicht beurteilt werden, ob der Kläger die kostenpflichtige Wertmarke (§ 145 Abs 1 Satz 3 SGB IX) vor oder nach Klageerhebung beim SG Aachen erworben hat, also eine später eingetretene Veränderung iS des § 99 Abs 3 Nr 3 SGG vorliegt. Auch erscheint fraglich, ob die Rechtsprechung zur Ersatzbeschaffung im Krankenversicherungsrecht, nach der ohne Änderung des Klagegrundes (§ 99 Abs 3 Nr 3 SGG) an die Stelle eines Sachleistungsanspruchs nach Maßgabe des § 13 SGB V ein Kostenerstattungsanspruch treten kann (vgl etwa BSG Urteil vom 20.11.1996 - 3 RK 5/96 -BSGE 79, 261, 262 = SozR 3-2500 § 33 Nr 21 S 113 mwN), auf die vorliegende Fallkonstellation übertragbar ist. Denn der Kläger hat die Sachleistung (Wertmarke) - wie begehrt - von der zuständigen Behörde erhalten, jedoch nur gegen Entrichtung des Eigenanteils iS des § 145 Abs 1 Satz 3 SGB IX. Der Erwerb der Wertmarke mit Eigenbeteiligung ist insoweit keine Ersatzbeschaffung, sondern gleicht der Beteiligung an den Kosten einer kranken- oder rentenversicherungsrechtlichen Sozialleistung (so bereits BSG Urteil vom 11.11.1987 - 9a RVs 7/86 -SozR 3870 § 57 Nr 2 S 7).

22 Selbst wenn man den Übergang auf ein anderes Klagebegehren - hier auf einen
2 Kostenerstattungsanspruch - als eine Klageänderung ansieht, wäre diese nach den Maßgaben des § 99 Abs 1 SGG zulässig gewesen (vgl dazu BSG Urteil vom 17.5.1988 - 10 RKg 3/87 - BSGE 63, 167, 169 = SozR 1500 § 54 Nr 85 S 86). Die Beklagte hat sich nämlich in der mündlichen Verhandlung des LSG vom 3.9.2010 mit der Umstellung des Klagebegehrens ausdrücklich einverstanden erklärt.

23 cc) Auch die Sachurteilsvoraussetzungen für die Anfechtungs- und (unechte)
3 Leistungsklage liegen vor.

24 Im Hinblick auf die Ablehnungsentscheidung der Beklagten vom 20.7.2009 ist das
4 Vorverfahren vor Erhebung der Anfechtungsklage durchgeführt worden (zur Durchführung eines Vorverfahrens als Sachurteilsvoraussetzung etwa BSG SozR 3-1500 § 78 Nr 3 S 5). Ob die Entscheidung über eine unentgeltliche Wertmarkenausgabe überhaupt durch Verwaltungsakt iS des § 31 SGB X zu erfolgen hat (vgl zur Problematik LSG Baden Württemberg Urteil vom 29.8.2005 - L 6 SB 5511/04 - juris RdNr 26 ff), kann (weiterhin) offen bleiben, weil der Beklagte hier die Form des Verwaltungsaktes gewählt hat (vgl bereits BSG Urteil vom 17.7.2008 - B 9/9a SB 11/06 R - SozR 4-3250 § 145 Nr 1 RdNr 14).

25 Ebenfalls kann offen bleiben, ob die Bezirksregierung Münster nach der zum
5 Zeitpunkt des Erlasses des Widerspruchsbescheids am 25.8.2009 maßgeblichen Rechtslage gemäß § 85 Abs 2 Satz 1 SGG befugt war, über den Widerspruch gegen den Bescheid vom 20.7.2009 zu entscheiden (vgl zur Frage der Zuständigkeit in Verfahren nach §§ 69, 145 SGB IX gemäß § 85 Abs 2 Satz 1 Nr 1 oder 4 SGG in NRW: LSG Nordrhein Westfalen Urteil vom 16.12.2009 - L 10 SB 39/09 - SozialVerw 2010, 8 ff, Revision anhängig unter B 9 SB 2/10 R; LSG Nordrhein Westfalen Urteil vom 5.3.2008 - L 10 SB 40/06 - Juris RdNr 39 ff). Denn sie ist jedenfalls seit Inkrafttreten des § 4a AG SGG NRW rückwirkend ab 1.1.2008 durch Art 3, 4 Satz 2 des Gesetzes zur Modernisierung und Bereinigung von Justizgesetzen im Land Nordrhein Westfalen vom 26.1.2010 (GVBl NRW 30) als Widerspruchsbehörde in Angelegenheiten nach den §§ 69, 145 SGB IX festgelegt

worden (vgl zu § 4a AG SGG NRW bereits BSG Teilurteil vom 30.9.2010 - B 10 EG 9/09 R - BSGE 107, 1 = SozR 4-7837 § 1 Nr 2, RdNr 19). Diese landesrechtliche Zuständigkeitsregelung verstößt nicht gegen Bundesrecht. Sowohl nach §§ 219, 85 Abs 2 Satz 1 Nr 1 SGG als auch gemäß § 85 Abs 2 Satz 1 Nr 4 SGG iVm § 2 Abs 2 Satz 2 EingliederungsG sind insoweit abweichende Zuständigkeitsregelungen erlaubt.

26 Soweit es den erstmals in der Berufungsinstanz erhobenen Anspruch des Klägers auf Erstattung des von ihm geleisteten Eigenanteils von 60 Euro betrifft, ist hier unschädlich, dass die Beklagte zu dem neuen Streitgegenstand kein eigenständiges Verwaltungsverfahren durchgeführt und dieses nicht mit einem Bescheid abgeschlossen hat (vgl § 8 SGB X). Erst recht schadet es nicht, dass kein Widerspruchsverfahren als Klagevoraussetzung durchgeführt worden ist (§ 78 Abs 3 iVm Abs 1 SGG). Zwar müssen auch im Falle einer zulässigen Klageänderung für die geänderte Klage im Regelfall die Sachurteilsvoraussetzungen in gleicher Weise vorliegen, wie es bei einer sofortigen Klageerhebung mit einem entsprechenden Begehren nötig gewesen wäre (vgl hierzu etwa BSG Urteil vom 15.8.1996 - 9 RVs 10/94 - SozR 3-3870 § 4 Nr 13 S 54). Es ist aber anerkannt, dass in bestimmten Fällen nicht nur die Durchführung eines Widerspruchsverfahrens entbehrlich sein kann (vgl im Einzelnen Leitherer in Meyer-Lade-wig/Keller/Leitherer, SGG, 9. Aufl 2008, § 78 RdNr 8, 8a mwN), sondern auch die Durchführung eines selbstständigen Verwaltungsverfahrens während eines anhängigen Rechtsstreits. Dies ist der Fall, wenn von einer eigenständigen Verwaltungsentscheidung nichts anderes zu erwarten ist als eine Bestätigung des prozessualen Vorbringens und die Verwaltung durch rügelose Einlassung oder gar durch ausdrückliches Einverständnis auf ihren Vorrang bei der Gesetzesausführung verzichtet hat (BSG Urteil vom 15.8.1996 - 9 RVs 10/94 - SozR 3-3870 § 4 Nr 13 S 54; BSG Urteil vom 27.8.1998 - B 9 SB 13/97 R - juris RdNr 12). Ein solcher Ausnahmefall liegt hier vor. Der Kläger hat sich die Wertmarke für die unentgeltliche Beförderung im Personenverkehr nur deswegen gegen Entrichtung des Eigenanteils iS des § 145 Abs 1 Satz 3 SGB IX beschafft, weil die Beklagte die Ausgabe einer kostenlosen Wertmarke mit der angegriffenen Entscheidung abgelehnt hat und hieran - wie der vorliegende Prozess zeigt - weiterhin festhält.

27 2. In der Sache hat die Revision der Beklagten keinen Erfolg. Zu Recht hat das LSG die Berufung der Beklagten gegen das zusprechende Urteil des SG mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die Beklagte unter Aufhebung des Bescheids vom 20.7.2009 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 25.8.2009 verurteilt wird, dem Kläger 60 Euro zu erstatten.

28 a) Rechtsgrundlage für den vom Kläger geltend gemachten Anspruch auf Rückzahlung des Eigenanteils in Höhe von 60 Euro ist - wie das LSG zutreffend erkannt hat - der allgemeine öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch (vgl zu diesem allgemein anerkannten Rechtsinstitut BSG Urteil vom 11.10.1994 - 1 RK 34/93 - BSGE 75, 167 ff = SozR 3-2500 § 31 Nr 2 mwN; Ossenbühl, NVwZ 1991, 513 ff). Eine spezialgesetzliche Regelung über die Rückerstattung ohne Rechtsgrund geleisteter Beträge nach § 145 Abs 1 Satz 3 SGB IX ist nicht ersichtlich.

29 aa) Als vorrangige Erstattungsregelung kommt insbesondere § 145 Abs 1 Satz 4 SGB IX nicht in Betracht. Danach gilt für die gemäß § 145 Abs 1 Satz 3 SGB IX grundsätzlich gegen einen Betrag von 60 Euro für ein Jahr oder 30 Euro für ein

halbes Jahr erhältliche Wertmarke zur unentgeltlichen Beförderung schwerbehinderter Menschen im Personennahverkehr (§ 145 Abs 1 Satz 1 und 2 SGB IX), dass im Falle der Rückgabe der Wertmarke vor Ablauf ihrer Gültigkeitsdauer auf Antrag ein Betrag von 5 Euro für jeden vollen Kalendermonat ihrer Gültigkeit nach Rückgabe erstattet wird, sofern der zu erstattende Betrag 15 Euro nicht unterschreitet; Entsprechendes gilt für jeden vollen Kalendermonat nach dem Tod des schwerbehinderten Menschen. Der Anwendungsbereich dieser Norm ist nicht eröffnet, da sie nur diejenigen Fälle erfasst, in denen Berechtigte die gegen eine Selbstbeteiligung erhaltene Wertmarke vor Ablauf ihrer Gültigkeitsdauer zurückgeben oder versterben. Der Wertmarkenbetrag wird infolgedessen für diejenigen Monate erstattet, in denen die Berechtigten von ihrem Recht auf unentgeltliche Beförderung keinen Gebrauch mehr machen können (vgl BSG Urteil vom 11.11.1987 - 9a RVs 7/86 - SozR 3870 § 57 Nr 2 S 8). Der vom Kläger geltend gemachte Anspruch richtet sich hingegen auf die Erstattung des für die (inzwischen bereits abgelaufene) Wertmarke entrichteten Eigenanteils mit der Begründung, dass gemäß § 145 Abs 1 Satz 5 Nr 2 Alt 2 SGB IX überhaupt kein Betrag iS des § 145 Abs 1 Satz 3 SGB IX zu leisten gewesen sei.

30 bb) Auch § 15 Abs 1 Satz 3 SGB IX ist hier als besondere Erstattungsregel nicht einschlägig. Danach ist der zuständige Rehabilitationsträger unter Beachtung der Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zur Erstattung der Aufwendungen verpflichtet, soweit sich Leistungsberechtigte nach fruchtloser Fristsetzung und weiteren Voraussetzungen (vgl § 15 Abs 1 Satz 1 und 2 SGB IX) eine erforderliche Leistung selbst beschaffen. Die Erstattungspflicht besteht auch, wenn der Rehabilitationsträger eine unaufschiebbare Leistung nicht rechtzeitig erbringen kann oder er eine Leistung zu Unrecht abgelehnt hat (§ 15 Abs 1 Satz 4 SGB IX). Es muss sich um eine Rehabilitationsleistung nach dem SGB IX (§§ 4, 5 SGB IX) bzw den speziellen Leistungsgesetzen handeln (vgl Luik in jurisPK-SGB IX, 1. Aufl 2010, § 15 RdNr 27). Hieran fehlt es. Die gemäß § 145 Abs 1 Satz 5 SGB IX ohne Eigenanteil auszugebende Wertmarke ist keine eigenständige Leistung nach dem SGB IX und kann überdies (auf rechtmäßige Weise) nicht selbst beschafft werden, soweit die Behörde die Ausgabe der Wertmarke von der Entrichtung des Betrags nach § 145 Abs 1 Satz 3 SGB IX abhängig macht. Die Sozialleistung besteht im Verhältnis zwischen Schwerbehinderten und Staat vielmehr in der Vergünstigung, von der Pflicht zur Zahlung des üblichen Beförderungsentgelts an die Verkehrsunternehmen freigestellt zu werden (vgl BSG Urteil vom 11.11.1987 - 9a RVs 7/86 - SozR 3870 § 57 Nr 2 S 7).

31 b) Dem hier einschlägigen allgemeinen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch liegt der allgemeine, auch im Sozialrecht geltende Rechtsgrundsatz zu Grunde, dass zu Unrecht empfangene Leistungen zurückzugeben sind (vgl zur Erstattung des anteiligen Eigenanteils bei vorzeitiger Rückgabe der Wertmarke für Zeiträume vor Inkrafttreten des § 57 Abs 1 Satz 4 SchwbG idF vom 18.7.1985 bereits BSG Urteil vom 11.11.1987 - 9a RVs 7/86 - SozR 3870 § 57 Nr 2 S 7 ff). Auf diesen Anspruch kann sich nicht nur die Behörde, sondern auch der Bürger stützen, wenn zu seinen Lasten eine Vermögensverschiebung eingetreten ist und ein Sozialleistungsträger etwas erhalten hat, was ihm nicht zusteht (vgl BSG Urteil vom 11.10.1994 - 1 RK 34/93 - BSGE 75, 167 ff = SozR 3-2500 § 31 Nr 2 mwN; Ossenbühl, NVwZ 1991, 513, 514). Übertragen auf die vorliegende Fallgestaltung bedeutet dies, dass der Kläger gegen die Beklagte einen Anspruch auf Erstattung

des bei der Ausgabe der Wertmarke für den Zeitraum September 2009 bis Oktober 2010 gezahlten Betrages in Höhe von 60 Euro hat, wenn er seinerzeit diesen Eigenanteil gemäß § 145 Abs 1 Satz 5 SGB IX nicht zu entrichten hatte, der Betrag nach § 145 Abs 1 Satz 3 SGB IX also rechtsgrundlos von der Beklagten entgegengenommen worden ist. Dies ist hier der Fall. Denn der Kläger konnte eine kostenfreie Wertmarke beanspruchen.

32 Rechtsgrundlage für die von dem damals zuständigen Kreis abgelehnte unentgeltliche Ausgabe einer Wertmarke ist hier § 145 Abs 1 Satz 1 bis 3 und 5 Nr 2 SGB IX idF vom 22.12.2008 (BGBl I 2959). Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage ist dabei der Zeitpunkt der Vermögensverschiebung vor Ausgabe der von September 2009 bis August 2010 gültigen Wertmarke. Nach den genannten Regelungen werden schwerbehinderte Menschen, die infolge ihrer Behinderung in ihrer Bewegungsfähigkeit im Straßenverkehr erheblich beeinträchtigt oder hilflos oder gehörlos sind, von Unternehmen, die öffentlichen Personenverkehr betreiben, gegen Vorzeigen eines entsprechend gekennzeichneten Ausweises nach § 69 Abs 5 SGB IX im Nahverkehr unentgeltlich befördert. Voraussetzung ist, dass der Ausweis mit einer gültigen Wertmarke versehen ist. Sie wird gegen Entrichtung eines Betrages von 60 Euro für ein Jahr oder 30 Euro für ein halbes Jahr ausgegeben. Auf Antrag wird eine für ein Jahr gültige Wertmarke, ohne dass der Betrag nach § 145 Abs 1 Satz 3 SGB IX zu entrichten ist, ua an schwerbehinderte Menschen ausgegeben, die Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II oder für den Lebensunterhalt laufende Leistungen nach dem Dritten und Vierten Kapitel des SGB XII, dem SGB VIII oder den §§ 27a und 27d Bundesversorgungsgesetz (BVG) erhalten.

33 Soweit danach ein Antrag erforderlich ist, steht dem Anspruch des Klägers auf Ausgabe einer kostenlosen Wertmarke für die Zeit von September 2009 bis August 2010 nicht bereits entgegen, dass der Kläger vor der Ausgabe der für diesen Zeitraum gültigen kostenpflichtigen Wertmarke möglicherweise keinen erneuten, "ausdrücklichen" Antrag iS des § 145 Abs 1 Satz 5 SGB IX auf Ausgabe einer kostenfreien Wertmarke gestellt hat (vgl zu dieser Problematik LSG Baden-Württemberg Urteil vom 29.8.2005 - L 6 SB 5511/04 - juris RdNr 34). Zu einer wiederholten Antragstellung hat nämlich wegen der vom Kläger angefochtenen und damit nicht bestandskräftigen Ablehnungsentscheidung der zuständigen Behörde (Bescheid vom 20.7.2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 25.8.2009) kein Anlass bestanden.

34 Auch die materiell-rechtlichen Voraussetzungen für einen Anspruch des Klägers auf Ausgabe einer kostenlosen Wertmarke liegen für den maßgeblichen Zeitraum vor. Der Kläger hat zum Kreis der berechtigten Personen iS des § 145 Abs 1 Satz 1 SGB IX gehört, denn ihm war das Merkzeichen "G" erteilt worden. Zudem hat der Kläger seinerzeit Leistungen iS des § 145 Abs 1 Satz 5 Nr 2 SGB IX erhalten. Denn die dem Kläger gewährten Leistungen nach § 2 Abs 1 AsylbLG iVm §§ 27 ff SGB XII stellen nach Auffassung des erkennenden Senats "für den Lebensunterhalt laufende Leistungen nach dem Dritten und Vierten Kapitel des Zwölften Buches" iS dieser Vorschrift dar. Dafür sind folgende Erwägungen maßgebend:

35 aa) Um die Bedeutung einer Gesetzesvorschrift zu ermitteln, kommen zunächst die herkömmlichen Auslegungsmethoden zur Anwendung. Danach ist auf den Wortlaut der Norm (grammatische Auslegung), ihren Zusammenhang (systematische Auslegung), ihren Zweck (teleologi-sche Auslegung) sowie die Gesetzesmaterialien

und die Entstehungsgeschichte (historische Auslegung) abzustellen (vgl aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts <BVerfG>: BVerfGE 11, 126, 130; 82, 6, 11; 93, 37, 81; 105, 135, 157; dazu auch Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl 1995, S 141 ff; 163 ff). Dabei sind die konkret einschlägigen verfassungsrechtlichen Vorgaben zu berücksichtigen. Ist von mehreren möglichen Auslegungen nur eine mit dem GG vereinbar, muss diese gewählt werden (verfassungskonforme Auslegung; vgl etwa BVerfGE 88, 145, 166 f; 93, 37, 81; dazu auch Larenz/Canaris, aaO, S 159 ff). Die Grenzen jeder Auslegung ergeben sich daraus, dass einem nach Wortlaut und Sinn eindeutigen Gesetz nicht durch Auslegung eine entgegengesetzte Bedeutung verliehen werden darf (vgl BVerfGE 54, 277, 299 f; 59, 330, 334; 93, 37, 81; dazu auch Larenz/Canaris, aaO, S 143).

36 bb) Das BSG hat bereits zu den Vorgängervorschriften des § 145 Abs 1 Satz 5 SGB IX entschieden, dass der Gesetzgeber nur einem bestimmten Personenkreis, der nach der damaligen Rechtslage eindeutig benannt war, den kostenlosen Erwerb der zur Freifahrt berechtigenden Wertmarke zubilligen wollte (vgl BSG Urteil vom 8.10.1987 - 9a RVs 6/87 - SozR 3870 § 57 Nr 1 <zu § 57 Abs 1 Satz 4 SchwbG idF vom 22.12.1983, BGBl I 1532>; BSG Urteil vom 13.12.1994 - 9 RVs 7/93 - RdLH 1996 Nr 1, 35 <zu § 59 Abs 1 Satz 5 Nr 2 SchwbG idF vom 18.7.1985, BGBl I 1516>), und an dieser Rechtsprechung auch seit Inkrafttreten des SGB IX festgehalten (BSG Urteil vom 17.7.2008 - B 9/9a SB 11/06 R - SozR 4-3250 § 145 Nr 1 <zu § 145 Abs 1 Satz 5 Nr 2 SGB IX idF vom 21.3.2005, BGBl I 818, und idF vom 2.12.2006, BGBl I 2742>). Danach besteht keine Veranlassung für eine den Wortlaut des § 145 Abs 1 Satz 5 Nr 2 Alt 2 SGB IX erweiternde Auslegung, die zu einer Erstreckung auf Personen führt, die nicht Bezieher laufender Leistungen zum Lebensunterhalt nach dem SGB XII sind. Denn die Mobilitätsförderung von schwerbehinderten Menschen nach § 145 Abs 1 Satz 1 SGB IX wird durch den zu leistenden Eigenanteil nur moderat relativiert. Die kostenlose Ausgabe der Wertmarke stellt systematisch eine Ausnahme von der Pflicht zur Entrichtung des Eigenanteils dar. Die Regelung ist abschließend (BSG Urteil vom 17.7.2008 - B 9/9a SB 11/06 R - SozR 4-3250 § 145 Nr 1 RdNr 27-29; vgl auch Vogl in jurisPK-SGB IX, 1. Aufl 2010, § 145 RdNr 47).

37 cc) Hieran anknüpfend hält der Senat - innerhalb der Wortlautgrenze - eine weite Auslegung des Begriffs "für den Lebensunterhalt laufende Leistungen nach dem Dritten und Vierten Kapitel des Zwölften Buches" iS des § 145 Abs 1 Satz 5 Nr 2 SGB IX für richtig. Von diesem Begriff sind nicht nur Leistungen umfasst, die ihren Rechtsgrund allein im SGB XII haben, sondern auch für den Lebensunterhalt laufende Leistungen, die in entsprechender Anwendung des Dritten und Vierten Kapitels des SGB XII an Personen erbracht werden, die Sozialhilfeempfängern im Wesentlichen gleichstehen (1). Zudem ist unter dem Begriff "erhalten" in § 145 Abs 1 Satz 5 Nr 2 SGB IX der faktische Bezug der in der Vorschrift genannten Leistungen zu verstehen, ohne dass es auf die materiell-rechtliche Leistungsberechtigung des Empfängers ankommt (2).

38 (1) Einem weiten Verständnis des Begriffs der "für den Lebensunterhalt laufende Leistungen nach dem Dritten und Vierten Kapitel des Zwölften Buches" iS des § 145 Abs 1 Satz 5 Nr 2 SGB IX steht nicht entgegen, dass es sich bei dieser Norm gegenüber dem Regelfall der Freifahrtberechtigung mit Zahlung einer Eigenbeteiligung nach § 145 Abs 1 Satz 1 bis 3 SGB IX um eine

Ausnahmevorschrift handelt (vgl hierzu BSG Urteil vom 17.7.2008 - B 9/9a SB 11/06 R - SozR 4-3250 § 145 Nr 1 RdNr 29). Die Regel, dass Ausnahmevorschriften grundsätzlich eng auszulegen sind, gilt nicht allgemein. Entscheidend ist vielmehr der Grund, warum der Gesetzgeber eine bestimmte Gruppe von Fällen aus dem Anwendungsbereich der Regelvorschrift herausgenommen hat (vgl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl 1983, S 337, 339 f).

39 (a) Zwar lässt der Wortlaut der Norm sowohl eine enge als auch eine weite Auslegung des Begriffs "für den Lebensunterhalt laufende Leistungen nach dem Dritten und Vierten Kapitel des SGB XII" zu, im sprachlichem Zusammenhang betrachtet legt § 145 Abs 1 Satz 5 Nr 2 SGB IX jedoch bereits ein weites Begriffsverständnis nahe.

40 Nach anerkannten Auslegungsgrundsätzen richtet sich die Wortlautinterpretation zunächst nach dem allgemeinen Sprachgebrauch eines Ausdrucks bzw einer Wortverbindung. Haben Ausdrücke in der Rechtssprache eine spezifische Bedeutung erhalten, geht der besondere Sprachgebrauch des Gesetzes vor (vgl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl 1983, S 305 ff). Nach diesen Grundsätzen hat das LSG im Ansatz zutreffend erkannt, dass der Befreiungstatbestand für Personen, die "für den Lebensunterhalt laufende Leistungen nach dem Dritten und Vierten Kapitel des Zwölften Buches" beziehen, im Rahmen des § 145 Abs 1 Satz 5 Nr 2 SGB IX so verstanden werden kann, dass von diesem Begriff auch nach den gleichen Voraussetzungen zu gewährende Leistungen umfasst sind. Das Wort "nach" kann im allgemeinen Sprachgebrauch unterschiedliche Bedeutungen einnehmen, etwa "gemäß", "entsprechend" oder "im Sinne von". Es ist auch nach dem juristischen Sprachgebrauch keineswegs zwingend, dass mit der Wortverbindung "nach dem Dritten und Vierten Kapitel des SGB XII" nur Leistungen gemeint sind, die ihren Rechtsgrund allein im SGB XII haben bzw im engeren Rechtssinne Leistungen der Sozialhilfe darstellen. Vielmehr können auch Leistungen umfasst sein, die in entsprechender Anwendung der Regelungen des Dritten und Vierten Kapitels des SGB XII gewährt werden.

41 Ein solches Verständnis wird auch bei den ebenfalls von § 145 Abs 1 Satz 5 Nr 2 SGB IV erfassten Beziehern von Leistungen "nach" den §§ 27a und 27d BVG vertreten (Heinz in Ernst/Adlhoch/Seel, SGB IX, Stand April 2010, § 145 RdNr 33; Winkler in Müller-Wenner/Winkler, SGB IX, 2. Aufl 2011, § 145 RdNr 14). Danach sollen nicht nur Empfänger von Leistungen der Kriegsopferfürsorge (in unmittelbarer Anwendung des BVG), sondern auch Berechtigte nach den sog "Nebengesetzen" zum BVG von der Zuzahlungspflicht befreit sein, obwohl das BVG nach diesen Gesetzen nur entsprechend anzuwenden ist (vgl etwa § 80 Abs 1 Satz 1 Soldatenversorgungsgesetz; § 47 Abs 1 Satz 1 Zivildienstgesetz; § 60 Abs 1 Satz 1 Infektionsschutzgesetz; § 1 Abs 1 Satz 1 Opferentschädigungsgesetz).

42 Schließlich spricht auch der Aufbau der Wortverbindung dafür, dass von § 145 Abs 1 Satz 5 Nr 2 Alt 2 SGB IX auch Leistungen umfasst sind, die in entsprechender Anwendung des Dritten und Vierten Kapitels des SGB XII gewährt werden. Der Gesetzgeber hat die Leistungen zunächst näher umschrieben als "für den Lebensunterhalt laufende Leistungen"; die nachfolgende Nennung der materiell-rechtlichen Bezugsnorm ("nach dem Dritten und Vierten Kapitel des Zwölften Buches") kann dann allein dazu dienen, die Abgrenzung der begünstigten Personenkreise - ungeachtet des genaueren Rechtsgrunds der erhaltenen

Leistungen - "nach dem System des Sozialhilferechts" vorzunehmen, welches für sich bereits zu berücksichtigendes Einkommen und Vermögen (11. Kap SGB XII) sowie relevante Sonderbedarfe regelt (vgl hierzu bereits BSG Urteil vom 17.7.2008 - B 9/9a SB 11/06 R - SozR 4-3250 § 145 Nr 1 RdNr 34).

43 (b) Ein weites Verständnis des Begriffs "für den Lebensunterhalt laufende Leistungen nach dem Dritten und Vierten Kapitel des Zwölften Buches" iS des § 145 Abs 1 Satz 5 Nr 2 Alt 2 SGB IX steht mit der Entstehungsgeschichte der Norm im Einklang.

44 Die Vorschrift über die Freifahrtsberechtigung schwerbehinderter Menschen geht auf § 57 Abs 1 SchwbG idF des Art 20 des Haushaltsbegleitgesetzes (HBegleitG) 1984 vom 22.12.1983 (BGBl I 1532) zurück, durch den der Kreis der berechtigten Personen eingeschränkt und grundsätzlich eine Kostenbeteiligung in Höhe von damals 120 DM jährlich bzw 60 DM halbjährlich eingeführt wurde. Nach der ersten Fassung des § 57 Abs 1 Satz 4 Nr 2 SchwbG erhielten ua "Bezieher von laufenden Leistungen der Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem BSHG" eine kostenlose Wertmarke. Diesen Wortlaut änderte der Gesetzgeber bereits mit der ersten Korrektur des HBegleitG 1984 durch das Gesetz zur Erweiterung der unentgeltlichen Beförderung Schwerbehinderter im öffentlichen Personenverkehr vom 18.7.1985 (BGBl I 1516), um auch bedürftige Heimbewohner eindeutig von der Eigenbeteiligung zu befreien. Denn einige Länder hatten bei der Durchführung des Gesetzes nach der damaligen Systematik des Bundessozialhilfegesetzes (BSHG) ein enges Verständnis der Norm zu Grunde gelegt und unter "Leistungen der Hilfe zum Lebensunterhalt" nicht Hilfen in besonderen Lebenslagen für bedürftige Heimbewohner verstanden, obwohl bei der Gewährung dieser Leistungen in einer Einrichtung gemäß § 27 Abs 3 BSHG idF vom 24.5.1983 (BGBl I 613) auch Leistungen zum Lebensunterhalt umfasst waren (vgl hierzu Cramer, VersorgB 1985, 87, 89 mwN). Dieser engen Auslegung trat der Gesetzgeber entgegen. Mit der Gesetzesänderung führte er den Begriff "für den Lebensunterhalt laufende Leistungen" ein und bekundete das Anliegen, durch diesen Befreiungstatbestand "alle Personen zu erfassen, die zur Deckung ihres notwendigen Lebensunterhaltes Leistungen der öffentlichen Fürsorge erhalten" (BT-Drucks 10/3138 S 40). Ähnlich der heutigen Fassung des § 145 Abs 1 Satz 5 Nr 2 Alt 2 SGB IX waren nach der damals geltenden Fassung des § 57 Abs 1 Satz 5 Nr 2 Alt 2 SchwbG Berechtigte, die "für den Lebensunterhalt laufende Leistungen nach dem BSHG erhalten", von der Entrichtung des Eigenanteils befreit.

45 Dieser Befreiungstatbestand ist inhaltlich sowohl mit Einführung des SGB IX durch Gesetz vom 19.6.2001 (BGBl I 1046) als auch mit Einführung des SGB XII durch Gesetz vom 27.12.2003 (BGBl I 3022) im Wesentlichen unverändert geblieben. Er hat seine letzte Fassung jedoch erst durch die Änderungsgesetze vom 13.12.2007 (BGBl I 2904) und 22.12.2008 (BGBl I 2959) erhalten, die nach den Gesetzesmaterialien vornehmlich redaktionelle Änderungen betrafen (vgl BT-Drucks 16/6985 S 5; BT-Drucks 16/10487 S 11). Die Aufnahme des Tatbestandsmerkmals der Leistungen nach dem "Dritten und Vierten Kapitel" des SGB XII ist auf die Eingliederung des Gesetzes über die bedarfsorientierte Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung vom 26.6.2001 (BGBl I 1310) in das SGB XII (Viertes Kapitel) und die systematische Trennung der Hilfe zum Lebensunterhalt (Drittes Kapitel) und der Hilfen in besonderen Lebenslagen (nun Fünftes bis Neuntes Kapitel) zurückzuführen (vgl zur neueren Gesetzhistorie auch Spiolek in GK-SGB

IX, Stand Februar 2011, § 145 RdNr 25).

46 Zusammenfassend ist festzustellen, dass sich - wie das LSG zutreffend erkannt hat - aus den Gesetzesmaterialien zu den jeweiligen Änderungen der Befreiungstatbestände für einkommensschwache schwerbehinderte Menschen bei der unentgeltlichen Beförderung im Personenverkehr kein Anhaltspunkt dafür ergibt, dass der Gesetzgeber sein ursprüngliches Anliegen, "alle Personen zu erfassen, die zur Deckung ihres notwendigen Lebensunterhaltes Leistungen der öffentlichen Fürsorge erhalten" (BT-Drucks 10/3138 S 40), aufgegeben haben könnte.

47 (c) Für die vom erkennenden Senat vertretene Auslegung des § 145 Abs 1 Satz 5 Nr 2 Alt 2 SGB IX sprechen auch systematische Erwägungen, insbesondere in Bezug auf das Verhältnis dieser sozialen Vergünstigung zu den existenzsichernden Systemen des Fürsorgerechts (SGB II/SGB XII).

48 Die Privilegierung einkommensschwacher schwerbehinderter Menschen im Rahmen des § 145 Abs 1 SGB IX stellt eine von den Systemen des Fürsorgerechts abgegrenzte soziale Vergünstigung des Schwerbehindertenrechts dar. Der Gesetzgeber hat diese Vergünstigung nicht allen einkommensschwachen Personen, die das Merkzeichen "G" besitzen, zukommen lassen wollen, sondern dabei eine systembezogene Zuordnung vorgenommen. Der Senat hat bereits entschieden, dass selbst dann kein Verstoß gegen das Grundrecht auf Gewährung eines menschenwürdigen Existenzminimums nach Art 1 Abs 1 GG iVm Art 20 Abs 1 GG (vgl hierzu BVerfG Urteil vom 9.2.2010 - 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09 - BVerfGE 125, 175 = SozR 4-4200 § 20 Nr 12) vorliegt, wenn dem Berechtigten, der die Eigenbeteiligung aufzubringen hat, das vom Gesetzgeber in Höhe des Regelbedarfs normativ bestimmte (vgl § 27 Abs 1 SGB XII) soziokulturelle Existenzminimum zur Verfügung steht (Urteil vom 17.7.2008 -B 9/9a SB 11/06 R - SozR 4-3250 § 145 Nr 1 RdNr 36). Konsequenterweise ist eine entsprechende soziale Vergünstigung (kostenfreie Wertmarke) bzw die Deckung eines entsprechenden Bedarfs bei Schwer- oder Gehbehinderung grundsätzlich kein Regelungsgegenstand der existenzsichernden Systeme nach dem SGB II und SGB XII (vgl zum SGB II etwa BSG Urteil vom 18.2.2010 - B 4 AS 29/09 R - BSGE 105, 279 = SozR 4-1100 Art 1 Nr 7, RdNr 39; BSG Urteil vom 6.5.2010 - B 14 AS 3/09 R - SozR 4-4200 § 28 Nr 3 RdNr 24). Der Gesetzgeber hat vielmehr im Rahmen der Nr 2 nur bestimmte Gruppen von Leistungsbeziehern nach dem SGB XII, SGB II und BVG in den Befreiungstatbestand des § 145 Abs 1 Satz 5 SGB IX aufgenommen. Dementsprechend ist insoweit die Zuordnung von Freifahrtberechtigten nach § 145 Abs 1 Satz 1 SGB IX zu diesen Systemen der öffentlichen Fürsorge von entscheidender Bedeutung.

49 Dem System des SGB XII sind dabei nicht nur Personen zuzurechnen, die für den Lebensunterhalt laufende Leistungen in unmittelbarer Anwendung des Dritten und Vierten Kapitels des SGB XII beziehen, sondern auch Personen, die diese Leistungen (nur) in entsprechender Anwendung dieser Vorschriften erhalten, aber materiell-rechtlich weitgehend Sozialhilfeempfängern gleichgestellt sind. Anders verhält es sich dagegen mit Personen, deren laufender Lebensunterhalt durch eigene Mittel oder ein anderes Sicherungssystem gewährleistet wird. Bei diesem sieht der Gesetzgeber ersichtlich keine Veranlassung für eine Befreiung vom Eigenanteil nach § 145 Abs 1 Satz 3 SGB IX. Im Fall der Zuordnung zu einem anderen Sicherungssystem geht er nachvollziehbar davon aus, dass ein etwa

erforderlicher Ausgleich - zB durch Erstattung des Eigenanteils - ggf im Rahmen dieses Systems erfolgen kann.

50 Auf die "Zweckidentität" einer Leistung hinsichtlich der Gewährleistung des Existenzminimums kommt es mithin bei der Auslegung des Begriffs "für den Lebensunterhalt laufende Leistungen nach dem Dritten und Vierten Kapitel des Zwölften Buches" nicht entscheidend an, vielmehr auf die Zuordnung eines Personenkreises zum "System des Sozialhilferechts". Folglich hält es der Senat aus systematischen Gründen für notwendig, dass es sich dabei nicht nur um Leistungen handelt, die zumindest in entsprechender Anwendung des Dritten und Vierten Kapitels des SGB XII gewährt werden, sondern auch um Leistungsbezieher, die Sozialhilfeempfängern im Wesentlichen gleichstehen, also nicht unbedingt formal, aber materiellrechtlich dem "System des Sozialhilferechts" zugewiesen sind.

51 Der Senat verkennt nicht, dass bei einer solchen Auslegung der ausdrücklichen Nennung der Bezieher von ergänzender Hilfe zum Lebensunterhalt iS des § 27a BVG in § 145 Abs 1 Satz 5 Nr 2 Var 4 SGB IX kaum eigenständige Bedeutung zukommt, da nach § 27a Satz 2 BVG bereits eine entsprechende Anwendung der Regelungen des Dritten Kapitels des SGB XII unter Berücksichtigung der besonderen Lage der Beschädigten und Hinterbliebenen vorgesehen ist. Gerade im Zusammenhang mit der Begünstigung der Leistungsbezieher nach § 27d BVG kann die Nennung des § 27a BVG immerhin eine sinnvolle Klarstellung bedeuten, zumal eine Gleichstellung des von § 27a BVG erfassten Personenkreises - auch im Hinblick auf die angeordnete Berücksichtigung der besonderen Lage der Betroffenen - zweifelhaft seien könnte.

52 (d) Ein weites Begriffsverständnis entspricht auch am ehesten dem Sinn und Zweck des § 145 Abs 1 Satz 5 Nr 2 Alt 2 SGB IX.

53 Durch die jetzt in § 145 Abs 1 Satz 5 Nr 2 SGB IX vorgesehene soziale Vergünstigung sollen - wie schon seit Einführung des Eigenanteils bei der ermäßigten Beförderung eines Kreises schwerbehinderter Menschen im Jahre 1984 (vgl § 57 Abs 1 Satz 4 Nr 2 SchwbG idF vom 22.12.1983, BGBl I 1532) - die "Belange typischer Gruppen einkommensschwacher Freifahrtsberechtigter" berücksichtigt werden (BT-Drucks 10/335 S 89; vgl auch BSG Urteil vom 17.7.2008 - B 9/9a SB 11/06 R - SozR 4-3250 § 145 Nr 1 RdNr 34). Dabei ist es ein Anliegen des Gesetzgebers, "alle Personen zu erfassen, die zur Deckung ihres notwendigen Lebensunterhaltes Leistungen der öffentlichen Fürsorge erhalten" (BT-Drucks 10/3138 S 40). Durch die Anknüpfung ua an den Bezug von Grundsicherungsleistungen nach dem SGB XII macht der Gesetzgeber die Befreiung vom Unterschreiten einer Einkommensgrenze abhängig, die sich aus dem System des Sozialhilferechts (11. Kap SGB XII) ergibt (vgl hierzu bereits BSG Urteil vom 17.7.2008 - B 9/9a SB 11/06 R - SozR 4-3250 § 145 Nr 1 RdNr 34). Bei dieser Zweckrichtung macht es keinen wesentlichen Unterschied, ob die für den Lebensunterhalt laufenden Leistungen in unmittelbarer oder entsprechender Anwendung des Dritten und Vierten Kapitels des SGB XII gewährt werden.

54 Hierbei ist auch das weitere Ziel des Gesetzgebers zu berücksichtigen, die verwaltungspraktische Arbeit der zuständigen Behörden dadurch zu erleichtern, dass die Hilfebedürftigkeit des Berechtigten bereits durch andere Träger - mittels Verwaltungsakt - festgestellt worden ist (vgl BT-Drucks 10/335 S 89; vgl auch BSG Urteil vom 17.7.2008 - B 9/9a SB 11/06 R - SozR 4-3250 § 145 Nr 1 RdNr 35). Dieser hatte insoweit offensichtlich das sozialhilferechtliche Verwaltungsverfahren

vor Augen. Nicht nur aus systematischen Gründen, sondern auch im Hinblick auf diese Zweckrichtung liegt es nahe, ein weites Verständnis des Befreiungstatbestands auf Leistungsbezieher zu beschränken, die - auch verfahrensmäßig - Sozialhilfeempfängern im Wesentlichen gleichstehen.

55 (e) Auch mit Rücksicht auf höherrangiges Recht ist das vom Senat für zutreffend gehaltene Verständnis des Befreiungstatbestands nach § 145 Abs 1 Satz 5 Nr 2 Alt 2 SGB IX angebracht.

56 Das BSG hat bereits entschieden, dass die Umwandlung von einer unentgeltlichen Freifahrt in eine "Freifahrt" mit Kostenbeteiligung den Gesetzgeber nicht berechtigt, in unbeschränktem Ermessen Personenkreise von der Kostenbeteiligung auszunehmen. Der Gleichbehandlungs-grundsatz des Art 3 Abs 1 GG gebietet es vielmehr, den begünstigten Personenkreis nach sachgemäßen Erwägungen zu bestimmen (BVerfGE 39, 148, 153). Allgemein ist Art 3 Abs 1 GG verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obgleich zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art oder solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen können (vgl BVerfG Urteil vom 7.7.1992 - 1 BvL 51/86, 50/87 und 1 BvR 873/90, 761/91 - BVerfGE 87, 1, 36 = SozR 3-5761 Allg Nr 1 S 7; BVerfG Beschluss vom 8.4.1998 - 1 BvL 16/90 - BVerfGE 98, 1, 12 = SozR 3-5755 Art 2 § 27 Nr 1 S 5). Für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung der sozialen Vergünstigung iS des § 145 Abs 1 Satz 5 Nr 2 SGB IX gilt als Maßstab das Willkürverbot (vgl BSG Urteil vom 17.7.2008 - B 9/9a SB 11/06 R - SozR 4-3250 § 145 Nr 1 RdNr 30 ff, 36; BSG Urteil vom 8.10.1987 - 9a RVs 6/87 - SozR 3870 § 57 Nr 1).

57 Diesen Vorgaben wird eine Auslegung des § 145 Abs 1 Satz 5 Nr 2 Alt 2 SGB IX am ehesten gerecht, die auch Personen erfasst, die für den Lebensunterhalt laufende Leistungen in entsprechender Anwendung des Dritten und Vierten Kapitels des SGB XII erhalten, und Sozialhilfeempfängern im Wesentlichen gleichstehen. Maßgebend für die sachliche Rechtfertigung einer Gleich- oder Ungleichbehandlung ist es danach, ob die betreffende Person dem Fürsorgesystem der Sozialhilfe zuzuordnen ist.

58 (2) Zur Auslegung des Begriffs "erhalten" iS des § 145 Abs 1 Satz 5 Nr 2 SGB IX hat der erkennende Senat bereits die möglichen Deutungen und die in anderen Rechtsgebieten vertretenen Auffassungen dargelegt; danach kann unter diesem Begriff sowohl der faktische Bezug einer Leistung zu verstehen sein als auch das Empfangen der Leistung durch den sachlichrechtlichen Inhaber der Forderung (BSG Urteil vom 17.7.2008 - B 9/9a SB 11/06 R - SozR 4-3250 § 145 Nr 1 RdNr 18 mwN). Der Senat ist der Auffassung, dass bei § 145 Abs 1 Satz 5 Nr 2 SGB IX eine dem engeren Wortsinn entsprechende Auslegung vorzugswürdig ist, nach der es allein auf den tatsächlichen Zufluss der Leistungen ankommt (so auch Vogl in jurisPK-SGB IX, 1. Aufl 2010, § 145 RdNr 46). Hierfür spricht maßgeblich die nach den Gesetzesmaterialien zur insoweit inhaltsgleichen Vorläufervorschrift des § 57 Abs 1 Nr 2 SchwbG (idF vom 22.12.1983, BGBl I 1532) vom Gesetzgeber gewollte Vereinfachung des Verwaltungsverfahrens. Danach sollen die Belange typischer Gruppen einkommensschwacher Freifahrtsberechtigter berücksichtigt werden, "ohne dass die Versorgungsämter die Höhe des Einkommens im einzelnen prüfen müssen". Über die Befreiung von der Kostenbeteiligung soll nach Vorlage eines Bescheids entschieden werden, "aus dem hervorgeht, dass zum Zeitpunkt der

Antragstellung die genannten Leistungen bezogen werden" (BT-Drucks 10/335 S 89).

59 dd) Gemessen an diesen Kriterien werden die vom Kläger nach § 2 Abs 1 AsylbLG iVm §§ 27 ff SGB XII bezogenen Leistungen von § 145 Abs 1 Satz 5 Nr 2 SGB IX erfasst. Unerheblich ist hierbei, ob der Kläger auch einen materiell-rechtlichen Anspruch auf diese Leistungen hatte, da es im Rahmen des § 145 Abs 1 Satz 5 Nr 2 SGB IX allein auf den tatsächlichen Zufluss der Leistungen ankommt. Ferner ergibt sich ein gesetzlicher Ausschluss des Klägers von der sozialen Vergünstigung iS des § 145 Abs 1 Satz 5 SGB XII weder unmittelbar noch mittelbar aus § 9 Abs 1 AsylbLG (1). Die vom Kläger bezogenen Leistungen werden in entsprechender Anwendung des Dritten Kapitels des SGB XII gewährt (2), und zwar an Personen, die Sozialhilfeempfängern im Wesentlichen gleichstehen (3).

60 (1) Nach § 9 Abs 1 AsylbLG erhalten Leistungsberechtigte keine Leistungen nach dem SGB XII oder vergleichbaren Landesgesetzen, wobei als Leistungsberechtigte dieser Vorschrift nach allgemeiner Meinung alle Berechtigten nach § 1 Abs 1 AsylbLG zählen, also sowohl Bezieher von sog Grundleistungen (§§ 3 ff AsylbLG) als auch Analog-Leistungsberechtigte nach § 2 Abs 1 AsylbLG (vgl Hohm in AsylbLG, Stand Juli 2011, § 9 RdNr 5; Adolph in Linhart/Adolph, SGB II/SGB XII/ AsylbLG, Stand Mai 2011, § 9 AsylbLG RdNr 7).

61 Entgegen der Auffassung des LSG und der Beklagten ergibt sich nicht bereits aus dem Wortlaut des § 9 Abs 1 AsylbLG, dass Leistungsberechtigte nach § 2 Abs 1 AsylbLG von der in § 145 Abs 1 Satz 5 Nr 2 Alt 2 SGB IX vorgesehenen Vergünstigung ausgeschlossen sind (a). Hierfür sprechen auch nicht die Entstehungsgeschichte (b), der systematische Zusammenhang (c) oder der Sinn und Zweck der Vorschrift (d).

62 (a) Aus dem Wortlaut des Gesetzes ergibt sich nicht zwangsläufig eine übereinstimmende Bedeutung der Begriffe "Leistungen nach dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch" iS des § 9 Abs 1 Alt 1 AsylbLG und "Leistungen nach dem Dritten und Vierten Kapitel des Zwölften Buches" iS des § 145 Abs 1 Satz 5 Nr 2 Alt 2 SGB IX. Dem letztgenannten Begriff kommt im Rahmen der sozialen Vergünstigung bei der unentgeltlichen Beförderung Schwerbehinderter im Personenverkehr eine weitergehende Bedeutung zu. Er umfasst auch Leistungen, die ihren Rechtsgrund nicht (allein) im SGB XII haben, sondern in entsprechender Anwendung des Dritten und Vierten Kapitels des SGB XII an Personen gewährt werden, die Sozialhilfeempfängern im Wesentlichen gleichstehen. Die Zweckrichtung der Vorschrift kann insoweit zu einem Begriffsverständnis führen, das von der in anderem gesetzlichen Zusammenhang entwickelten Auslegung abweicht.

63 (b) § 9 AsylbLG ist mit Einführung des AsylbLG am 1.11.1993 in Kraft getreten (BGBl I 1074) und regelt seither das Verhältnis dieses Leistungsgesetzes zu anderen gesetzlichen Vorschriften (vgl BT-Drucks 12/4451 S 10 zu der im ersten Gesetzentwurf ursprünglich als § 8 vorgesehenen Regelung und BT-Drucks 13/2746 S 17 zu § 9). Denn bei dem AsylbLG handelt es sich um ein besonderes Sicherungssystem, das aus dem Asylkompromiss 1992 heraus entstanden ist und eigenständige, abschließende Regelungen zur Sicherung des Lebensunterhalts für einen eng begrenzten Personenkreis von Ausländern enthält (vgl BT-Drucks 12/4451 S 5; BT-Drucks 15/1516 S 52 zu § 7 SGB II). Nach dem ursprünglichen Wortlaut sah § 9 Abs 1 AsylbLG vor, dass Leistungsberechtigte keine Leistungen

nach dem BSHG oder vergleichbaren Landesgesetzen erhalten; dieser Wortlaut ist durch das Gesetz zur Einordnung des Sozialhilferechts in das Sozialgesetzbuch vom 27.12.2003 (BGBl I 3022) zum 1.1.2005 lediglich redaktionell angepasst worden (Groth in jurisPK-SGB XII, 1. Aufl 2010, § 9 AsylbLG RdNr 3).

64 Es ergeben sich weder aus den Gesetzmaterialen zur Einführung und zu späteren Änderungen der Beteiligung Berechtigter an den Kosten für die unentgeltliche Beförderung im Personenverkehr nach dem SchwbG bzw dem SGB IX noch aus den Vorgängen zu § 9 AsylbLG (und dem AsylbLG insgesamt) hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber den Begriff "Leistungen nach dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch" in § 9 Abs 1 AsylbLG und § 145 Abs 1 Satz 5 Nr 2 Alt 2 SGB IX übereinstimmend verstanden wissen und damit ausnahmslos alle Leistungsberechtigten nach dem AsylbLG (mittelbar) von der sozialen Vergünstigung nach dem SGB IX ausschließen wollte.

65 Mit Einführung der Kostenbeteiligung im Jahr 1984 durch § 57 Abs 1 SchwbG (idF vom 22.12.1983, BGBl I 1532) waren auch bedürftige Ausländer von der Entrichtung des Eigenanteils iS des § 57 Abs 1 Satz 4 Nr 2 Alt 2 SGB IX befreit, soweit sie zur Sicherung des Lebensunterhalts Leistungen der öffentlichen Fürsorge in Anspruch genommen haben. Denn sie hatten im Rahmen der Sozialhilfe ausnahmslos einen Rechtsanspruch auf Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem BSHG (§ 120 Abs 1 und 2 BSHG idF vom 22.12.1983, BGBl I 1532); dies galt auch für Asylbewerber (vgl BT-Drucks 12/4451 S 5). Die Einführung des AsylbLG zum 1.11.1993 hatte im Hinblick auf den Mindestunterhalt während des Asylverfahrens eine deutliche Absenkung der bisherigen Leistungen nach § 120 Abs 2 BSHG (idF bis zum 30.10.1993, BGBl I 1991, 94, 808; BGBl I 1993, 278) und einen Vorrang der Sachleistungsgewährung zum Ziel, um das Leistungsrecht dem Ausländer- und Asylrecht anzupassen (vgl BT-Drucks 12/4451 S 4). Den Materialien ist nicht zu entnehmen, dass sich dieser Systemwechsel auch auf die Rechtstellung des Personenkreises nach § 1 Abs 1 AsylbLG (idF vom 30.6.1993, BGBl I 1074) im Schwerbehindertenrecht, namentlich im Rahmen des damals geltenden § 59 Abs 1 Satz 5 Nr 2 SchwbG (idF vom 21.6.1991, BGBl I 1310), auswirken sollte. Insbesondere kann nicht ohne Weiteres auf eine übereinstimmende Verwendung des Begriffs "Leistungen nach dem Bundessozialhilfegesetz" in § 9 AsylbLG und § 59 Abs 1 Satz 5 Nr 2 SchwbG geschlossen werden. Vielmehr sollte die Formulierung in § 9 Abs 1 AsylbLG (lediglich) im Verhältnis zum Sozialhilferecht festlegen, dass Leistungsberechtigten nach dem AsylbLG weder Leistungen nach dem BSHG oder vergleichbaren Landesgesetzen zustehen (BT-Drucks 12/4451 S 10).

66 Ein gewichtiges Argument für einen übereinstimmenden Wortsinn ist es zwar, dass der Gesetzgeber seit Inkrafttreten des AsylbLG die Regelung des § 59 Abs 1 Satz 5 Nr 2 SchwbG bzw § 145 Abs 1 Satz 5 Nr 2 SGB IX trotz deren häufigen redaktionellen Änderungen nicht ausdrücklich zumindest auf einen Teil der Leistungsberechtigten nach dem AsylbLG (§ 2 Abs 1 AsylbLG) erstreckt hat. Daraus könnte man folgern, dass ein an sich regelungsbedürftiger Anspruch bewusst nicht gewährt werden sollte (sog "beredtes Schweigen"). Hiergegen spricht wiederum die weitere Entwicklung des Asylbewerberleistungsrechts. Denn der Kreis der Leistungsberechtigten nach § 1 Abs 1 AsylbLG ist im Laufe der Jahre mehrmals geändert worden, ohne dass sich der Gesetzgeber mit den Auswirkungen auf das Schwerbehindertenrecht nachvollziehbar auseinandergesetzt hat.

6 Dies gilt insbesondere für das Erste Änderungsgesetz des AsylbLG vom 26.5.1997
7 (BGBl I 1130). Mit ihm ist der Gedanke der Kosteneinsparung durch Einführung der sog Vorbezugszeit iS des § 2 Abs 1 AsylbLG in den Vordergrund getreten (vgl hierzu BSG Urteil vom 17.6.2008 - B 8/9b AY 1/07 R - BSGE 101, 49 = SozR 4-3520 § 2 Nr 2, RdNr 21; BT-Drucks 17/3660 S 5) und die Ausweitung des persönlichen Anwendungsbereichs iS des § 1 Abs 1 AsylbLG ua auf Kriegs- und Bürgerkriegsflüchtlinge einhergegangen (vgl § 1 Abs 1 Nr 3 AsylbLG idF vom 5.8.1997, BGBl I 1130), die ursprünglich nach dem Asylkompromiss 1992 ausdrücklich ausgenommen gewesen sind (vgl BT-Drucks 12/5008 S 13). Im Gesetzgebungsverfahren sind zwar auf Länderseite den Mehrkosten im Sozialhilfewesen durch eine Begrenzung der Arbeitslosenhilfe und durch die finanzielle Verantwortung für die unentgeltliche Beförderung ua von Schwerbehinderten im Personenverkehr Einsparungen durch die Änderungen des AsylbLG gegenübergestellt worden (vgl BT-Drucks 13/3475 S 3). Mögliche Auswirkungen der inhaltlichen Änderungen des AsylbLG auf die Rechtstellung der Betroffenen im Schwerbehindertenrecht und insbesondere bei der unentgeltlichen Beförderung im Personenverkehr werden jedoch in den vorliegenden Gesetzesmaterialien (ua BT-Drucks 13/2746, Erstentwurf vom 24.10.1995; BT-Drucks 13/3475, Entwurf der Bundesregierung vom 12.1.1996; BT-Drucks 13/3720, Beschlussempfehlung des Ausschusses für Gesundheit vom 7.2.1996; BT-Drucks 13/7510, Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses vom 23.4.1997) an keiner Stelle erörtert, obwohl dies bei einer gemeinsamen Behandlung dieser Regelungsgegenstände nahe gelegen hätte.

6 Entsprechendes gilt auch für die Änderungen und Anpassungen des persönlichen
8 Anwendungsbereichs (§ 1 Abs 1 AsylbLG) an das neue Asyl- und Aufenthaltsrecht mit der Einführung des AufenthG, das mit Wirkung zum 1.1.2005 das Ausländergesetz <AuslG> abgelöst hat (vgl Art 8 Nr 1 des Gesetzes zur Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung und zur Regelung des Aufenthalts und der Integration von Unionsbürgern und Ausländern <Zuwanderungsgesetz 2004> vom 30.7.2004, BGBl I 1950). Mit dem Zuwanderungsgesetz 2004 ist zum einen ein Teil der bis dahin regelmäßig nach dem AsylbLG Leistungsberechtigten wegen europa- und völkerrechtlich vorgegebener Mindeststandards bei der Gewährung von Fürsorgeleistungen (vgl Art 28 Abs 1 Richtlinie 2004/83/EG <Qualifikationsrichtlinie>, ABl.EU L 304 vom 30.9.2004 und Art 23 Genfer Flüchtlingskommission, BGBl II 1953, 559) aus dem persönlichen Anwendungsbereich des AsylbLG herausgenommen worden (vgl hierzu ausführlich Frerichs in jurisPK-SGB XII, 1. Aufl 2010, § 1 AsylbLG RdNr 42 f, 56-58, 71 ff, 73; vgl auch BT-Drucks 15/420 S 61). Zum anderen sind Inhaber bestimmter Aufenthaltstitel (Inhaber einer Aufenthaltsbefugnis nach § 30 Abs 3 und 4 AuslG), die zuvor leistungsberechtigt nach dem BSHG gewesen sind, durch die Überführung ihres Titels in eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs 5 AufenthG (vgl § 101 Abs 2 AufenthG) erstmals in den Anwendungsbereich des AsylbLG (§ 1 Abs 1 Nr 3 AsylbLG) einbezogen worden (vgl Frerichs, aaO, § 1 AsylbLG RdNr 95 f). Gleichwohl werden in den Gesetzesmaterialien die Änderungen des § 1 Abs 1 AsylbLG nicht näher erläutert, auch nicht im Hinblick auf mögliche Auswirkungen auf das Schwerbehindertenrecht (BT-Drucks 15/420 S 120 f).

6 (c) Systematisch regelt § 9 Abs 1 AsylbLG nach Art einer Konkurrenznorm das
9 Verhältnis des AsylbLG als abgeschlossenes Leistungssystem zu anderen

Leistungsgesetzen. Er legt ausdrücklich fest, dass Leistungsberechtigten nach dem AsylbLG weder Leistungen nach dem Sozialhilferecht (SGB XII) noch nach vergleichbaren Landesgesetzen, wie etwa Landesblinden- oder Landespflegegeldleistungen, zustehen (so die Gesetzesbegründung vom 2.3.1993 zum inhaltsgleichen § 8 Abs 1 des ersten Gesetzesentwurfs, BT-Drucks 12/4451 S 10; vgl jüngst etwa zum Landesblindengeld NRW OVG Nordrhein-Westfalen Urteil vom 17.6.2011 - 12 A 1011/10 - juris). Die Vorschrift korrespondiert insoweit mit § 23 Abs 2 SGB XII, derzufolge Leistungsberechtigte nach § 1 AsylbLG keine Leistungen der Sozialhilfe erhalten, und mit § 7 Abs 1 Satz 2 Nr 3 SGB II (vgl hierzu BSG Urteil vom 21.12.2009 - B 14 AS 66/08 R - SozR 4-4200 § 7 Nr 14; zur Verfassungsmäßigkeit des § 7 Abs 1 Satz 2 Nr 3 SGB II BSG Urteil vom 13.11.2008 - B 14 AS 24/07 R - BSGE 102, 60 = SozR 4-4200 § 7 Nr 10; BSG Urteil vom 16.12.2008 - B 4 AS 40/07 R - juris). Über seinen leistungsausschließenden Charakter hinaus, stellt die Vorschrift klar, dass es sich bei den Leistungen nach diesem Gesetz, auch bei denjenigen nach § 2 Abs 1 AsylbLG, ihrem Rechtsgrund nach um Leistungen nach dem AsylbLG handelt (vgl BT-Drucks 12/5008 S 15 zu der im Entwurf als § 1a AsylbLG vorgesehenen Regelung; vgl auch Hohm, AsylbLG, Stand Juli 2011, § 9 RdNr 5; Adolph in Linhart/Adolph, SGB II/SGB XII/AsylbLG, Stand Mai 2011, § 9 AsylbLG RdNr 8; Groth in jurisPK-SGB XII, § 9 AsylbLG RdNr 17).

70 Die Reichweite des § 9 Abs 1 AsylbLG ist systematisch aber auf das Verhältnis von AsylbLG und SGB XII (und vergleichbaren Ländergesetzen) begrenzt und erstreckt sich gemäß § 9 Abs 2 AsylbLG grundsätzlich nicht auf das Aufgaben- und Leistungsprogramm anderer Leistungsträger (vgl BVerwG Urteil vom 24.6.1999 - 5 C 24/98 - BVerwGE 109, 155 - juris RdNr 30 <Jugendhilfe>). Für die Mobilitätsförderung nach § 145 Abs 1 Satz 1 SGB IX selbst ist dies offensichtlich; von einem Ausschluss des Klägers von diesem Nachteilsausgleich geht auch die Beklagte nicht aus. Aus dieser Systematik folgt zugleich, dass die Bedeutung der Begriffe "Leistungen nach dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch" in § 9 Abs 1 AsylbLG und "Leistungen nach dem Dritten und Vierten Kapitel des Zwölften Buches" in § 145 Abs 1 Satz 5 Nr 2 Alt 2 SGB IX nicht übereinstimmen muss. Bemerkenswert sind insoweit die Gesetzesmaterialien zur Einführung des § 9 Abs 2 AsylbLG. Danach können Leistungen anderer Leistungsträger nicht unter Hinweis auf Leistungen nach dem AsylbLG eingeschränkt werden, "sofern dies nicht ausdrücklich im Rahmen von Einkommensvoraussetzungen vorgesehen ist" (BT-Drucks 12/4451 S 10 zu § 8). Zumindest eine ausdrückliche Einschränkung enthält § 145 Abs 1 Satz 5 Nr 2 Alt 2 SGB IX für Leistungsbezieher nach dem AsylbLG nicht. Da das AsylbLG als eigenständiges Leistungssystem nicht in das SGB eingegliedert und kein besonderer Teil iS des § 68 SGB I ist (vgl Herbst in Mergler/Zink, SGB XII/AsylbLG, Einführung zum AsylbLG RdNr 12), lässt sich auch nicht mit einer übereinstimmenden Bedeutung der Begriffe innerhalb des SGB argumentieren.

71 (d) Der Gesetzgeber hat die durch § 9 Abs 1 AsylbLG klar zum Ausdruck kommende Abgrenzung dieses Leistungssystems vom Recht der Sozialhilfe (vgl dazu auch § 23 Abs 2 SGB XII) als notwendig erachtet, um bei der Leistungsgewährung nach dem AsylbLG von grundlegenden Prinzipien des Sozialhilferechts, insbesondere vom Individualisierungsgrundsatz, abweichen zu können (vgl BT-Drucks 12/4451 S 5 zu Nr 2; vgl auch Kunkel, NVwZ 1994, 352,

353; zum Abschied von den sog Strukturprinzipien der Sozialhilfe, die vom BVerwG entwickelt worden sind, vgl insb BSG Urteil vom 17.6.2008 - B 8 AY 5/07 R - SozR 4-3520 § 9 Nr 1 RdNr 14 unter Hinweis auf Spellbrink in Eicher/Spellbrink, SGB II, 2. Aufl 2008, Vor § 1 RdNr 4 f, 8 f). Die Leistungen an Asylbewerber zur Deckung ihres Lebensunterhalts sollten außerhalb des BSHG "vereinfacht und auf die Bedürfnisse eines hier in aller Regel nur kurzen, vorübergehenden Aufenthaltes" ausgerichtet werden. Nach der zuvor geltenden Rechtslage (§ 120 Abs 2 BSHG) war die Einschränkung der Leistungen auf das zum Lebensunterhalt Unerlässliche nur aufgrund von Besonderheiten des Einzelfalles zulässig (BT-Drucks 12/4451 S 5 zu Nr 2 unter Hinweis auf BVerwG Urteil vom 26.8.1991 - 5 C 61.88 - BVerwGE 89, 87 ff).

72 Der Beklagten ist insoweit einzuräumen, dass die Herausnahme der Leistungsberechtigten nach § 1 Abs 1 AsylbLG aus dem Kreis der Sozialhilfebezieher ein bewusster Schritt der Schlechterstellung gegenüber denjenigen Personen darstellt, die unmittelbar anspruchsberechtigt nach dem BSHG waren bzw heute nach dem SGB XII sind. Nicht beantwortet hat sie aber die entscheidende Frage, ob hieraus auch auf eine bewusste Schlechterstellung dieses Personenkreises im Schwerbehindertenrecht geschlossen werden kann. Dies wäre bei einem übereinstimmenden Wortsinn der "Leistungen nach dem SGB XII" iS des § 9 Abs 1 AsylbLG und der "Leistungen nach dem Dritten und Vierten Kapitel des SGB XII" iS des § 145 Abs 1 Satz 5 Nr 2 Alt 2 SGB IX der Fall. Der Senat verneint diese Frage. Denn § 9 Abs 1 Alt 1 AsylbLG - und Entsprechendes gilt für § 23 Abs 2 SGB XII - ist nicht nur systematisch, sondern auch nach seinem Sinn und Zweck vornehmlich als Vorschrift betreffend die Gesetzeskonkurrenz im Bereich der Existenz sichernden Leistungen (SGB XII, AsylbLG) zu verstehen. Er stellt lediglich klar, dass Berechtigten nach § 1 AsylbLG über die Asylbewerberleistungen hinaus keine (weiteren) Existenz sichernden Leistungen der Sozialhilfe zustehen. Die gewollte Schlechterstellung dieser Personen gegenüber Leistungsberechtigten nach dem Recht der Sozialhilfe, lässt deren Rechtstellung im SGB IX unberührt. Durch das Schwerbehindertenrecht sollen nämlich alle Menschen mit Behinderungen - grundsätzlich unabhängig von ihrem aufenthaltsrechtlichen Status - durch einen möglichst weitgehenden Ausgleich ihrer Behinderung in die Gesellschaft integriert werden (vgl BSG Urteil vom 29.4.2010 - B 9 SB 2/09 R - BSGE 106, 101 = SozR 4-3250 § 69 Nr 11, RdNr 31). Dies gilt nach Auffassung des Senats auch für die soziale Vergünstigung nach § 145 Abs 1 Satz 5 Nr 2 SGB IX.

73 (2) Die Leistungen, die der Kläger nach § 2 Abs 1 AsylbLG iVm §§ 27 ff SGB XII erhalten hat, werden in entsprechender Anwendung des Dritten Kapitels des SGB XII gewährt. Denn nach § 2 Abs 1 AsylbLG ist abweichend von den §§ 3 bis 7 AsylbLG das SGB XII auf einen bestimmten Kreis der Leistungsberechtigten nach dem AsylbLG entsprechend anzuwenden. Hierbei kann die in Rechtsprechung und Literatur umstrittene Frage, ob § 2 Abs 1 AsylbLG eine Rechtsfolgenverweisung (vgl hierzu ausführlich Hohm in AsylbLG, Stand Juli 2011, § 2 RdNr 94 ff mwN) oder eine Rechtsgrundverweisung auf § 23 SGB XII (so Decker in Oestreicher, SGB II/ SGB XII, Stand Juni 2011, § 2 AsylbLG RdNr 37 ff, 41 mwN; Herbst in Mergler/ Zink, SGB XII - AsylbLG, Stand Januar 2011, § 2 RdNr 40) enthält, unbeantwortet bleiben (ebenfalls offen gelassen durch BSG Urteil vom 17.6.2008 - B 8/9b AY 1/07 R - BSGE 101, 49 = SozR 4-3520 § 2 Nr 2, RdNr 21 und BSG Urteil vom 9.6.2011 - B 8 AY 1/10 R - zur Veröffentlichung vorgesehen in SozR RdNr 14 f; zur

praktischen Bedeutung dieses Streits vgl auch Oppermann in jurisPK-SGB XII, 1. Aufl 2010, § 2 AsylbLG RdNr 108).

7 4 Es handelt sich zwar in der Rechtsfolge des § 2 Abs 1 AsylbLG um eine sog Analogieverweisung (vgl hierzu Handbuch der Rechtsförmlichkeit, herausgegeben vom BMJ, 3. Aufl 2008, RdNr 232), bei der der Bezugstext - das SGB XII - nicht wörtlich mitgelesen werden kann und nur eine "entsprechende" und ggf eine nach der Regelungsmaterie des AsylbLG abweichende Anwendung findet (zur entsprechenden Anwendung des SGB XII iS des § 2 Abs 1 AsylbLG vgl Hohm, aaO, § 2 RdNr 101 ff). Die Leistungen bestimmen sich jedoch grundsätzlich nach den näheren Leistungsvoraussetzungen, den Bestimmungen über Art, Form und Maß der Leistung und den einzelnen Verfahrensregelungen des Sozialhilferechts (vgl BT-Drucks 12/5008 S 15). Es gelten die - auch für die soziale Vergünstigung nach § 145 Abs 1 Satz 5 Nr 2 Alt 2 SGB IX maßgeblichen - Einkommens- und Vermögensgrenzen des SGB XII, da die asylbewerber-leistungsrechtliche Vorschrift über zu berücksichtigendes Einkommen und Vermögen (§ 7 AsylbLG) gemäß § 2 Abs 1 AsylbLG ("abweichend von den §§ 3 bis 7" AsylbLG) nicht anzuwenden ist (vgl auch Herbst, aaO, § 2 AsylbLG RdNr 39; Hohm, aaO, § 2 RdNr 105 mwN). Ungeachtet des Streits über die Art der Verweisung besteht nach ganz herrschender Meinung jedenfalls im Hinblick auf die Leistungen für den notwendigen Lebensunterhalt Einigkeit darüber, dass die Regelungen über diese Leistungen nach dem Dritten und Vierten Kapitel des SGB XII gemäß § 2 Abs 1 AsylbLG heranzuziehen sind (vgl Hohm, aaO, § 2 RdNr 185 f; Decker, aaO, § 2 AsylbLG RdNr 53; Herbst, aaO, § 2 AsylbLG RdNr 42; Oppermann, aaO, § 2 AsylbLG RdNr 121 f).

7 5 (3) Die Bezieher von Leistungen nach § 2 Abs 1 AsylbLG iVm den Vorschriften des SGB XII stehen zudem - wie von § 145 Abs 1 Satz 5 Nr 2 SGB IX vorausgesetzt - den Sozialhilfeempfängern im Wesentlichen gleich. Der Gesetzgeber mag die (in § 9 Abs 1 AsylbLG und § 23 Abs 2 SGB XII zum Ausdruck kommende) klare Abgrenzung der Leistungssysteme (SGB XII/AsylbLG) aus systematischen Gründen als notwendig erachtet haben. Materiell-rechtlich sind Leistungsberechtigte nach § 2 Abs 1 AsylbLG jedoch dem "System der Sozialhilfe" zugewiesen. Auch hierbei kann der Streit über die Art der Verweisung in § 2 Abs 1 AsylbLG unentschieden bleiben. Selbst wenn diese allein als Verweisung auf § 23 SGB XII zu verstehen wäre (so Decker in Oestreicher, SGB II/SGB XII, Stand Juni 2011, § 2 AsylbLG RdNr 37 ff, 41 mwN; Herbst in Mergler/Zink, SGB XII - AsylbLG, Stand Januar 2011, § 2 RdNr 40), steht der berechtigte Personenkreis Sozialhilfeempfängern im Wesentlichen gleich. § 23 SGB XII regelt, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang Ausländer Sozialhilfe beziehen können. Die Vorschrift sieht für diesen Personenkreis zwar nur einen reduzierten Leistungskatalog vor. Nach § 23 Abs 1 Satz 1 SGB XII sind aber als Pflichtleistung die Hilfe zum Lebensunterhalt (§§ 27 ff SGB XII), die Hilfe bei Krankheit (§ 48 SGB XII), die Hilfe bei Schwangerschaft und Mutterschaft (§ 50 SGB XII) sowie die Hilfe zur Pflege (§§ 61 ff SGB XII) auf sozialhilferecht-lichem Niveau vorgesehen. Entsprechendes gilt für die Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung nach dem Vierten Kapitel des SGB XII (§§ 41 bis 46 SGB XII), da diese Regelungen nach § 23 Abs 1 Satz 2 SGB XII unberührt bleiben. Die Erbringung der übrigen Sozialhilfeleistungen liegt einzelfallbezogen im Ermessen der Behörde (§ 23 Abs 1 Satz 3 SGB XII).

7 Zwar erstreckt sich der Rechtsanspruch damit grundsätzlich nicht auf die

6 Leistungen der übrigen Kapitel des SGB XII, insbesondere nicht auf die Eingliederungshilfe für behinderte Menschen (§§ 53 bis 60 SGB XII). Dieser sozialhilferechtliche Regelausschluss ist aber für die soziale Vergünstigung nach § 145 Abs 1 Satz 5 Nr 2 Alt 2 SGB IX ohne Belang. Zum einen sind auch Leistungsberechtigte nach § 23 Abs 1 SGB XII, die für den Lebensunterhalt laufende Leistungen nach dem Dritten und Vierten Kapitel des SGB XII beziehen, nach dieser Vorschrift von der Entrichtung des Eigenanteils befreit. Zum anderen führt der Erhalt der Leistungen nach dem Fünften bis Neunten Kapitel des SGB XII allein noch nicht zu der Kostenbefreiung nach § 145 Abs 1 Satz 5 Nr 2 SGB IX.

7 Aus den Besonderheiten des AsylbLG ergibt sich keine andere Bewertung. Vielmehr
7 verbindet auch der Gesetzgeber mit der Anspruchsberechtigung nach § 2 Abs 1 AsylbLG "eine weitgehende Angleichung des Leistungsrechts an das Sozialhilferecht", weil bei einem längeren Zeitraum des Aufenthaltes und - mangels Entscheidung (über den Asylantrag) - noch nicht absehbarer weiterer Dauer nicht mehr auf einen geringeren Bedarf abgestellt werden könne, der bei einem in der Regel nur vorübergehenden Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland entstehe. Insbesondere seien nunmehr Bedürfnisse anzuerkennen, die auf eine stärkere Angleichung an die hiesigen Lebensverhältnisse und auf bessere soziale Integration gerichtet seien (BT-Drucks 12/5008 S 15 zu der im Entwurf als § 1a AsylbLG vorgesehenen Regelung). Im Hinblick auf die Anspruchsvoraussetzungen des § 2 Abs 1 AsylbLG ging diese Integrationskomponente allerdings in der endgültigen Fassung des Ersten Gesetzes zur Änderung des AsylbLG vom 26.5.1997 (BGBl I 1130) weitgehend verloren. In den Vordergrund trat der Gedanke der Kosteneinsparung, wie er sich an der Leistungsvoraussetzung eines 36 Monate währenden Leistungsbezugs nach §§ 3 ff AsylbLG (sog Vorbezugszeit) zeigt (vgl hierzu BSG Urteil vom 17.6.2008 - B 8/9b AY 1/07 R - BSGE 101, 49 = SozR 4-3520 § 2 Nr 2, RdNr 21 unter Bezugnahme auf den Ausschussbericht vom 7.2.1996, BT-Drucks 13/3728 S 3).

7 Auch bei der Anhebung der Vorbezugszeit iS des § 2 Abs 1 AsylbLG auf 48 Monate
8 mit Wirkung ab 28.8.2007 (Art 6 Abs 2 Nr 2 des Gesetzes zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union vom 19.8.2007 - BGBl I 1970) spielte die Integrationskomponente keine wesentliche Rolle (vgl BSG, aaO, RdNr 23 mwN). Immerhin kommt in den Materialien zum Ausdruck, nach einem Voraufenthalt von vier Jahren könne davon ausgegangen werden, dass eine Aufenthaltsperspektive entstanden sei, die es gebiete, Bedürfnisse anzuerkennen, die auf eine "bessere soziale Integration" gerichtet seien (vgl BT-Drucks 16/5065 S 232 zu Nr 2). Hieraus ergibt sich jedenfalls für die Rechtsfolge des § 2 Abs 1 AsylbLG, dass der Gesetzgeber sein ursprüngliches Anliegen "einer weitgehenden Angleichung des Leistungsrechts an das Sozialhilferecht" nicht aufgegeben hat. Auf die wegen der entsprechenden Anwendung des SGB XII im Detail gegebenenfalls abweichende Leistungsgewährung nach § 2 Abs 1 AsylbLG (vgl hierzu ausführlich Hohm, aaO, § 2 RdNr 110 ff) kommt es nach Auffassung des Senats insoweit nicht entscheidend an.

7 c) Die Beklagte war nach alledem gemäß § 145 Abs 1 Satz 5 Nr 2 Alt 2 SGB IX
9 verpflichtet, an den Kläger eine für ein Jahr gültige Wertmarke - hier für den Zeitraum von September 2009 bis August 2010 - kostenlos, also ohne Entrichtung des Eigenanteils nach § 145 Abs 1 Satz 3
SGB IX, auszugeben. Der angefochtene Verwaltungsakt ist insoweit rechtswidrig

und aufzuheben. Zudem hat die Beklagte dem Kläger den rechtsgrundlos erhaltenen Betrag in Höhe von 60 Euro zu erstatten.

8 3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.

Zitiervorschlag:
BSG Urt. v. 6.10.2011 – B 9 SB 7/10 R, BeckRS 2011, 78771

BeckRS 2011, 56394

OVG Schleswig, Urteil vom 11.08.2011 - 2 LB 2/11

Titel:
Zur Frage, ob ein nationales Gesetz auf eine EU-Richtlinie und den darin enthaltenen Bezug auf eine technische Norm in einer doppelt-dynamischen Weise verweisen darf.

Normenketten:
N.BuchtFzgV §§ 1, 2 I, 3 I, 4 I
Richtlinie 94/25/EG
SeeAufgG § 9 I, VI

Amtlicher Leitsatz:
1. Eine gesetzgeberische Verweisung auf eine EU-Richtlinie um des darin enthaltenen Bezugs auf eine technische Norm Willen ist auch dann zulässig, wenn dadurch aus Sicht des Rechtsunterworfenen ein Zugangshindernis bei der Rechtsquellenerforschung geschaffen wird. (amtlicher Leitsatz)

Rechtsgebiete:
Verwaltungsverfahren und -prozess, Umweltrecht, Sonstiges besonderes Verwaltungsrecht, Europarecht, ausl. Recht, Völkerrecht

Schlagworte:
gesetzgeberische Verweisung, EU-Richtlinie, Befahrensverbot, DIN-Norm, Lärmschutz, dynamischer Verweis, technische Norm, Sportboot, Speed-Boot

vorgehend:
VG Schleswig, Urteil vom 07.12.2010 - 3 A 162/09 (nicht rechtskräftig)

nachfolgend:
BVerwG, Urteil vom 27.06.2013 - 3 C 21/12 (rechtskräftig)

ECLI:
ECLI:DE:OVGSH:2011:0811.2LB2.11.0A

Rechtskraft:
rechtskräftig

Text1

Schleswig-Holsteinisches Oberverwaltungsgericht
Az.: 2 LB 2/11
Im Namen des Volkes
Urteil
verkündet am 11.08.2011
3 A 162/09
Senat
..., Justizangestellte als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Hauptschlagwort: Befahrensverbot DIN-Norm Lärmschutz Speed-Boot Sportboot dynamischer Verweis auf EU-Recht gesetzgeberische Verweisung technische Norm
Titel:
Normenkette:
Leitsatz:
In der Verwaltungsrechtssache
des Herrn ...
Klägers und Berufungsklägers,
Proz.-Bev.: Rechtsanwälte ...
gegen
die ...,
vertreten durch die Wasser- und Schifffahrtsdirektion Nord, H. ..., K.,
Beklagte und Berufungsbeklagte,
Streitgegenstand: Wasserverkehrsrecht
hat der 2. Senat des Schleswig-Holsteinischen Oberverwaltungsgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 11. August 2011 durch den Richter am Oberverwaltungsgericht ... als Vorsitzender, die Richterin am Oberverwaltungsgericht ..., den Richter am Verwaltungsgericht ... sowie die ehrenamtlichen Richterinnen ... und ... für Recht erkannt:

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Schleswig-Holsteinischen Verwaltungsgerichts - 3. Kammer - vom 7. Dezember 2010 wird zurückgewiesen.
Der Kläger trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.
Das Urteil ist wegen der Kostenentscheidung vorläufig vollstreckbar.
Dem Kläger bleibt nachgelassen, die vorläufige Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe der festzusetzenden Kosten abzuwenden, wenn nicht der Beklagte zuvor Sicherheit in gleicher Höhe leistet.
Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

1 Der Kläger wendet sich als Eigentümer eines sog. Speed-Boots gegen ein Verbot des Befahrens der N. Bucht mit bestimmten Wasserfahrzeugen bzw. dessen Anwendung auf sein Sportboot.

2 Nach § 1 der als Verordnung der Beklagten vom 09.02.2009 über das Verbot des Befahrens der N. Bucht mit bestimmten Wasserfahrzeugen (veröffentlicht im Verkehrsblatt 2009, S. 143, im Folgenden: N.BuchtFzgV) erlassenen Regelung ist das Befahren der N. Bucht, soweit sie Seeschifffahrtsstraße ist, in einem im Einzelnen bezeichneten Bereich u. a. für bestimmte Sportfahrzeuge mit Antriebsmaschine verboten, sofern der jeweilige höchstmögliche Schalldruckpegel des Fahrzeugs 75 dB(A) überschreitet. Soweit ein Fahrzeug mit zwei oder mehr Antriebsmaschinen ausgerüstet ist, darf der höchstmögliche Schalldruckpegel um höchstens 3 dB(A) überschritten sein. Nach § 4 N.BuchtFzgV wird zur Feststellung des Schalldruckpegels des Fahrzeugs auf eine EU-Richtlinie in deren jeweils geltender Fassung verwiesen. Gemäß § 2 Abs. 1 N.BuchtFzgV kann die für die Schifffahrtspolizei zuständige Behörde das Vorführen des Fahrzeuges zum Zwecke der Durchführung der Messung des Schalldruckpegels durch eine amtliche oder amtlich anerkannte Stelle anordnen, wenn der hinreichende Verdacht besteht, dass ein Fahrzeug den Grenzwert nicht einhält. Ergibt die hiernach angeordnete Messung des Schalldruckpegels, dass der Grenzwert überschritten wird, darf der

Eigner sein Fahrzeug in der N. Bucht erst einsetzen, wenn er dem Wasser- und Schifffahrtsamt Lübeck die künftige Einhaltung des Grenzwertes nachweist (§ 3 Abs. 1 N.BuchtFzgV).

3 Die in § 4 N.BuchtFzgV in Bezug genommen Richtlinie 94/25/EG betrifft die Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Sportboote. In Anhang 1, Abschnitt C Nr. 1 der Richtlinie in der geltenden Fassung ist geregelt, dass die dort bezeichneten Sportboote so zu entwerfen, herzustellen und zu montieren sind, dass sie bestimmte, anhand von in der harmonisierten Norm festgelegten Prüfverfahren gemessenen Geräuschemissionen nicht übersteigen. Als damit in Bezug genommene harmonisierte Norm ist in Fußnote 17 EN ISO 14509 benannt. Diese Norm beschreibt die Messung des von motorgetriebenen Sportbooten abgestrahlten Luftschalls und enthält technische Vorgaben bezüglich der einzusetzenden Messgeräte, der Anforderungen an den Messort und das Messverfahren.

4 Mit Schreiben vom 20.04.2009 wandte sich der Kläger an die Beklagte und beantragte die Erteilung einer Sonder- bzw. Ausnahmegenehmigung für sein Sportboot, um die N. Bucht uneingeschränkt befahren zu können. Er habe sein im Jahr 1990 in den USA gebautes Sportboot, ausgestattet mit einem 7,4 l V8 Motor, am ... 1995 über das Hauptzollamt ... nach Deutschland eingeführt und in den Verkehr gebracht. Somit sei die Einfuhr vor dem 01.01.2005 erfolgt, so dass die sich aus der Richtlinie 94/25/EG ergebenden Lärmwerte für sein Boot nicht zum Tragen kommen könnten. Eine geräuschoptimierte Umrüstung der Auspuffanlage könne ebenfalls nicht gefordert werden. Vielmehr bestehe Bestandsschutz für sein Sportboot und damit das Recht auf uneingeschränkte Nutzungsmöglichkeit in der N. Bucht. Daraufhin teilte die Beklagte mit Schreiben vom 11.05.2009 mit, dass die N.BuchtFzgV eine Ausnahme nicht vorsehe. Die Verordnung sei vor ihrem Inkrafttreten im Rahmen eines sogenannten „Stillhalteverfahrens" der EU-Kommission notifiziert worden. Eine Reaktion von dort sei nicht erfolgt. Daraus folge, dass eine Beeinträchtigung europäischen Rechts nicht vorliege.

5 Mit Schreiben vom 08.06.2009 wandte sich der Verfahrensbevollmächtigte des Klägers an die Beklagte. Er machte geltend, dass es sich bei der N.BuchtFzgV um einen Verwaltungsakt in Gestalt einer Allgemeinverfügung handele und erhob Widerspruch. Inhaltlich machte er geltend, dass die Beklagte für den Erlass der streitbefangenen Verordnung nicht zuständig sei. Nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG sei die Lärmbekämpfung Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung; der Bundesgesetzgeber habe mit der Verkündung des Bundesimmissionsschutzgesetzes von seiner Kompetenz Gebrauch gemacht. Der Vollzug des Bundesimmissionsschutzgesetzes sei Ländersache (Art. 83 GG).

6 Mit Bescheid vom 15.07.2009 wurde der Widerspruch zurückgewiesen. Der Widerspruch sei bereits mangels Vorliegens eines angreifbaren Verwaltungsaktes unstatthaft und damit unzulässig. Die Rechtsverordnung über das Verbot des Befahrens der N. Bucht mit bestimmten Fahrzeugen könne als Rechtsverordnung nicht im Wege eines Widerspruchsverfahrens angegriffen werden. Ferner sei die Beklagte gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 2 SeeAufgG i. V. m. § 9 Abs. 6 SeeAufgG auch für den Erlass der streitgegenständlichen Verordnung zuständig. Durch die Neufassung des § 60 Abs. 3 der SeeSchStrO werde die örtlich jeweils zuständige Wasser- und Schifffahrtsdirektion ermächtigt, entsprechende Rechtsverordnungen zu erlassen.

7 Hiergegen hat der Kläger am 13.08.2009 Klage erhoben. Da es sich bei der

streitgegenständlichen Maßnahme um eine personenbezogene Allgemeinverfügung, mithin einen Verwaltungsakt im Sinne des § 35 VwVfG handele, sei die Anfechtungsklage zulässig. Die Verwaltungsaktqualität folge bereits daraus, dass die Beklagte unter dem 15.07.2009 einen Widerspruchsbescheid mit entsprechender Rechtsbehelfsbelehrung erlassen habe. Die angegriffene Rechtsnorm sei nicht ordnungsgemäß verkündet worden. Die in Bezug genommene Vorschrift EN ISO 14509 werde lediglich in einer Fußnote in einem Anhang der Richtlinie 94/25/EG benannt. Eine Fundstelle werde dort nicht genannt. Tatsächlich sei die technische Vorschrift in Schriftform nur gegen Entgelt beim Beuth-Verlag erhältlich. Die Regelung sei auch unverhältnismäßig, da mildere Mittel zur Verfügung gestanden hätten, um die bezweckte Lärmminderung zu erreichen. Zumindest habe ein Durchfahrtkorridor eingerichtet werden müssen, der es gestatte, den Liegeplatz in Richtung offene See zu verlassen. Das in der Verordnung geregelte Messverfahren sei nicht praktikabel und ein Einfallstor für Willkür und Ungleichbehandlung.

8 Der Kläger hat beantragt,

9 die Verordnung über das Verbot des Befahrens der N. Bucht mit bestimmten Fahrzeugen vom 09.02.2009 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 15.07.2009 aufzuheben,

1 hilfsweise,

01 festzustellen, dass die Verordnung über das Verbot des Befahrens der N. Bucht mit

1 bestimmten Fahrzeugen vom 09.02.2009 auf den Kläger keine Anwendung findet.

1 Die Beklagte hat beantragt,

21 die Klage abzuweisen.

31 Die angegriffene Rechtsverordnung sei ordnungsgemäß bekanntgemacht worden.

4 Entsprechend Art. 5 der Richtlinie 94/25/EG seien auch die Fundstellen der technischen Normen veröffentlicht worden. Die konkret relevante technische Norm sei im Beuth-Verlag Berlin veröffentlicht worden und könne unentgeltlich beim Deutschen Patent- und Markenamt in München eingesehen werden. Eine eigens erfolgende Veröffentlichung des Wortlauts der technischen Norm sei weder erforderlich noch sonst in der deutschen Verordnungspraxis üblich.

1 Das Verwaltungsgericht hat die Klage mit Urteil vom 07.12.2010 als teilweise

5 unzulässig und im Übrigen als unbegründet abgewiesen. Soweit der Kläger im Wege der Anfechtungsklage die „Aufhebung" der Verordnung begehre, sei die Klage nicht statthaft, da es sich bei der Verordnung nicht um einen Verwaltungsakt handele. Als allgemeine Feststellungsklage gemäß § 43 Abs. 1, 1. Alternative VwGO sei die Klage zulässig, da die begehrte Feststellung auf das Bestehen eines Rechtsverhältnisses gerichtet sei. Dem Kläger gehe es für einen konkreten Sachverhalt um die Beantwortung der Frage, ob die Verordnung auf ihn als Halter eines motorisierten Sportbootes Anwendung finde, insbesondere das Befahrensverbot des § 1 N.BuchtFzgV. Er habe auch ein berechtigtes Interesse an der baldigen Feststellung, da er die ihn faktisch betreffende Verordnung für unwirksam halte und es ihm nicht zumutbar sei, die Rechtmäßigkeit der Befahrensverordnung (inzident) im Rahmen eines ihm drohenden Ordnungswidrigkeitenverfahrens (vgl. § 6 Nr. 1 N.BuchtFzgV) klären zu lassen.

1 Die Klage sei jedoch unbegründet, da sich die Verordnung sowohl in formeller als

6 auch in materieller Hinsicht als rechtmäßig erweise. Formell sei die Wasser- und Schifffahrtsdirektion Nord für den Erlass der Verordnung zuständig gewesen und

die Verordnung auch ordnungsgemäß verkündet worden. Dies gelte auch hinsichtlich des darin enthaltenen Verweises bezüglich der Ermittlung des höchstmöglichen Schalldruckpegels auf Richtlinie 94/25/EG in der jeweils geltenden Fassung, die wiederum auf die nur privat veröffentlichte europäische Norm EN ISO 14509 verweise. Die angefochtene Rechtsverordnung sei auch in materieller Hinsicht nicht zu beanstanden. Sie halte sich im Rahmen der Ermächtigungsgrundlage des § 60 Abs. 3 SeeSchStrO. Auch die dynamische Verweisung von § 4 N.BuchtFzgV hinsichtlich der Feststellung des Schalldruckpegels sei nach der Rechtsprechung von Bundesverfassungsgericht und Bundesverwaltungsgericht nicht zu beanstanden. Letztlich werde lediglich mittelbar hinsichtlich des Prüfverfahrens über die EG-Richtlinie auf die technische Norm EN ISO 14509 verwiesen. Die Verweisung betreffe so praktisch lediglich Regelungen des technischen Messverfahrens. Materiell erweise sich die Regelung eines Befahrensverbots in der N. Bucht für solche Motorboote, deren jeweiliger höchstmöglicher Schalldruckpegel 75 db/A überschreitet, auch unter dem Gesichtspunkt des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes als rechtmäßig. Die Befahrensregelung diene in geeigneter Weise der Verhütung von der Schifffahrt ausgehender schädlicher Umwelteinwirkungen im Sinne des Bundes-Immissionsschutzgesetzes. Eine unverhältnismäßige Beeinträchtigung der Rechte der Besitzer älterer Sportboote liege nicht vor, da die in Rede stehende Rechtsverordnung den Betrieb dieser Boote nicht generell ausschließe, sondern lediglich in einem bestimmten Bereich der N. Bucht beschränke.

17 Der Kläger hat mit Schriftsatz vom 17.01.2011 die vom Verwaltungsgericht zugelassene Berufung eingelegt. Er macht geltend, dass das angefochtene Urteil einer rechtlichen Überprüfung nicht standhalte.

18 Er hält vorsorglich an seiner Rechtsauffassung fest, nach der es sich bei der N.BuchtFzgV nicht um eine Verordnung, sondern um eine Allgemeinverfügung handele und somit die Anfechtungsklage zulässig sei. Das Verwaltungsgericht habe eine Vorgänger-„Verordnung" (Geschwindigkeitsbegrenzung in der N. Bucht) in seinem Urteil vom 11.11.2008 - 3 A 183/07 - entsprechend qualifiziert. Auch die jetzt streitgegenständliche Regelung sei mit straßenverkehrsrechtlichen Maßnahmen (namentlich: Verkehrsschildern) vergleichbar. Allein die Konkretheit des geregelten Sachverhaltes unterscheide die personenbezogene Allgemeinverfügung i. S. v. § 35 S. 2 1. Alternative VwVfG von einer Rechtsnorm. Weder der Inhalt noch die äußere Form lasse sogleich und ausschließlich auf eine Rechtsverordnung schließen. Jedenfalls aber sei der Hilfsantrag im Sinne einer allgemeinen Feststellungsklage gemäß § 43 Abs. 1 VwGO zulässig und begründet.

19 Als Verordnung sei die N.BuchtFzgV nicht ordnungsgemäß verkündet worden. Ein nachrichtlicher Hinweis im Bundesgesetzblatt auf die Verkündung der Verordnung im Amtsblatt des Bundesministeriums für Verkehr, Bau- und Stadtentwicklung genüge nicht den allgemeinen, aus dem Rechtsstaatsprinzip folgenden Anforderungen an die Förmlichkeit. Zentraler Inhalt der streitbefangenen Verordnung sei die in § 4 N.BuchtFzgV vorgesehene Feststellung des Schalldruckpegels, dessen Überschreitung bestimmte Rechtsfolgen auslösen könne. Wie dieser festzustellen sei, solle die DIN EN ISO 14509 regeln, die jedoch in der streitbefangenen Verordnung nicht genannt sei. Vielmehr verweise § 4 N.BuchtFzgV auf Anhang 1, Abschnitt C Nr. 1 der Richtlinie 94/25 EG in der „jeweiligen Änderungsfassung". Dort werde die DIN-Vorschrift nur in einer Fußnote

genannt. So könne man sich nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten Kenntnis von der Rechtslage verschaffen. Bei der Richtlinie handele es sich auch nicht um eine Norm, die zulässige Geräuschimmissionen gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 2 SeeAufgG i. V. m. § 60 Abs. 3 der SeeSchStrO regele, sondern um eine Norm, die u. a. die zulässigen Lärmwerte von marktfähigen Sportbooten zum Inhalt habe. Diese Richtlinie diene dem Schutz des freien Warenverkehrs innerhalb der EU und nicht dem nationalem Immissionsschutz. Wo dann schließlich die DIN-Norm eingesehen werden könne, sei weder in der Verordnung noch in der Richtlinie niedergeschrieben.

20 Über die vom Verwaltungsgericht herausgefundenen Möglichkeiten zur Einsichtnahme hinaus sei nur ein entgeltlicher Erwerb möglich. Dies genüge jedoch nicht den Anforderungen an eine ordnungsgemäße Verkündung einer Rechtsnorm. Eine solche bedinge regelmäßig, dass die Rechtsnormen der Öffentlichkeit in einer Weise förmlich zugänglich gemacht werden, mit der sich die Betroffenen verlässlich Kenntnis von ihrem Inhalt verschaffen können. Diese Möglichkeit dürfe nicht in unzumutbarer Weise erschwert sein. Hinsichtlich der Bezugnahme auf DIN-Vorschriften innerhalb der Festsetzungen einer B-Plan-Satzung sei nach dem Bundesverwaltungsgericht (Beschluss vom 29.07.2010 - 4 BN 21.10) den rechtsstaatlichen Anforderungen an die Verkündung von Rechtsnormen nur dann genügt, wenn die Gemeinde sicherstelle, dass die Betroffenen von der DIN-Vorschrift verlässlich und in zumutbarer Weise Kenntnis erlangen könnten. Das Verwaltungsgericht sei bewusst und ausdrücklich von dieser Auffassung abgewichen. Hinzu komme, dass die für Zwecke der Messung des Schalldruckpegels relevante technische Norm anders als Gesetze (§ 5 Abs. 1 UrhG) dem Urheberrechtsschutz unterworfen sei. Damit sei die Vervielfältigung ebenso verboten wie die Verbreitung. Die Unterschutzstellung der in der technischen Norm enthaltenen Informationen stelle geradezu das Gegenteil der Verkündung einer Rechtsnorm dar, womit die Kenntnisnahmemöglichkeit in verfassungsrechtlich bedenklicher Weise erschwert werde. Auch das Verwaltungsgericht habe davon abgesehen, die DIN-Norm einzusehen, und in der mündlichen Verhandlung problematisiert, ob es überhaupt für die Bearbeitung des Falles erforderliche Kopien herstellen dürfe.

21 Auch in materiell-rechtlicher Hinsicht sei die N.BuchtFzgV zu beanstanden. Grundsätzlich habe gemäß § 5 WaStrG jedermann ein Recht zum Befahren von Gewässern, abgesehen von Nationalpark- und Naturschutzgebieten. Zunächst stelle die N.BuchtFzgV keine „Anordnung vorübergehender Art" dar, um bis zu einer Änderung der Seeschiffahrtsstraßenordnung oder zu Versuchszwecken schiffahrtspolizeiliche Maßnahmen zu treffen. Ein besonderer Anlass i. S. v. § 60 Abs. 3 SeeSchStrO sei nicht einmal von der Beklagten vorgetragen worden.

22 Daneben sei auch eine unzulässige dynamische Verweisung vorgenommen worden. Eine solche verstoße gegen das Demokratie- und Bundesstaatsprinzip. Der verweisende Verordnungsgeber könne den konkreten Inhalt seiner Norm nicht mehr voraussehen, was gegen das Rechtsstaatsprinzip verstoße. Im vorliegenden Fall werde vom Verordnungsgeber in seinem Bemühen um Immissionsschutz zudem auf eine EU-Richtlinie verwiesen, die nicht Immissionsschutz, sondern den Schutz des freien Warenverkehrs bezwecke. So überlasse der Verordnungsgeber gerade den tragenden Teil seiner Verordnung, nämlich die Messung des Schalldruckpegels, künftig dem EU-Gesetzgeber. Es fehle auch an der

Verhältnismäßigkeit der Verordnung. Schon die Eignung sei zweifelhaft, da in der zweijährigen Geschichte der streitbefangenen Verordnung nicht einmal die Lautstärke eines Sportbootes untersucht worden sei. Eine solche Messung sei, wenn überhaupt, nur unter idealen Bedingungen und unter unverhältnismäßigen Kosten möglich. Bei anderen Sportbooten im Sinne der 10. GPSGV genügten dagegen nicht-amtliche Bescheinigungen der Hersteller oder von Bevollmächtigten, die in der Gemeinschaft oder einem anderen Vertragsstaat des Abkommens für den europäischen Wirtschaftsraum niedergelassen sind, § 3 Abs. 2 10. GPSGV.

2 Auch sei im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes die Erforderlichkeit der
3 N.BuchtFzgV nicht gegeben, da zumindest Durchfahrtkorridore zur offenen See hätten festgelegt werden können. Solche Durchgangskorridore seien üblich, um zum Beispiel Badebereiche von Wasserstraßen abzugrenzen. Der von der Beklagten festgelegte Bereich ziehe sich dagegen wie ein Sperrkorridor entlang der Küste und habe zur Folge, dass die in den Häfen liegenden Speed-Boote nicht einmal mehr auslaufen könnten. Diesen Booten sei es verwehrt, den Hafen zu verlassen und andere Bereiche der N. Bucht zu erreichen, in denen es die streitbefangene Verordnung nicht gebe. Im Übrigen bestehe das Risiko, dass die Verordnung auch auf andere Bereiche erweitert werden solle, möglicherweise letztlich auf die gesamte Ostseeküste.

2 Schließlich sei auch die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne nicht gewahrt. Das
4 Speed-Boot sei 1990 gebaut worden und am ... 1995 durch das Wasser- und Schifffahrtsamt ... zugelassen worden, einem Zeitpunkt, zu dem es weder die streitbefangene Verordnung, noch die Richtlinie 94/25/EG und ebenso wenig die 10. GPSGV gegeben habe. Der Kläger könne sich daher auf Bestandsschutz berufen. Die Nachrüstung seines Speed-Bootes sei unverhältnismäßig, auch aus ökologischen Gründen (Artenschutz), da bei einer Verlegung der Auspuffanlage unter die Wasseroberfläche geräuschempfindliche Meeressäugetiere gestört werden könnten.

2 Der Kläger beantragt,

52 das erstinstanzliche Urteil zu ändern und die Verordnung über das Verbot des
6 Befahrens der N. Bucht mit bestimmten Fahrzeugen vom 09.02.2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 15.07.2009 aufzuheben,

2 hilfsweise

72 festzustellen, dass die Verordnung über das Verbot des Befahrens der N. Bucht mit
8 bestimmten Fahrzeugen vom 09.02.2009 auf den Kläger keine Anwendung findet.

2 Die Beklagte beantragt,

93 die Berufung zurückzuweisen.

03 Sie hält den Hauptantrag für unzulässig, da das Verbot des Befahrens der N. Bucht
1 mit Fahrzeugen, die schädliche Lärmemissionen verursachen, als befristet geltende Verordnung nach § 60 Abs. 3 SeeSchStrO ausgestaltet sei. Ob die Regelungen, die willentlich und auch äußerlich erkennbar in Form einer Rechtsverordnung erlassen worden seien, möglicherweise auch Verwaltungsaktqualität hätten haben können, sei unerheblich. Im Übrigen sei das Verbot formell und materiell rechtmäßig. Die Wasser- und Schifffahrtsdirektion Nord sei nach § 60 Abs. 3 Satz 1 SeeSchStrO zuständig zum Erlass einer befristet für die Dauer von drei Jahren geltenden Verordnung zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen, die von der Schifffahrt ausgehen. Erlass-Anlass seien die Lärmbelästigungen in der N. Bucht, die durch besonders stark motorisierte Sportboote verursacht worden seien und zu

erheblichen Bürgerbeschwerden geführt hätten. Die zunächst erlassene Regelung über eine Geschwindigkeitsbegrenzung sei durch Urteil des Verwaltungsgerichts aufgehoben worden. Das Befahrensverbot sei nunmehr mit dem Ziel der Verhütung der von der Schifffahrt ausgehender schädlicher Umwelteinwirkungen im Sinne des Bundes-Immissionsschutzgesetzes erlassen worden. Es solle zunächst nur probeweise gelten, die darin enthaltenen verkehrsrechtlichen Regelungen dann aber ggf. in der SeeSchStrO oder in anderen Rechtsverordnungen des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Wohnungswesen (BMVBS) auf Dauer übernommen werden. Die Verordnung sei auch ordnungsgemäß verkündet worden, da es den Anforderungen an das Publizitätsgebot genüge, wenn in der Verordnung auf Anhang 1 Abschnitt C Nr. 1 der Richtlinie 94/25/EG verwiesen werde. In diesem Anhang würden die nach dem Stand der Technik anzuwendende Verfahren zur Messung des Geräuschpegels (Schalldruckpegel) von motorgetriebenen Sportbooten mit einer Rumpflänge von 2,5 m bis 24 m angeführt und zur näheren technischen Spezifizierung dieser Messverfahren auf EN ISO 14509 Teile 1 - 3 verwiesen. Der Verweis in der Verordnung auf die technischen Messverfahren nach Anhang 1 der Richtlinie unter Angabe der Fundstellen der Richtlinien 94/25/EG und 2003/44/EG genüge den förmlichen Anforderungen der Veröffentlichung einer Norm. Der von der Verordnung betroffene Sportbootfahrer könne sich über die Bezugsquellen der anzuwendenden technischen Norm Kenntnis verschaffen, zumal die in Richtlinie 94/25/EG angeführten technischen Normen im Amtsblatt der EU bekanntgemacht worden seien. Durch die Zehnte Verordnung zum Geräte- und Produktsicherheitsgesetz (Verordnung über das Inverkehrbringen von und Verkehr mit Sportbooten), BGBI I 2004, 1605 sei die Richtlinie auch innerstaatliches Recht geworden, die nach dieser Verordnung anzuwendenden technischen Normen auch im Bundesanzeiger mit Titel und Bezugsquelle bekannt gemacht worden. Es sei dem betroffenen Sportbootfahrer zuzumuten, sich bezüglich der genauen technischen Messverfahren Kenntnis von den entsprechenden technischen Normen zu verschaffen, auch wenn dies nur entgeltlich erfolgen könne. Diese könnten schon aus Gründen der Normenklarheit nicht in die Verordnung selbst aufgenommen werden, da es sich um technisch komplexe Fragen handele. Es sei in der Gesetzgebung und Rechtsprechung in der gesamten EU anerkannt, dass technische Spezifikationen ausschließlich als Dienstleistungen gegen Entgelt zur Verfügung stehen.

32 Dass Befahrensverbot unter Anwendung der in Bezug genommen Grenzwerte erreiche den erstrebten Zweck, da seit Inkrafttreten keine Bürgerbeschwerden über schädliche Lärmimmissionen in der N. Bucht mehr eingegangen seien und auch kaum Anzeigen erstattet worden seien. Der Rückgang der schädlichen Geräuschimmissionen sei darauf zurückzuführen, dass sich die wenigen Bootseigner und Bootsführer, deren Boote den höchstmöglichen Geräuschpegel von 75 db(A) im Sinne der EN ISO 15409 überschritten, überwiegend an das Befahrensverbot hielten. Die Wasserschutzpolizei Travemünde führe seit dem Inkrafttreten der Verordnung gelegentlich anlassunabhängige Kontrollen mit Handmessgeräten in der N. Bucht durch. Bei den bisher nur wenigen Verstößen gegen das Befahrensverbot sei es zu OWi-Anzeigen gekommen, die bei einmaligem Verstoß mit gebührenfreien Verwarnungen belegt worden seien.

33 Das Befahrensverbot sei auch angemessen, da es anders als eine allgemeine Geschwindigkeitsbegrenzung, nur auf die Motorboote ziele, die im Fahrbetrieb

Verursacher von schädlichen Emissionen ab 75 db(A) seien, in der Regel also hochmotorisierte Boote wie z. B. Speed-Boote mit V8-Motoren. Die wenigen betroffenen Sportbootfahrer könnten entweder nach entsprechender Umrüstung an ihrem Boot weiter im Regelungsbereich der Verordnung fahren oder durch die Verbotszone geschleppt werden, um in den Bereich zu gelangen, in dem kein Befahrensverbot gilt. Im Übrigen könne für eine Einzelfahrt mit einem unter die Verordnung fallenden Boot auch eine Ausnahmegenehmigung nach § 59 SeeSchStrO zum einmaligen Befahren der Bucht zwecks Aufsuchens eines neuen Liegeplatzes außerhalb des von der Verordnung betroffenen Bereichs erteilt werden.

34 Gleichermaßen geeignete Alternativen zum Befahrensverbot seien nicht erkennbar. Eine Geschwindigkeitsbegrenzungsregelung sei nicht geeignet, um die von hoch motorisierten Booten ausgehenden schädlichen Immissionen zu vermeiden, da schädliche Geräuschimmissionen bei leistungsstarken Booten z. B. mit V8- Motoren auch schon bei langsamer Fahrt aufträten. Der Kläger habe im früheren Rechtstreit vor dem VG Schleswig - 3 A 183/07 - selbst dargelegt:

35 „So stehen schon Geschwindigkeit und Lärm nicht in einem direkten Zusammenhang, da auch seitens der Wasserschutzpolizeibeamten des Öfteren festgestellt worden ist, dass sich gerade der aus der „Timmendorfer Szene" zusammensetzende Personenkreis auch vor Anker liegend an lauten Motorengeräuschen durch Aufheulen erfreut. Fahren diese besagten, in der Regel vor 1998 ohne Schalldämpfer in Verkehr gebrachten Speed-Boote in dem Küstenbereich zwischen Badezone (500 m) und Geschwindigkeitsbegrenzungszone (2 km ab Küste) mit einer Geschwindigkeit von weniger als 15 km/h, so gehen von diesen Booten noch immer Lärmbelästigungen aus, die weit über den zulässigen Schalldruckpegeln der RiLi 2003/44/EG liegen" (Schreiben vom 14.05.2007).

36 Des Weiteren sei eine Geschwindigkeitsbegrenzung zur Lärmbekämpfung auch nicht so effektiv, weil es in der Praxis schwieriger sei, in Strömungsgewässern eine gerichtsverwertbare Geschwindigkeitsmessung bezogen auf die Fahrt über Grund zu erlangen, als einen zuverlässig messbaren Emissionswert. Ein Durchfahrtskorridor würde hinsichtlich der Bekämpfung schädlicher Lärmemissionen weit weniger effektiv sein. Ältere hoch motorisierte Sportboote würden auch beim Befahren eines Korridors im Maschinenbetrieb mit sehr geringen Geschwindigkeiten wegen der speziellen Bauweise dieser Boote weiterhin schädliche Lärmemissionen für Anwohner und andere verursachen. Dies sei bei der früheren Geschwindigkeitsregelung offenbar geworden.

37 Nur bei einem Anfangsverdacht könne die zuständige Schifffahrtspolizeibehörde nach § 2 N.BuchtFzgV die Vorführung bei einer amtlichen Stelle für die Schalldruckpegelmessung oder bei einer amtlich anerkannten Stelle anordnen. Diese sei nur bei Zweifeln hinsichtlich des höchstmöglichen Geräuschpegels eines Bootes erforderlich und bisher noch nicht erforderlich geworden. Die Zentralstelle Schiffsuntersuchungskommission (ZSUK) der Wasser- und Schifffahrtsverwaltung des Bundes sei durch Erlass des BMVBS als amtliche Stelle im Sinne des § 2 N.BuchtFzgV bestimmt worden. Sie verfüge auch über die erforderliche Fachkompetenz und technische Ausrüstung, Messungen von Schalldruckpegeln bei Sportbooten entsprechend EN ISO 14509 durchzuführen. Probemessungen der ZSUK hätten für eine Vorbeifahrtmessung einen Zeitbedarf von zwei bis vier Stunden ergeben. Gebühren und Kosten für Personal und Sachmittel beliefen sich

voraussichtlich auf ca. 1.500,- €. Diese Kosten würden dem betroffenen Bootseigentümer nach § 5 N.BuchtFzgV nur auferlegt, wenn sich der Anfangsverdacht bestätige. Zudem könne der Betroffene die Schalldruckpegelmessung auch von einer amtlich anerkannten Stelle durchführen lassen.

38 Schließlich könne sich der Kläger auch nicht auf Bestandsschutz berufen, weil sein Boot bereits 1995 und damit vor Inkrafttreten der streitgegenständlichen Verordnung durch das Wasser- und Schifffahrtsamt ... zugelassen worden bzw. in Verkehr gebracht worden ist. Das Sportboot des Klägers sei nicht technisch zum Verkehr zugelassen. Die amtliche Kennzeichnung habe ausschließlich den Zweck, die am Schiffsverkehr teilnehmenden Kleinfahrzeuge zu registrieren, um diese identifizieren zu können. Eine technische Abnahme oder technische Zulassung erfolge mit oder vor der Kennzeichenzuteilung nicht, denn für Kleinfahrzeuge sei keine technische Zulassung zum Verkehr nach der Binnenschiffs-Untersuchungsordnung erforderlich. Der Kläger habe durch das Inverkehrbringen des Bootes und die Teilnahme am Verkehr vor Inkrafttreten der streitgegenständlichen Verordnung keine unabänderliche Rechtsposition erworben, die jede später erlassene verkehrsrechtliche Befahrensregelung für sein Boot unwirksam mache. Die Nutzung des Bootes sei dem Kläger unter bestimmten Bedingungen in dem von der Verordnung betroffenen Fahrtgebiet und sogar unbeschränkt in anderen Fahrtgebieten weiterhin möglich. Andere Speed-Bootfahrer seien auf andere Fahrgebiete ausgewichen, in denen keine Lärmbeschränkung gelte (Boltenhagen, Grömitz). Ein generelles Befahrensverbot für stark motorisierte Sportboote an der gesamten deutschen Küste bestehe nicht und sei auch nicht geplant.

39 Die DIN EN ISO 14509 und die Verwaltungsvorgänge der Beklagten haben dem Senat bei Beratung und Entscheidung vorgelegen und sind zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht worden. Wegen weiterer Einzelheiten des Sachverhalts und des Vortrags der Beteiligten im Übrigen wird auf den Akteninhalt sowie auf den Inhalt der wechselseitigen Schriftsätze ergänzend Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

40 Die zulässige Berufung des Klägers ist unbegründet. Das Verwaltungsgericht hat die Klage zutreffend hinsichtlich des Hauptantrages als unzulässig und hinsichtlich des Hilfsantrages als unbegründet abgewiesen.

41 Der Hauptantrag ist gerichtet auf Aufhebung der N.BuchtFzgV und insofern als Anfechtungsantrag i. S. v. § 42 Abs. 1 VwGO zu verstehen. Seine Unzulässigkeit ergibt sich, wie das Verwaltungsgericht zutreffend ausgeführt hat, daraus, dass es sich bei N.BuchtFzgV nicht um einen Verwaltungsakt, sondern eine Rechtsverordnung handelt. Zwar werden Verkehrszeichen „zu Land" ganz überwiegend als Allgemeinverfügung klassifiziert, wie auch der Kläger ausgeführt hat. Vorliegend ist aber die fragliche Beschränkung sowohl der äußeren Form als auch dem Inhalt nach als eine auf § 9 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 6 Seeaufgabengesetz i. V. m. § 60 Abs. 3 SeeSchStrO beruhende Rechtsverordnung realisiert worden. Es bedarf damit keiner Entscheidung, ob die getroffene Regelung auch Gegenstand einer Allgemeinverfügung hätte sein dürfen, da dies für die von der Beklagten gewählte Form der Regelung ohne Belang ist. Maßstab ist insofern allein, ob der gewählte Weg des Verordnungserlasses im Rahmen einer bestehenden Ermächtigungsgrundlage liegt. Dass der mangels Vorliegen eines Verwaltungsakts

unzulässige Widerspruch durch die Beklagte in Form eines Bescheides zurückgewiesen wurde, liegt in der Natur der Sache, vermag aber an der durch Form und Inhalt bestimmten Rechtsnatur der N.BuchtFzgV nichts zu ändern. Es geht dem Kläger auch nicht um Rechtsschutz gegen eine Anordnung nach der N.BuchtFzgV, sondern um direkte Überprüfung seiner Unterworfenheit unter diese. Für dieses Begehren kommt nur eine allgemeine Feststellungsklage nach § 43 Abs. 1 VwGO in Betracht, da insbesondere auch kein Normkontrollantrag nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO i. V. m. § 5 AGVwGO SH statthaft wäre, weil es sich bei der N.BuchtFzgV um eine Rechtsverordnung nach Bundesrecht handelt.

42 In diesem Sinne ist der Hilfsantrag zulässig, da der Kläger insbesondere ein berechtigtes Interesse an der begehrten Feststellung hat. Er muss aus angesichts der Bauart nachvollziehbaren Gründen befürchten, dass sein bisher im Regelungsbereich der N.BuchtFzgV betriebenes Speed-Boot dem Befahrensverbot unterfällt. Wegen der Einzelheiten diesbezüglich wird entsprechend § 130b Satz 2 VwGO auf die zutreffenden Ausführungen im angefochtenen Urteil verwiesen.

43 Der Senat teilt ebenfalls die Auffassung des Verwaltungsgerichts, dass die N.BuchtFzgV rechtmäßig und daher der hilfsweise gestellte Feststellungsantrag unbegründet ist.

44 Die Verordnung ist zunächst formell rechtmäßig. Hinsichtlich der Zuständigkeit der Wasser- und Schifffahrtsdirektion Nord und allgemein zur Frage der Verkündung wird entsprechend § 130b Satz 2 VwGO auf die zutreffenden Ausführungen im angefochtenen Urteil verwiesen.

45 Hinsichtlich des auch im Berufungsverfahren weiter beanstandeten Verkündungsmangels infolge der vom Verordnungsgeber bezüglich des Messverfahrens angewandten Verweisungstechnik begegnet die Auffassung des Verwaltungsgerichts keinen letztlich durchgreifenden Bedenken. § 4 N.BuchtFzgV lautet:

46 „Zur Feststellung des Schalldruckpegels des Fahrzeugs ist Anhang 1 Abschnitt C Nr. 1 der Richtlinie 94/25/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Juni 1994 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Sportboote (ABl. EG Nr. L 164 S. 15), die zuletzt durch Verordnung (EG) Nr. 1882/2003 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. September 2003 (ABl. EU Nr. L 284 S. 1) geändert worden ist, in der jeweils geltenden Fassung anzuwenden."

47 Während der Verordnungsgeber die Grenzwerte in § 1 N.BuchtFzgV selbst und damit statisch - wenn auch dem geltenden europäischen Recht gleichlautend - definiert, bedient er sich hinsichtlich des technischen Verfahrens zur Ermittlung einer etwaigen Grenzwertüberschreitung einer mittelbaren und doppelt dynamischen Verweisung auf eine europäische harmonisierte technische Norm. Als mittelbar ist die Verweisung zu klassifizieren, da letztlich über den Verweisungsweg allein hinsichtlich der Feststellung des Schalldruckpegels über Anhang 1 („Grundlegende Anforderungen") Abschnitt C („Grundlegende Anforderungen in Bezug auf Geräuschemissionen") Nr. 1 („Geräuschpegel") der Richtlinie 94/25/EG nur auf das „anhand von in der harmonisierten Norm festgelegte Prüfverfahren" Bezug genommen wird, lt. dem dortigen Verweis in Anm. 1 also die Norm EN ISO 14509. Der Verordnungsgeber hätte alternativ auch direkt auf diese technische Norm, bzw. die entsprechende deutsche Norm verweisen können, wie es ein bei den Verwaltungsvorgängen befindlicher früher Entwurf der Verordnung vorsah. Er

hätte so eine kürzere, weniger Rechtsrecherche erfordernde und auf den ersten Blick auch leichter verständliche Formulierung wählen können.

48 Die gewählte Verweisungstechnik kann auch als doppelt dynamisch klassifiziert werden, da zum Einen auf die jeweils aktuelle Fassung der Richtlinie verwiesen wird und zum anderen auch die dortigen Bezugnahmen auf harmonisierte Normen ihrerseits als dynamische Verweise auf die jeweils aktuelle Fassung dieser Normen zu begreifen sind. Dies ergibt sich bereits aus der bedeutenden Rolle, die den von privaten Stellen erarbeiteten und auch aktualisierten harmonisierten Normen ausweislich der Erwägungsgründe der Richtlinie zugebilligt wird und überdies aus den in den Art. 5 und 6 der Richtlinie enthaltenen Verfahren zur Veröffentlichung und Angleichung harmonisierter und nationaler Normen. Dem entsprechen sowohl die Praxis der Kommission, regelmäßig Bekanntmachungen herauszugeben, die die „Veröffentlichung der Titel und der Bezugsdaten der harmonisierten Normen im Sinne der Richtlinie" zum Gegenstand haben (zuletzt ABl. C 62 vom 26.02.2011, S. 21 ff.) als auch die entsprechende nationale Veröffentlichungspraxis hinsichtlich der Umsetzung von Richtlinie 94/25/EG in der 10. Verordnung zum Geräte- und Produktsicherheitsgesetz (Verordnung über das Inverkehrbringen von und Verkehr mit Sportbooten) (zuletzt BAnz. Nr. 45 vom 22.03.2011, S. 1093 ff.). Diese Doppel-Dynamik der Verweisung erhält zusätzliche Brisanz dadurch, dass in Art. 6a der Richtlinie 94/25/EG eine Ermächtigung der Kommission enthalten ist, im sog. Regelungsverfahren Änderungen der Anforderungen u. a. nach Anhang I Teil C Nummer 1 einschl. der für die Prüfung der Abgas- und Geräuschemissionen anzuwendenden Normen vorzunehmen.

49 Nach Auffassung des Senats ist diese Art der Verweisung nicht die gesetzgebungstechnisch einfachste. Sie mindert auch aus Sicht der Verordnungsunterworfenen die Verständlichkeit der Gesamtnorm in erheblicher Weise. Dies macht sie aber noch nicht rechtswidrig. Der Verordnungsgeber mag seine Gründe für die getroffene Wahl der Verweisungstechnik gehabt haben. Immerhin erleichtert der Verweis auf das EU-Normwerk möglicherweise die offensichtlich für erforderlich erachtete Notifizierung (vgl. den amtlichen Hinweis auf die Beachtung der Verpflichtung aus der Richtlinie 98/34/EG über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft). Ob diese vom Verordnungsgeber angenommene Notifizierungspflicht tatsächlich bestand, kann der Senat in diesem Verfahren offen lassen. Anzumerken ist allerdings, dass eine solche Notifizierung einschließlich des Ausbleibens einer Reaktion hierauf entgegen mancher bei den Verwaltungsvorgängen befindlichen Darstellung und auch dem Vortrag im Gerichtsverfahren keine Schlüsse auf die auch nur auf EU-Recht bezogene Rechtmäßigkeit des notifizierten Rechtsakts erlauben (vgl. schon Art. 8 Abs. 5 Satz 2 RL 98/34/EG). Materiell sorgt der Verweis allerdings auch für Kongruenz mit dem sonst für Sportboote geltenden aktuellen EU-Normwerk. Auf diese Weise können Stellen, die sich technisch und personell auf Prüfungen im Rahmen der Richtlinie eingestellt haben, davon ausgehen, dass sie auch eine Prüfung in Durchführung der N.BuchtFzgV vornehmen können. Auch können bereits erteilte Konformitätsbescheinigungen der Hersteller in diesem Rahmen akzeptiert werden, ohne dass es eines weiteren eventuell abweichenden Prüfverfahrens bedürfte.

5 Die durch die Verweisungstechnik bedingte Erschwerung des Auffindens des

0 Normwerks ist nicht als unzumutbarer zu bewerten. Die aktuelle Fassung einer europäischen Richtlinie ist anhand ihrer Bezeichnung über gängige Suchmaschinen oder Datenbanken (z. B. eur-lex (kostenfrei) oder juris (kostenpflichtig)) heute bisweilen leichter zugänglich, als manches nationale Recht. Der direkte Verweis auf eine technische Norm hätte dagegen der offensichtlichen Intention widersprochen, auf die jeweils nach aktuellem EU-Recht geltenden Messanforderungen für das Inverkehrbringen neuer Sportboote zu verweisen. Zudem hätte auch ein solcher Regelungsansatz die eigentlichen Schwierigkeiten für die Verordnungsunterworfenen nicht vermieden, nämlich bei Bedarf Zugang zur technischen Norm zu erhalten und - noch wichtiger - konkret zu erfahren, welche Werte eine Messung für ein konkretes Sportboot erbringen würde.

5 Der gesetzgeberische Verweis auf technische Normen selbst erscheint dem Senat
1 als im Ergebnis unbedenklich. Zwar ist der eingeschränkte und in aller Regel nur entgeltpflichtig mögliche Zugang zu technischen Normen (das Verwaltungsgericht hat in der angegriffenen Entscheidung überdies für den Nutzer kostenlose Einsichtsmöglichkeiten benannt) ohne Weiteres als ein Zugangshindernis bei der Rechtsquellenerforschung zu qualifizieren. Insoweit ist auch das Argument des Klägers, der Urheberrechtsschutz privater Normwerke stehe dem Gebot eines möglichst einfachen Zugangs zu Gesetzen entgegen, nicht von der Hand zu weisen. Allerdings dient bei der immer weiter erforderlich werdenden Regulierung zunehmend komplizierter technischer Sachverhalte die Einbindung privaten Sachverstandes nicht nur einer knapperen Darstellungsmöglichkeit für den Gesetzgeber. Es wird auch erheblicher, sonst staatlich zu finanzierender Aufwand vermieden, der bei Verzicht auf die Nutzung der Erkenntnisse privater Normungsgremien und Verweisen auf deren entsprechende Veröffentlichungen anfallen würde. Es entspricht daher allgemeiner Rechtsetzungspraxis auf allen Rechtsebenen, in geeigneten Fällen auf solche Normwerke zu verweisen. Der Bundesgesetzgeber sah sich nach dem Urteil des BGH vom 26.04.1990 - I ZR 79/88 - „DIN-Normen", LM Nr. 6 zu § 5 = NJW-RR 1990, 1452 und des diesbezüglichen Nichtannahmebeschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 29.07.1998 - 1 BvR 1143/90 -, LM UrhG § 5 Nr. 7a (5/1999) = NJW 1999, 414 veranlasst, das Urheberrecht an privaten Normwerken wieder stärker auszugestalten. Den Ausgleich des Grundrechts der Urheber von privaten Normwerken aus Art. 14 GG und des jedenfalls bei Gesetzesinbezugnahme anzunehmenden Allgemeininteresses am Zugang zu diesen Werken hat er letztlich durch die Einfügung einer Zwangslizenz in § 5 Abs. 3 UrhG vorgenommen und mithin bewusst in Kauf genommen, dass ein Zugang in aller Regel nur gegen Entgelt möglich sein wird.

5 In den Gesetzesmaterialien heißt es dazu (Hervorhebungen durch den Senat):
25 BT-Drucks. 15/38, S. 16:, bezüglich einer nicht beschlossenen Fassung, die noch
3 keine Zwangslizenz vorsah:

5 „Die vorgeschlagene Regelung zu § 5 entspricht keinem Gebot der Richtlinie. Der
4 vorgelegte Entwurf wird lediglich als Gelegenheit genutzt, die seit längerem notwendige Sicherung des urheberrechtlichen Schutzes für private Gremien der Normung, wie z. B. das Deutsche Institut für Normung e. V. (DIN), vorzunehmen. Nach § 5 Abs. 1 genießen Gesetze, Verordnungen, amtliche Erlasse und Bekanntmachungen keinen urheberrechtlichen Schutz. Nach der im Jahre 1990 ergangenen DIN-Normen-Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH GRUR 1990,

1003) kann der Verlust des Urheberrechtsschutzes auch für private Normen eintreten, wenn Gesetze oder amtliche Verlautbarungen sich diese durch Bezugnahme in einer Weise zu Eigen machen, dass eine gewisse Außenwirkung entsteht. In solchen Fällen der Bezugnahme öffentlicher Normen oder Verlautbarungen auf private Regelwerke besteht aber ein berechtigtes Interesse der privaten geistigen Schöpfer solcher Normen, ihr Urheberrecht zu wahren und sich insbesondere aus dem Verkauf oder der Zugänglichmachung solcher Regelwerke zu finanzieren. Dem öffentlichen Interesse ist demgegenüber genügt, wenn die in Bezug genommenen Normen für jedermann problemlos zugänglich und gegen eine angemessene Vergütung auch zu erwerben sind (vgl. im Einzelnen Loewenheim, Amtliche Bezugnahmen auf private Normenwerke und § 5 Urheberrechtsgesetz, in Festschrift für Otto Sandrock, S. 609). Dies gilt allerdings nicht, soweit private Normwerke in amtliche Werke inkorporiert werden. Der Rechtsunterworfene soll hier nicht fortbestehenden Ausschließlichkeitsrechten an einem Teil der Gesetzesvorschriften ausgesetzt werden.

55 Mit der Neuregelung soll dem berechtigten Interesse privater Gremien zur Normung Rechnung getragen und zugleich vermieden werden, dass durch die anderenfalls drohende Einschränkung der Selbstfinanzierung solcher Gremien hohe staatliche Subventionen erforderlich werden oder eine Gefahr für die Tätigkeit dieser verdienstvollen Gremien entsteht. Im Regelfall werden nämlich Gesetze, Verordnungen, Erlasse oder amtliche Bekanntmachungen auf private Normwerke lediglich verweisen und damit der Urheberrechtsschutz erhalten bleiben."

5 BT-Drucks. 15/837, S. 33, zur letztlich beschlossenen Fassung:

65 „Die in Absatz 3 angefügten Sätze 2 und 3 enthalten eine Zwangslizenz zugunsten von Verlegern. Mit der Regelung wird sichergestellt, dass die Verbreitung privater Normwerke, an denen nach § 5 Abs. 3 Urheberrechte bestehen, ungehindert möglich bleibt. Das Nutzungsrecht wird aufgrund der vorgeschlagenen Regelung vertraglich erworben. Im Streitfall ist die Angemessenheit der Bedingungen Gegenstand der richterlichen Festsetzung. Die Formulierung orientiert sich an der Regelung der Zwangslizenz zur Herstellung von Tonträgern des geltenden Rechts (§ 61 Urheberrechtsgesetz, künftig § 42a)."

58 Der Bundesgesetzgeber hat damit bewusst anerkannt, dass jedenfalls Teile des Rechtsetzungsprozesses in private Hand gegeben sein können und damit zugleich eine Verschlechterung der Zugangsmöglichkeiten der Rechtsunterworfenen in Kauf genommen. Ebenso handelt der europäische Gesetzgeber, nicht nur im Fall der Richtlinie 94/25/EG sondern in vielen weiteren Bereichen. Das vom Bundesministerium der Justiz herausgegebene Handbuch der Rechtsförmlichkeit empfiehlt in Abschnitt 4.5 (Bezugnahmen auf technische Regeln) gar die Verwendung von Generalklauseln:

59 „Auf technische Regeln privater Regelsetzer sollte grundsätzlich mit Hilfe von Generalklauseln Bezug genommen werden. Denn Verweisungen auf technische Regeln privater Regelsetzer sind teils aus verfassungsrechtlichen Gründen unzulässig, teils aus urheberrechtlichen Gründen problematisch. Technische Regeln im Text selbst würden die Rechtsvorschrift mit einer Fülle fachsprachlicher Detailregeln belasten. Zusätzlich entstünde ein erheblicher Novellierungsbedarf, um mit der wissenschaftlichen und technischen Entwicklung Schritt zu halten." (zitiert nach der Online-Ausgabe der 3. Auflage 2008, http://d...de)

6 Hätte sich die Beklagte an diese Empfehlung gehalten, hätte die

0 streitgegenständliche Regelung sich möglicherweise hinsichtlich der Lärmschutzanforderungen auf einen Verweis etwa auf „die aktuellen grundlegenden Anforderungen für das Inverkehrbringen von Sportbooten" beschränkt. Die nunmehr streitgegenständliche Regelung ist zwar komplizierter zu lesen und zunächst auch schwieriger zu erfassen, letztlich aber wesentlich konkreter.

61 Ob ein Gesetzgeber, der sich für die Inkorporierung fremden Rechts durch Verweisung entschieden hat, die wesentlichen Regelungsgehalte wie verfassungsmäßig geboten in eigener Hand behalten hat und ob eine angemessene Zugangsmöglichkeit besteht, ist mithin eine Frage des Einzelfalls. Der im konkreten Fall erfolgte Verweis über die Inkorporation europäischen Rechts allein hinsichtlich des anzuwendenden Messverfahrens liegt dabei nach Auffassung des Senats im Bereich des zulässigen gesetzgeberischen Spielraums. Dass auch konkret keine unverhältnismäßigen Kosten bei der Beschaffung der technischen Norm anfallen, hat das Verwaltungsgericht bereits zutreffend ausgeführt, worauf entsprechend § 130b Satz 2 VwGO verwiesen wird.

62 Diese Bewertung wird auch nicht durch die in der Rechtsprechung vertretene Auffassung bezüglich der Inbezugnahme von DIN-Normen in Bebauungsplänen (BVerwG, Beschluss vom 29.07.2010 - 4 BN 21/10 - zu OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 25.01.2010 - 7 D 110/09.NE und 7 D 111/09.NE -; OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 03.01.2011 - 7 D 88/08.NE -; Urteil vom 13.09.2007 - 7 D 91/06.NE -; Urteil vom 09.05.2006 - 15 A 4247/03 -; OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 26.03.2009 - 8 C 14729/08 -; Urteil vom 04.07.2006 - 8 C 11709/05 -) in Frage gestellt. Soweit nach diesen Auffassungen gefordert wird, dass der Satzungsgeber neben der genauen Bezeichnung des privaten Regelwerks nach Inhalt, Datum bzw. Ausgabe die Stelle benennen muss, an der sie eingesehen oder von der sie bezogen werden kann oder gar selbst sicherstellen muss, dass die Betroffenen von der DIN-Norm verlässlich und in zumutbarer Weise Kenntnis erlangen können, ist dies den Besonderheiten der Verkündung bzw. Auslegung eines Bebauungsplanes geschuldet. Ziel ist es dabei, dass die Planbetroffenen sich insgesamt vom Regelungsgehalt des Planes vor Ort Kenntnis verschaffen können sollen. Die mithin bereichsspezifisch an Bebauungspläne, bzw. Nebenpflichten des Satzungsgebers gestellten Anforderungen in den genannten Entscheidungen sind dagegen nicht im Sinne einer allgemeinen Anforderung an jedwede auf private Regelungswerke verweisende Rechtsnorm zu verstehen.

63 Die Verordnung ist auch materiell rechtmäßig. Der Senat teilt zunächst die Auffassung des Verwaltungsgerichts, dass sie sich im Rahmen der Ermächtigungsgrundlage des § 60 Abs. 3 SeeSchStrO bewegt. Wegen der Einzelheiten diesbezüglich wird entsprechend § 130b Satz 2 VwGO auf die zutreffenden Ausführungen im angefochtenen Urteil verwiesen.

64 Gleichfalls zutreffend sind die Ausführungen des Verwaltungsgerichts zur Zulässigkeit der dynamischen Verweisung in § 4 N.BuchtFzgV auf EU-Recht, auf die ebenfalls entsprechend § 130b Satz 2 VwGO verwiesen wird. Zu ergänzen ist angesichts des Berufungsvorbringens nur Folgendes:

65 Die abweichende Zielsetzung der Richtlinie 94/25/EG im Vergleich zur N.BuchtFzgV macht den gesetzgeberischen Verweis nicht unzulässig. Es ist bereits nicht ersichtlich, warum lediglich Verweise auf Rechtsnormen gleicher Zielrichtung zulässig sein sollten. Darüber hinaus befasst sich der in Bezug genommene Teil des Anhangs der Richtlinie gerade mit Lärmschutzanforderungen an Sportboote. Dass

Gegenstand der Richtlinie das Inverkehrbringen neuer Sportboote ist, Regelungsgegenstand der N.BuchtFzgV dagegen alle und damit auch und gerade ältere Sportboote sind, lässt den Willen des Verordnungsgebers, einen Gleichlauf der technischen Messverfahren anzuordnen, nicht sachwidrig erscheinen. Dass damit unter Umständen eine Aktualisierung der harmonisierten Norm oder gar eine Ablösung der technischen Norm durch eine andere im Wege der Änderung der Richtlinie erfolgen könnte, bedeutet nicht, dass der Verordnungsgeber die von seiner Regelung Betroffenen in unzulässiger Weise schrankenlos Dritten ausgeliefert hätte (vgl. BVerfG, Beschluss vom 25.02.1988 - 2 BvL 26/84 -, BVerfGE 78, 32). Zum Einen wirkte die Bundesrepublik Deutschland an einer etwaigen Änderung der Richtlinie mit, selbst dann wenn eine Änderung gem. ihrem Artikel 6a durch die Kommission erfolgen würde. Denn auch im „Regelungsverfahren mit Kontrolle" wirkt ein Ausschuss mit, der aus Vertretern der Mitgliedstaaten zusammengesetzt ist. Überdies besteht ggf. ein Überprüfungsrecht des Europäischen Parlaments, vgl. Art. 6b Abs. 2 RL 94/25/EG i. V. m. Artikel 5a Abs. 1 bis 4, Art. 7 und Art. 8 des sog. Komitologie-Beschlusses 1999/468/EG. Zum Anderen sind die relevanten Grenzwerte in der N.BuchtFzgV selbst geregelt und so von der Dynamik der Verweisung nicht erfasst. Selbst eine hypothetische spätere Abänderung der harmonisierten Norm würde lediglich das Messverfahren betreffen.

66 Die streitgegenständliche Regelung hält sich auch im Rahmen der durch die Ermächtigungsgrundlage und den allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gezogenen Grenzen. Insbesondere ist die vom Kläger in seiner Berufungsbegründung erhobene Beanstandung, es fehle ein besonderer Anlass i. S. v. § 60 Abs. 3 SeeSchStrO, nicht berechtigt. Der im wesentlichen durch sog. Speed-Boote verursachte Konflikt mit Anliegern und anderen Nutzern der N. Bucht ist in den Verwaltungsvorgängen der Beklagten durch Zeitungsartikel und auch die Rückäußerungen im Rahmen der Anhörung betroffener Kreise vor Erlass der Verordnung belegt. Spiegelbildlich stellt die Beendigung dieses Konflikts, der sich aus der Nutzung besonders lauter Sportboote durch wenige Personen unter entsprechenden Beeinträchtigungen für eine Vielzahl anderer Sportbootfahrer, Anlieger und Strandbesucher speist, den Zweck der Verordnung dar.

67 In diesem Rahmen erweist sich die Auffassung des Verwaltungsgerichts, dass sich das Befahrensverbot unter dem Gesichtspunkt des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes als rechtmäßig erweist, als zutreffend, so dass diesbezüglich entsprechend § 130b Satz 2 VwGO auf die Ausführungen im angefochtenen Urteil verwiesen wird. Soweit im Berufungsverfahren erneut besonders die Erforderlichkeit der Regelung thematisiert worden ist, kann darauf verwiesen werden, dass insbesondere das direkte Abstellen auf die Intensität der Geräusche als sachgerecht erscheint, nachdem sich eine mittelbare Beschränkung durch die Begrenzung der Höchstgeschwindigkeit als nicht hinreichend praktikabel erwiesen hatte. Dass diese Regelung für den Kläger eine Beeinträchtigung darstellt, liegt auf der Hand, da gerade Speed-Boote wie das seine infolge ihrer Geräuschemissionen Regelungsanlass gewesen sind. Deshalb erscheint auch die Einrichtung eines Durchfahrtskorridors nicht als bezogen auf das Regelungsziel des Verordnungsgebers gleich geeignet. Denn nur die streitgegenständliche Regelung, die auf einen solchen Korridor zulasten der Eigentümer besonders lauter Sportboote verzichtet, verhindert, dass bei der Korridordurchfahrt bereits als

übermäßig laut anzusehende Lärmemissionen anfallen. Dass auf diese Weise laute Boote wie das des Klägers gleichsam aus Teilbereichen der N. Bucht ausgesperrt werden, ist gerade das mit Blick auf die Interessen der Allgemeinheit legitime Ziel des Verordnungsgebers. Aufgrund der vorhandenen Nachrüstungs- und anderweitigen Nutzungsmöglichkeiten für den Kläger erachtet der Senat die Regelung wie das Verwaltungsgericht aber auch als verhältnismäßig im engeren Sinn.

68 Der Kläger kann sich demgegenüber auch nicht auf Bestandsschutz berufen. Ihm wird nicht das Eigentum an seinem Speed-Boot entzogen, sondern nur eine bestimmte Nutzungsmöglichkeit desselben entzogen. Ein Vertrauensschutz dahingehend, dass für ein älteres, besonders lautes Wasserfahrzeug keine Einschränkungen hinsichtlich des Nutzungsgebietes eintreten dürfen, ist nicht anzuerkennen. Eine solche zukunftsgerichtete Maßnahme muss sich allein an den Maßstäben des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes messen lassen, die vorliegend gewahrt sind.

69 Anders als im Berufungsverfahren vom Kläger geltend gemacht, geht der Senat ausweislich der nach den Verwaltungsvorgängen erfolgten Messgerätebeschaffungen, dem von der Beklagten vorgelegten Protokoll einer durchgeführten Testmessung und einer an einen Dritten ausgesprochenen Verwarnung nicht von einem systemischen Vollzugsdefizit aus. Es erscheint dagegen die Annahme des Beklagten plausibel, nach der die Verordnung üblicherweise eingehalten wird und deshalb keine Bürgerbeschwerden über schädliche Lärmimmissionen in der N. Bucht mehr eingegangen sind.

70 Nach alledem ist die Berufung mit der Kostenfolge des § 154 Abs. 2 VwGO zurückzuweisen. Die Nebenentscheidungen zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruhen auf § 167 VwGO i. V. m. §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

71 Die Revision ist nicht zuzulassen, weil Gründe hierfür (§ 132 Abs. 2 VwGO) nicht ersichtlich sind.

Zitiervorschlag:
OVG Schleswig Urt. v. 11.8.2011 – 2 LB 2/11, BeckRS 2011, 56394

BeckRS 2011, 50457

VG Frankfurt a.M., Urteil vom 11.05.2011 - 6 K 513/10.F

Titel:
Straßenreinigung, Aufhebungssatzung, Straßenreinigungsgebühren
Normenketten:
HessStrG § 10 V 1
GG Art. 20 III
KAG § 3 II
Rechtsgebiete:
Verwaltungsverfahren und -prozess, Sonstiges besonderes Verwaltungsrecht
Schlagworte:
Straßenreinigung, Aufhebungssatzung, Straßenreinigungsgebühren
ECLI:
ECLI:DE:VGFFM:2011:0511.6K513.10.0A
Rechtskraft:
rechtskräftig

Verwaltungsgericht Frankfurt am Main
Geschäftsnummer: 6 K 513/10.F
Im Namen des Volkes
Urteil
Verkündet am: 11.05.2011
L. S. H., Urkundsbeamter der Geschäftsstelle
In dem Verwaltungsstreitverfahren
des Herrn A., A-Straße, A-Stadt
Kläger,
Proz.-Bev.: Rechtsanwälte B., B-Straße, A-Stadt,
gegen
die Stadt ..., vertreten durch den Magistrat Rechtsamt, S.-gasse ..., F. ...
Beklagte,
wegen Straßenreinigungsgebühren
hat die 6. Kammer des Verwaltungsgerichts Frankfurt am Main durch Vors. Richter am VG Böhme als Berichterstatter aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 19. April 2011 für Recht erkannt:
Die Abgabenbescheide der Beklagten vom 29.05.2007, hinsichtlich des Bescheides für das Jahr 2005 in der Fassung des Erlassbescheides vom 24.01.2011 und der Widerspruchsbescheid vom 16.02.2010 werden aufgehoben.
Die Beklagte hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.
Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar.
Die Beklagte darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe der festzusetzenden Kosten abwenden, wenn der Kläger nicht zuvor Sicherheit in gleicher Höhe leistet.
Die Berufung wird zugelassen.
Tatbestand
Der Kläger ist Eigentümer der Liegenschaft A-Straße im Stadtgebiet der Beklagten. Bei dem Grundstück handelt es sich um ein sogenanntes „Hinterliegergrundstück".
Die Stadtverordnetenversammlung der Beklagten beschloss am 27.02.1992 die „Satzung über die Straßenreinigung in der Stadt F. .." (StrRS 1992), in der sie in § 6 Abs. 1 als Bemessungsgrundlage für die Straßenreinigungsabgabe die Reinigungsfläche aller Straßen, durch die ein Grundstück erschlossen wird, festlegte. Die Reinigungsfläche einer Straße war durch die Vervielfachung der Straßenfrontlänge des Grundstücks mit der halben Straßenbreite zu berechnen (Frontmetermaßstab).
Am 16.09.2004 beschloss die Beklagte eine neue Straßenreinigungssatzung (StrRS 2005), die einen von der Satzung aus dem Jahr 1992 abweichenden Maßstab für die Erhebung der Straßenreinigungsgebühren zum Inhalt hatte. § 20 StrRS 2005 lautet: „Die Satzung tritt am 1. Januar 2005 in Kraft. Mit dem gleichen Tag wird die Satzung über die Straßenreinigung in der Stadt F. ... vom 27. Februar 1992 außer Kraft gesetzt." Diese Satzung wurde am 09.11.2004 im Amtsblatt der Stadt F. ... bekannt gegeben.
Die Stadtverordnetenversammlung der Stadt F. ... beschloss am 12.05. und 13.10.2005 die „Satzung zur Aufhebung der Straßenreinigungssatzung" (Aufhebungssatzung 2005), die im Amtsblatt der Stadt F. ... vom 15.11.2005 bekannt gemacht wurde. Diese Satzung hat folgenden Wortlaut:
„§ 1
Die Satzung über die Straßenreinigung in der Stadt F. ... vom 16.09.2004 (Amtsblatt S. 1693) wird mit Wirkung zum 01.01.2005 aufgehoben.
§ 2

Die Festsetzung der sich nach der Satzung über die Straßenreinigung in der Stadt F. ... vom 27.02.1992 (Amtsblatt S. 195), zuletzt geändert durch Satzung vom 27.03.2003 (Amtsblatt S. 928) ergebende Gebühr ist für das Jahr 2005 auf den Betrag begrenzt, der nach der Satzung über die Straßenreinigung in der Stadt F. ... vom 16.09.2004 (Amtsblatt S. 1693) festgesetzt wurde oder - soweit eine Festsetzung der Straßenreinigungsgebühr für das Jahr 2005 noch nicht erfolgt ist - festzusetzen wäre."
Weitere Änderungssatzungen der Straßenreinigungssatzung in der Folgezeit sollten jeweils eine Änderung der Straßenreinigungssatzung von 1992 bewirken.
Mit Bescheiden vom 29.05.2007 zog die Beklagte den Kläger für die Jahre 2003 bis 2007 zu Straßenreinigungsgebühren heran. Der Bescheid für das Jahr 2005 wurde durch Erlassbescheid vom 24.01.2011 der Höhe nach abgeändert. Den dagegen gerichteten Widerspruch des Klägers wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 16.02.2010 zurück.
Am 08.03.2010 hat der Kläger Klage erhoben. Er vertritt die Auffassung, die Regelungen der von der Beklagten herangezogenen Straßenreinigungssatzung seien rechtswidrig. Insbesondere werde gegen Art. 3 GG verstoßen, weil Hinterlieger vergleichbarer Grundstücke an der A-Straße wesentlich geringere Reinigungsgebühren entrichten müssten.
Der Kläger beantragt,
die Abgabenbescheide der Beklagten vom 29.05.2007, hinsichtlich des Bescheides für das Jahr 2005 in der Fassung des Erlassbescheides vom 24.01.2011 und den Widerspruchsbescheid vom 16.02.2010 aufzuheben.
Die Beklagte beantragt,
die Klage abzuweisen.
Sie vertritt unter Bezugnahme auf den Beschluss des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs vom 27.09.2006 (Az.: 5 N 1086/06) die Auffassung, dass durch die Aufhebung der StrRS 2005 durch die Aufhebungssatzung 2005 die StrRS 1992 automatisch erneut in Kraft getreten sei. Die Bemessungsgrundlage für die Straßenreinigungsgebühr sei rechtmäßig und obergerichtlich bestätigt.
Wegen des Sach- und Streitstandes im Übrigen wird auf den Inhalt der Gerichtsakte sowie der beigezogenen und zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemachten Behördenakte der Beklagten (1 Ordner) Bezug genommen.
Die Beteiligten haben in der mündlichen Verhandlung vom 19.04.2011 ihr Einverständnis mit einer Entscheidung durch den Vorsitzenden als Berichterstatter anstelle der Kammer erklärt.
Entscheidungsgründe
Die Entscheidung ergeht gemäß § 87 a Abs. 2 VwGO durch den Vorsitzenden anstelle der Kammer. Die Beteiligten haben dazu ihr Einverständnis erklärt.
Die zulässige Anfechtungsklage ist begründet, denn die angefochtenen Bescheide der Beklagten und der darauf bezügliche Widerspruchsbescheid sind rechtswidrig und verletzen die Kläger in ihren Rechten (§ 113 Abs. 1 S. 1 VwGO).
Die Rechtswidrigkeit der Bescheide folgt entgegen der Ansicht des Klägers allerdings nicht daraus, dass der Frontlängenmaßstab zur Bemessung der Straßenreinigungsgebühr rechtswidrig wäre.
Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, des HessVGH und des erkennenden Gerichts ist der Frontlängenmaßstab ein anerkannter und zulässiger Maßstab für die Bemessung von Straßenreinigungsgebühren. Die Anwendung dieses Maßstabes bedeutet zugleich, dass Hinterliegergrundstücke nach der „fiktiven" Frontlänge der

Straßen zugewandten Seite des Grundstücks zu Straßenreinigungsgebühren heranzuziehen sind (vgl. HessVGH, Beschluss vom 20.02.1991, Az.: 5 N 478/88).
Dies kann allerdings dahinstehen, da die Heranziehung der Kläger zu Straßenreinigungsgebühren durch die angefochtenen Bescheide bereits deshalb rechtswidrig ist, weil es dafür an einer wirksamen Rechtsgrundlage fehlt. Die von der Beklagten als Rechtsgrundlage für die Gebührenbescheide herangezogene StrRS 1992 ist durch die StrRS 2005 aufgehoben worden, so dass sie keine Rechtsgrundlage für die Bescheide mehr darstellen kann. Eine Regelung in Form einer Satzung, nach der die StrRS 1992 wieder Anwendung finden würde, wurde durch den Satzungsgeber nicht getroffen.
Nach § 10 Abs. 5 S. 1 des Hessischen Straßengesetzes (HStrG) sind die Gemeinden berechtigt, durch Satzung die Verpflichtung zur Straßenreinigung ganz oder teilweise den Eigentümern oder Besitzern der durch öffentliche Straßen erschlossenen Grundstücke aufzuerlegen oder sie zu den entsprechenden Kosten heranzuziehen. Eine solche Satzung bestand in Form der Straßenreinigungssatzung der Stadt F. ... vom 27.02.1992. Diese Satzung trat jedoch zum 01.01.2005 durch § 20 S. 2 StrRS 2005 außer Kraft. Rechtliche Folge dieser Außerkraftsetzungsregelung ist, dass die StrRS ab dem 01.01.2005 ihre rechtliche Existenz verloren hat. Sie ist ab diesem Zeitpunkt weggefallen und konnte keinerlei Rechtswirkungen mehr entfalten. An die Stelle der StrRS 1992 trat ab dem 01.01.2005 die StrRS 2005, die wiederum durch die Aufhebungssatzung 2005 mit Wirkung zum 01.01.2005 aufgehoben wurde. Ein Beschluss über eine neue Straßenreinigungssatzung oder das wieder in Kraft treten der StrRS 1992 erfolgte nicht. Da nach dem Außerkraftsetzen sowohl der StrRS 1992 als auch der StrRS 2005 zum 01.01.2005 ein Satzungsbeschluss über das Inkrafttreten einer neuen Satzung oder das erneute Inkraftsetzen einer aufgehobenen Satzung nicht erfolgt ist, fehlt es seit dem 01.01.2005 an einer wirksamen Straßenreinigungssatzung in F. ..., so dass die im folgenden Zeitraum ergangenen Bescheide über die Heranziehung zu Straßenreinigungsgebühren ohne rechtliche Grundlage ergangen sind und deshalb rechtswidrig sind.
Die von der Beklagten unter Bezugnahme auf die oben genannte Entscheidung des HessVGH vertretene Auffassung, durch die rückwirkende Aufhebung der StrRS 2005 sei ohne weiteres die zuvor aufgehobene StrRS 1992 wieder in Kraft getreten, vermag das Gericht nicht zu teilen. Eine solche Annahme ist mit rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht zu vereinbaren. Die Aufhebungssatzung 2005 wurde in den Sitzungen der Stadtverordnetenversammlung der Beklagten vom 12.05.2005 und 13.10.2005 beschlossen und am 07.11.2005 bekannt gemacht, also nach dem Zeitpunkt des Außerkrafttretens der StrRS 1992. Die Aufhebungssatzung konnte deshalb auf die außer Kraft getretene und rechtlich nicht mehr existente StrRS 1992 keine rechtliche Auswirkung mehr haben. Soweit der von der Beklagten vertretenen Auffassung die Annahme zugrunde liegt, die Aufhebung des § 20 S. 2 StrRS 2005, durch den die StrRS 1992 aufgehoben wurde, habe die Wirkung einer „Aufhebung der Aufhebung", also eine Rückgängigmachung der Aufhebung der StrRS 1992, wird damit verkannt, dass eine solche Rückgängigmachung einer Aufhebung unmöglich ist. Durch das außer Kraft treten der StrRS 1992 am 01.01.2005 hat sich die Regelung des § 20 S. 2 StrRS 2005, die StrRS 1992 außer Kraft zu setzen, umgesetzt und realisiert. Nach der Umsetzung dieser Regelung durch Außerkrafttreten der StrRS 1992 am 01.01.2005 hat § 20 S. 2 StrRS 2005 seinen Gegenstand und damit seinen Inhalt verloren. Die Bestimmung ist lediglich noch eine „leere Hülle", eine rechtliche Bedeutung kommt ihr nicht mehr zu. Die Aufhebung von § 20 S. 2 StrRS 2005 durch die Aufhebungssatzung 2005 hat deshalb keinerlei rechtliche

Bedeutung mehr, sie geht ins Leere und stellt lediglich einen Akt der Rechtsbereinigung dar.
Die von der Beklagten vertretene Annahme findet in der Rechtssetzungslehre und der Gesetzgebungspraxis auch keinerlei Grundlage. Das für die Gesetzgebungspraxis des Bundes einschlägige „Handbuch der Rechtsförmlichkeit" des Bundesministeriums der Justiz (3. Auflage, Köln 2008) weist vielmehr ausdrücklich darauf hin, dass gesetzliche Änderungs- und Aufhebungsregelungen, die durch Inkrafttreten umgesetzt worden sind, keinen rechtlich bedeutsamen Inhalt mehr haben, und dass Änderungen oder Aufhebungen solcher Regelungen nach ihrer Umsetzung ins Leere gehen würden.
Allerdings ist der Hessische Verwaltungsgerichtshof in seinem bereits genannten Beschluss vom 27.09.2006 davon ausgegangen, dass die StrRS 1992 durch die Aufhebung der StrRS 2005 durch die Aufhebungssatzung 2005 wieder zur Geltung gelangt sei. Dieses erneute Wirksamwerden der StrRS 1992 sei eine rein „faktische Folge" der Aufhebung der Neuregelungssatzung. Dieser Fall sei zu vergleichen mit einem erfolgreichen neuen Normenkontrollantrag, durch den eine Satzungsregelung vom Normenkontrollgericht für unwirksam erklärt werde und deshalb die Vorgängerregelung erneut Geltung beanspruche.
Dieser Ansicht kann allerdings nicht gefolgt werden. Sie verkennt, aus den bereits genannten Gründen, dass die StrRS 1992 zum 01.01.2005 außer Kraft gesetzt wurde und ab diesem Zeitpunkt rechtlich nicht mehr existent war. Eine außer Kraft gesetzte Satzungsbestimmung kann nicht durch Aufhebung derjenigen Bestimmung, die sie außer Kraft gesetzt hat, nachträglich wieder aufleben, da sie zu diesem Zeitpunkt rechtlich nicht mehr existent ist. Eine nicht existente Regelung kann ohne Rechtssetzungsakt nicht wieder in Kraft treten. Darüber hinaus fehlt es der vom Hessischen VGH vertretenen Annahme an einer rechtlichen Begründung, wie die Aufhebung einer Satzung durch den Satzungsgeber als „rein faktische Folge" wieder zur Wirksamkeit einer bereits außer Kraft getretenen Satzung führen soll. Eine solche „rein faktische Folge" ist in der Gesetzgebungslehre und -praxis nicht bekannt. Nach Auffassung des Gerichts kann das - erneute - Wirksamwerden einer Satzung nicht „faktische Folge" eines Satzungsgebungsakts sein, das Wirksamwerden muss sich vielmehr als rechtliche Folge begründen lassen. Daran fehlt es.
Ein „faktisches" Inkrafttreten der aufgehobenen StrRS 1992 kann auch nicht durch eine entsprechende Auslegung des § 2 der Aufhebungssatzung 2005 begründet werden, dies würde gegen das Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG verstoßen. Die Annahme des „faktischen" Auflebens außer Kraft gesetzter Regelungen hätte zur Folge, dass stetige Unsicherheit darüber bestünde, ob eine Regelung Geltung entfaltet oder nicht. Ein Zustand der völligen Rechtsunklarheit wäre die Folge.
Die Bezugnahme auf die StrRS 1992 in § 2 der Aufhebungssatzung 2005 kann deren Geltung nicht begründen. Zwar ist der Bezugnahme zu entnehmen, dass der Satzungsgeber den Wunsch hatte, die erneute Anwendung der StrRS 1992 herbeizuführen. Dies reicht allerdings zur Herbeiführung von Rechtswirkungen nicht aus. Die Aufhebung einer Satzung durch einfachen Beschluss oder Erklärung der Gemeinde, diese nicht mehr anwenden zu wollen, ist nicht möglich (vgl. HessVGH, Urt. v. 12.01.1962 - OS IV 159/60); gleiches gilt auch für das Inkraftsetzen einer Satzung. Auch dafür ist ein ausdrücklicher Rechtssetzungsakt erforderlich.
Die Annahme eines „faktischen" Inkrafttretens einer Satzung widerspricht auch dem Grundsatz der Normenklarheit (vgl. dazu BVerfG, Beschl. v. 09.04.2003 - Az.: 1 BvL 1/01, 1 BvR 1794/01). Dieser Grundsatz ist auch durch den kommunalen Satzungsgeber zu beachten, so dass er sein Satzungsrecht derart gestalten muss, dass Betroffene sowohl

ihre Normunterworfenheit als auch die Rechtslage konkret erkennen können. Aus der Norm selbst muss sich klar und deutlich ergeben, welche Regelung getroffen wird und in welchem Umfang sie gelten soll. Diesen Anforderungen würde eine entsprechende Interpretation von § 2 der Aufhebungssatzung 2005 nicht genügen. Es ergibt sich aus dieser Bestimmung keine Klarheit darüber, inwieweit die StrRS 1992 wieder Geltung finden soll. Bezug genommen wird allein auf die Festsetzung der Beitragsverpflichtung. Inwieweit die restliche Satzung Anwendung finden soll, wird nicht erwähnt. Für Betroffene ist deshalb nicht ersichtlich, welche Regelungen überhaupt Anwendung finden sollen und welche nicht. Zudem bezieht sich § 2 Aufhebungssatzung 2005 allein auf das Jahr 2005 und kann allein von daher keine Regelung für andere Zeiträume entfalten. Auch der Wortlaut - die Bezeichnung als „Aufhebungssatzung" - spricht gegen ein Wiederaufleben der StrRS 1992. Aus diesem Wortlaut kann nicht geschlossen werden, dass die Aufhebung einer Satzung zugleich das - erneute - Inkraftsetzen einer aufgehobenen Satzung zum Inhalt haben soll.
Schließlich würde die Annahme eines „faktischen" Wiederauflebens der StrRS 1992 auch gegen § 3 Abs. 2 des Kommunalabgabengesetzes (KAG) verstoßen, der die rückwirkende Inkraftsetzung von Abgabensatzungen an bestimmte Voraussetzungen bindet. Nach § 3 Abs. 2 S. 1 KAG kann eine Abgabensatzung mit rückwirkender Kraft erlassen werden, wenn sie die eine gleiche oder eine gleichartige Abgabe regelnde Satzung ohne Rücksicht auf deren Rechtswirksamkeit ausdrücklich ersetzt. Eine solche ausdrückliche Ersetzung ist in § 2 der Aufhebungssatzung 2005 nicht enthalten. Auch unter diesem Gesichtspunkt kommt deshalb eine entsprechende Auslegung der Aufhebungssatzung 2005 nicht in Betracht.
Nach alledem ist festzustellen, dass es seit dem 01.01.2005 an einer satzungsrechtlichen Grundlage für die Erhebung von Straßenreinigungsgebühren im Stadtgebiet der Beklagten fehlt, so dass die ohne eine solche Grundlage ergangenen Gebührenbescheide rechtswidrig sind und aufgehoben werden müssen.
Als unterliegender Beteiligter hat die Beklagte gemäß § 154 Abs. 1 VwGO die Kosten des Verfahrens zu tragen.
Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 167 Abs. 1 VwGO, 708 Nr. 11, 711 ZPO.
Das erkennende Gericht ist, ebenso wie der Hessische Verwaltungsgerichtshof, bisher von der Wirksamkeit der von der Beklagten angewandten Straßenreinigungssatzung ausgegangen. Diese Auffassung wird vom Gericht nicht weiter vertreten. Wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache ist die Berufung zuzulassen.
Rechtsmittelbelehrung
Gegen dieses Urteil steht den Beteiligten die zugelassene Berufung zu. Sie ist innerhalb eines Monats nach Zustellung des vollständigen Urteils bei dem Verwaltungsgericht Frankfurt am Main Adalbertstraße 18 60486 Frankfurt am Main einzulegen. Die Berufung muss das angefochtene Urteil bezeichnen. Die Berufung ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung des vollständigen Urteils zu begründen. Die Begründung ist, sofern sie nicht zugleich mit der Einlegung der Berufung erfolgt, bei dem Hessischen Verwaltungsgerichtshof Brüder-Grimm-Platz 1-3. 34117 Kassel einzureichen. Sie muss einen bestimmten Antrag enthalten sowie die im Einzelnen anzuführenden Gründe der Anfechtung (Berufungsgründe).
Vor dem Hessischen Verwaltungsgerichtshof besteht gemäß § 67 Abs. 4 VwGO Vertretungszwang. Dies gilt auch für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren beim Hessischen Verwaltungsgerichtshof eingeleitet wird. Ein Beteiligter, der nach Maßgabe des

§ 67 Abs. 4 Sätze 3 und 5 VwGO zur Vertretung berechtigt ist, kann sich selbst vertreten.
Bei den hessischen Verwaltungsgerichten und dem Hessischen Verwaltungsgerichtshof können elektronische Dokumente nach Maßgabe der Verordnung der Landesregierung über den elektronischen Rechtsverkehr bei hessischen Gerichten und Staatsanwaltschaften vom 26. Oktober 2007 (GVBl. I, S. 699) eingereicht werden. Auf die Notwendigkeit der qualifizierten digitalen Signatur bei Dokumenten, die einem schriftlich zu unterzeichnenden Schriftstück gleichstehen, wird hingewiesen (§ 55a Abs. 1 Satz 3 VwGO).
beschluss
Der Wert des Streitgegenstandes wird auf 1.041,69 Euro festgesetzt.
Gründe
Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 52 Abs. 3 GKG.
Rechtsmittelbelehrung
Gegen die Streitwertfestsetzung steht den Beteiligten die Beschwerde zu, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 200 Euro übersteigt oder wenn sie das Gericht, das die angefochtene Entscheidung erlassen hat, in dem Beschluss zugelassen hat.
Die Beschwerde ist bei dem Verwaltungsgericht Frankfurt am Main Adalbertstraße 18 60486 Frankfurt am Main schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle einzulegen.
Sie ist nur innerhalb von sechs Monaten, nachdem die Entscheidung in der Hauptsache Rechtskraft erlangt oder das Verfahren sich anderweitig erledigt hat, zulässig.
Soweit der Streitwert später als einen Monat vor Ablauf dieser Frist festgesetzt wird, kann die Beschwerde noch innerhalb eines Monats nach Zustellung oder formloser Mitteilung des Festsetzungsbeschlusses eingelegt werden.
Anträge und Erklärungen können ohne Mitwirkung eines Bevollmächtigten schriftlich eingereicht oder zu Protokoll der Geschäftsstelle abgegeben werden, § 68 Abs. 1 Satz 5 i. V. m. § 66 Abs. 5 Satz 1 GKG.
Für die Bevollmächtigung gelten die Regelungen der für das zugrunde liegende Verfahren geltenden Verfahrensordnung entsprechend, § 68 Abs. 1 Satz 5 i. V. m. § 66 Abs. 5 Satz 2 GKG.
Bei den hessischen Verwaltungsgerichten und dem Hessischen Verwaltungsgerichtshof können elektronische Dokumente nach Maßgabe der Verordnung der Landesregierung über den elektronischen Rechtsverkehr bei hessischen Gerichten und Staatsanwaltschaften vom 26. Oktober 2007 (GVBl. I, S. 699) eingereicht werden. Auf die Notwendigkeit der qualifizierten digitalen Signatur bei Dokumenten, die einem schriftlich zu unterzeichnenden Schriftstück gleichstehen, wird hingewiesen (§ 55a Abs. 1 Satz 3 VwGO).
Zitiervorschlag:
VG Frankfurt a. M. Urt. v. 11.5.2011 – 6 K 513/10, BeckRS 2011, 50457

BeckRS 2011, 50456

VG Frankfurt a.M., Urteil vom 11.05.2011 - 6 K 510/10

Titel:
Straßenreinigungsgebühren, Hinterliegergrundstück, Rechtswidrigkeit, Abgabensatzung, Rechtsverletzung
Normenketten:
GG Art.3, 20 III
VwGO § 113 I 1

HessStrG § 10 V 1
HessKAG § 3 II
Rechtsgebiete:
Staats- und Verfassungsrecht, Verwaltungsverfahren und -prozess, Sonstiges besonderes Verwaltungsrecht
Schlagworte:
Straßenreinigungsgebühren, Hinterliegergrundstück, Rechtswidrigkeit, Abgabensatzung, Rechtsverletzung
ECLI:
ECLI:DE:VGFFM:2011:0511.6K510.10.0A
Rechtskraft:
rechtskräftig

Verwaltungsgericht Frankfurt am Main
Geschäftsnummer: 6 K 510/10.F
Im Namen des Volkes
Urteil
Verkündet am: 11.05.2011
L.S. H., Urkundsbeamter der Geschäftsstelle
In dem Verwaltungsstreitverfahren
1. der Frau A., A-Straße, A-Stadt
2. des Herrn A., A-Straße, A-Stadt
Kläger,
Proz.-Bev.: zu 1-2: Rechtsanwälte B., B-Straße, A-Stadt,
gegen
die Stadt F. ... ,
vertreten durch den Magistrat Rechtsamt,
Sandgasse 6, 60311 F. ... ,
- -
Beklagte,
wegen Straßenreinigungsgebühren
hat die 6. Kammer des Verwaltungsgerichts Frankfurt am Main durch Vors. Richter am VG Böhme als Berichterstatter aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 19. April 2011 für Recht erkannt:
Die Abgabenbescheide der Beklagten vom 25.06.2007 und der Widerspruchsbescheid vom 01.02.2010 werden aufgehoben.
Die Beklagte hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.
Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar.
Die Beklagte darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe der festzusetzenden Kosten abwenden, wenn die Kläger nicht zuvor Sicherheit in gleicher Höhe leisten.
Die Berufung wird zugelassen.
Tatbestand
Die Kläger sind Eigentümer der Liegenschaft A-Straße im Stadtgebiet der Beklagten. Bei dem Grundstück handelt es sich um ein sogenanntes „Hinterliegergrundstück".
Die Stadtverordnetenversammlung der Beklagten beschloss am 27.02.1992 die „Satzung über die Straßenreinigung in der Stadt F. ..." (StrRS 1992), in der sie in § 6 Abs. 1 als Bemessungsgrundlage für die Straßenreinigungsabgabe die Reinigungsfläche aller Straßen, durch die ein Grundstück erschlossen wird, festlegte. Die Reinigungsfläche einer

Straße war durch die Vervielfachung der Straßenfrontlänge des Grundstücks mit der halben Straßenbreite zu berechnen (Frontmetermaßstab).
Am 16.09.2004 beschloss die Beklagte eine neue Straßenreinigungssatzung (StrRS 2005), die einen von der Satzung aus dem Jahr 1992 abweichenden Maßstab für die Erhebung der Straßenreinigungsgebühren zum Inhalt hatte. § 20 StrRS 2005 lautet: „Die Satzung tritt am 1. Januar 2005 in Kraft. Mit dem gleichen Tag wird die Satzung über die Straßenreinigung in der Stadt F. ... vom 27. Februar 1992 außer Kraft gesetzt." Diese Satzung wurde am 09.11.2004 im Amtsblatt der Stadt F. ... bekannt gegeben.
Die Stadtverordnetenversammlung der Stadt F. ... beschloss am 12.05. und 13.10.2005 die „Satzung zur Aufhebung der Straßenreinigungssatzung" (Aufhebungssatzung 2005), die im Amtsblatt der Stadt F. ... vom 15.11.2005 bekannt gemacht wurde. Diese Satzung hat folgenden Wortlaut:
„§ 1
Die Satzung über die Straßenreinigung in der Stadt F. ... vom 16.09.2004 (Amtsblatt S. 1693) wird mit Wirkung zum 01.01.2005 aufgehoben.
§ 2
Die Festsetzung der sich nach der Satzung über die Straßenreinigung in der Stadt F. ... vom 27.02.1992 (Amtsblatt S. 195), zuletzt geändert durch Satzung vom 27.03.2003 (Amtsblatt S. 928) ergebende Gebühr ist für das Jahr 2005 auf den Betrag begrenzt, der nach der Satzung über die Straßenreinigung in der Stadt F. ... vom 16.09.2004 (Amtsblatt S. 1693) festgesetzt wurde oder - soweit eine Festsetzung der Straßenreinigungsgebühr für das Jahr 2005 noch nicht erfolgt ist - festzusetzen wäre."
Weitere Änderungssatzungen der Straßenreinigungssatzung in der Folgezeit sollten jeweils eine Änderung der Straßenreinigungssatzung von 1992 bewirken.
Mit Bescheiden vom 25.06.2007 zog die Beklagte die Kläger zu Straßenreinigungsgebühren für die Jahre 2003 bis 2007 heran. Die dagegen eingelegten Widersprüche der Kläger wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 01.02.2010, zugestellt am 09.02.2010, zurück.
Am 08.03.2010 haben die Kläger Klage erhoben. Sie vertreten die Auffassung, die Regelungen der von der Beklagten herangezogenen Straßenreinigungssatzung seien rechtswidrig. Insbesondere werde gegen Art. 3 GG verstoßen, weil Hinterlieger vergleichbarer Grundstücke an der A-Straße wesentlich geringere Reinigungsgebühren entrichten müssten.
Die Kläger beantragen,
die Abgabenbescheide der Beklagten vom 25.06.2007 und den Widerspruchsbescheid vom 01.02.2010 aufzuheben.
Die Beklagte beantragt,
die Klage abzuweisen.
Sie vertritt unter Bezugnahme auf den Beschluss des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs vom 27.09.2006 (Az.: 5 N 1086/06) die Auffassung, dass durch die Aufhebung der StrRS 2005 durch die Aufhebungssatzung 2005 die StrRS 1992 automatisch erneut in Kraft getreten sei. Die Bemessungsgrundlage für die Straßenreinigungsgebühr sei rechtmäßig und obergerichtlich bestätigt.
Wegen des Sach- und Streitstandes im Übrigen wird auf den Inhalt der Gerichtsakte sowie der beigezogenen und zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemachten Behördenakte der Beklagten (1 Ordner) Bezug genommen.
Die Beteiligten haben in der mündlichen Verhandlung vom 19.04.2011 ihr Einverständnis mit einer Entscheidung durch den Vorsitzenden als Berichterstatter anstelle der Kammer

erklärt.
Entscheidungsgründe
Die Entscheidung ergeht gemäß § 87 a Abs. 2 VwGO durch den Vorsitzenden anstelle der Kammer. Die Beteiligten haben dazu ihr Einverständnis erklärt.
Die zulässige Anfechtungsklage ist begründet, denn die angefochtenen Bescheide der Beklagten und der darauf bezügliche Widerspruchsbescheid sind rechtswidrig und verletzen die Kläger in ihren Rechten (§ 113 Abs. 1 S. 1 VwGO).
Die Rechtswidrigkeit der Bescheide folgt entgegen der Ansicht der Kläger allerdings nicht daraus, dass der Frontlängenmaßstab zur Bemessung der Straßenreinigungsgebühr rechtswidrig wäre.
Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, des HessVGH und des erkennenden Gerichts ist der Frontlängenmaßstab ein anerkannter und zulässiger Maßstab für die Bemessung von Straßenreinigungsgebühren. Die Anwendung dieses Maßstabes bedeutet zugleich, dass Hinterliegergrundstücke nach der „fiktiven" Frontlänge der Straßen zugewandten Seite des Grundstücks zu Straßenreinigungsgebühren heranzuziehen sind (vgl. HessVGH, Beschluss vom 20.02.1991, Az.: 5 N 478/88).
Dies kann allerdings dahinstehen, da die Heranziehung der Kläger zu Straßenreinigungsgebühren durch die angefochtenen Bescheide bereits deshalb rechtswidrig ist, weil es dafür an einer wirksamen Rechtsgrundlage fehlt. Die von der Beklagten als Rechtsgrundlage für die Gebührenbescheide herangezogene StrRS 1992 ist durch die StrRS 2005 aufgehoben worden, so dass sie keine Rechtsgrundlage für die Bescheide mehr darstellen kann. Eine Regelung in Form einer Satzung, nach der die StrRS 1992 wieder Anwendung finden würde, wurde durch den Satzungsgeber nicht getroffen.
Nach § 10 Abs. 5 S. 1 des Hessischen Straßengesetzes (HStrG) sind die Gemeinden berechtigt, durch Satzung die Verpflichtung zur Straßenreinigung ganz oder teilweise den Eigentümern oder Besitzern der durch öffentliche Straßen erschlossenen Grundstücke aufzuerlegen oder sie zu den entsprechenden Kosten heranzuziehen. Eine solche Satzung bestand in Form der Straßenreinigungssatzung der Stadt F. ... vom 27.02.1992. Diese Satzung trat jedoch zum 01.01.2005 durch § 20 S. 2 StrRS 2005 außer Kraft. Rechtliche Folge dieser Außerkraftsetzungsregelung ist, dass die StrRS ab dem 01.01.2005 ihre rechtliche Existenz verloren hat. Sie ist ab diesem Zeitpunkt weggefallen und konnte keinerlei Rechtswirkungen mehr entfalten. An die Stelle der StrRS 1992 trat ab dem 01.01.2005 die StrRS 2005, die wiederum durch die Aufhebungssatzung 2005 mit Wirkung zum 01.01.2005 aufgehoben wurde. Ein Beschluss über eine neue Straßenreinigungssatzung oder das wieder in Kraft treten der StrRS 1992 erfolgte nicht. Da nach dem Außerkraftsetzen sowohl der StrRS 1992 als auch der StrRS 2005 zum 01.01.2005 ein Satzungsbeschluss über das Inkrafttreten einer neuen Satzung oder das erneute Inkraftsetzen einer aufgehobenen Satzung nicht erfolgt ist, fehlt es seit dem 01.01.2005 an einer wirksamen Straßenreinigungssatzung in F. ... , so dass die im Folgenden Zeitraum ergangenen Bescheide über die Heranziehung zu Straßenreinigungsgebühren ohne rechtliche Grundlage ergangen sind und deshalb rechtswidrig sind.
Die von der Beklagten unter Bezugnahme auf die oben genannte Entscheidung des HessVGH vertretene Auffassung, durch die rückwirkende Aufhebung der StrRS 2005 sei ohne weiteres die zuvor aufgehobene StrRS 1992 wieder in Kraft getreten, vermag das Gericht nicht zu teilen. Eine solche Annahme ist mit rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht zu vereinbaren. Die Aufhebungssatzung 2005 wurde in den Sitzungen der Stadtverordnetenversammlung der Beklagten vom 12.05.2005 und 13.10.2005

beschlossen und am 07.11.2005 bekannt gemacht, also nach dem Zeitpunkt des Außerkrafttretens der StrRS 1992. Die Aufhebungssatzung konnte deshalb auf die außer Kraft getretene und rechtlich nicht mehr existente StrRS 1992 keine rechtliche Auswirkung mehr haben. Soweit der von der Beklagten vertretenen Auffassung die Annahme zugrunde liegt, die Aufhebung des § 20 S. 2 StrRS 2005, durch den die StrRS 1992 aufgehoben wurde, habe die Wirkung einer „Aufhebung der Aufhebung", also eine Rückgängigmachung der Aufhebung der StrRS 1992, wird damit verkannt, dass eine solche Rückgängigmachung einer Aufhebung unmöglich ist. Durch das außer Kraft treten der StrRS 1992 am 01.01.2005 hat sich die Regelung des § 20 S. 2 StrRS 2005, die StrRS 1992 außer Kraft zu setzen, umgesetzt und realisiert. Nach der Umsetzung dieser Regelung durch Außerkrafttreten der StrRS 1992 am 01.01.2005 hat § 20 S. 2 StrRS 2005 seinen Gegenstand und damit seinen Inhalt verloren. Die Bestimmung ist lediglich noch eine „leere Hülle", eine rechtliche Bedeutung kommt ihr nicht mehr zu. Die Aufhebung von § 20 S. 2 StrRS 2005 durch die Aufhebungssatzung 2005 hat deshalb keinerlei rechtliche Bedeutung mehr, sie geht ins Leere und stellt lediglich einen Akt der Rechtsbereinigung dar.
Die von der Beklagten vertretene Annahme findet in der Rechtssetzungslehre und der Gesetzgebungspraxis auch keinerlei Grundlage. Das für die Gesetzgebungspraxis des Bundes einschlägige „Handbuch der Rechtsförmlichkeit" des Bundesministeriums der Justiz (3. Auflage, Köln 2008) weist vielmehr ausdrücklich darauf hin, dass gesetzliche Änderungs- und Aufhebungsregelungen, die durch Inkrafttreten umgesetzt worden sind, keinen rechtlich bedeutsamen Inhalt mehr haben, und dass Änderungen oder Aufhebungen solcher Regelungen nach ihrer Umsetzung ins Leere gehen würden.
Allerdings ist der Hessische Verwaltungsgerichtshof in seinem bereits genannten Beschluss vom 27.09.2006 davon ausgegangen, dass die StrRS 1992 durch die Aufhebung der StrRS 2005 durch die Aufhebungssatzung 2005 wieder zur Geltung gelangt sei. Dieses erneute Wirksamwerden der StrRS 1992 sei eine rein „faktische Folge" der Aufhebung der Neuregelungssatzung. Dieser Fall sei zu vergleichen mit einem erfolgreichen neuen Normenkontrollantrag, durch den eine Satzungsregelung vom Normenkontrollgericht für unwirksam erklärt werde und deshalb die Vorgängerregelung erneut Geltung beanspruche.
Dieser Ansicht kann allerdings nicht gefolgt werden. Sie verkennt, aus den bereits genannten Gründen, dass die StrRS 1992 zum 01.01.2005 außer Kraft gesetzt wurde und ab diesem Zeitpunkt rechtlich nicht mehr existent war. Eine außer Kraft gesetzte Satzungsbestimmung kann nicht durch Aufhebung derjenigen Bestimmung, die sie außer Kraft gesetzt hat, nachträglich wieder aufleben, da sie zu diesem Zeitpunkt rechtlich nicht mehr existent ist. Eine nicht existente Regelung kann ohne Rechtssetzungsakt nicht wieder in Kraft treten. Darüber hinaus fehlt es der vom Hessischen VGH vertretenen Annahme an einer rechtlichen Begründung, wie die Aufhebung einer Satzung durch den Satzungsgeber als „rein faktische Folge" wieder zur Wirksamkeit einer bereits außer Kraft getretenen Satzung führen soll. Eine solche „rein faktische Folge" ist in der Gesetzgebungslehre und -praxis nicht bekannt. Nach Auffassung des Gerichts kann das - erneute - Wirksamwerden einer Satzung nicht „faktische Folge" eines Satzungsgebungsakts sein, das Wirksamwerden muss sich vielmehr als rechtliche Folge begründen lassen. Daran fehlt es.
Ein „faktisches" Inkrafttreten der aufgehobenen StrRS 1992 kann auch nicht durch eine entsprechende Auslegung des § 2 der Aufhebungssatzung 2005 begründet werden, dies würde gegen das Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG verstoßen. Die Annahme des „faktischen" Auflebens außer Kraft gesetzter Regelungen hätte zur Folge, dass stetige

Unsicherheit darüber bestünde, ob eine Regelung Geltung entfaltet oder nicht. Ein Zustand der völligen Rechtsunklarheit wäre die Folge.
Die Bezugnahme auf die StrRS 1992 in § 2 der Aufhebungssatzung 2005 kann deren Geltung nicht begründen. Zwar ist der Bezugnahme zu entnehmen, dass der Satzungsgeber den Wunsch hatte, die erneute Anwendung der StrRS 1992 herbeizuführen. Dies reicht allerdings zur Herbeiführung von Rechtswirkungen nicht aus. Die Aufhebung einer Satzung durch einfachen Beschluss oder Erklärung der Gemeinde, diese nicht mehr anwenden zu wollen, ist nicht möglich (vgl. HessVGH, Urt. v. 12.01.1962 - OS IV 159/60); gleiches gilt auch für das Inkraftsetzen einer Satzung. Auch dafür ist ein ausdrücklicher Rechtssetzungsakt erforderlich.
Die Annahme eines „faktischen" Inkrafttretens einer Satzung widerspricht auch dem Grundsatz der Normenklarheit (vgl. dazu BVerfG, Beschl. v. 09.04.2003 - Az.: 1 BvL 1/01, 1 BvR 1794/01). Dieser Grundsatz ist auch durch den kommunalen Satzungsgeber zu beachten, so dass er sein Satzungsrecht derart gestalten muss, dass Betroffene sowohl ihre Normunterworfenheit als auch die Rechtslage konkret erkennen können. Aus der Norm selbst muss sich klar und deutlich ergeben, welche Regelung getroffen wird und in welchem Umfang sie gelten soll. Diesen Anforderungen würde eine entsprechende Interpretation von § 2 der Aufhebungssatzung 2005 nicht genügen. Es ergibt sich aus dieser Bestimmung keine Klarheit darüber, inwieweit die StrRS 1992 wieder Geltung finden soll. Bezug genommen wird allein auf die Festsetzung der Beitragsverpflichtung. Inwieweit die restliche Satzung Anwendung finden soll, wird nicht erwähnt. Für Betroffene ist deshalb nicht ersichtlich, welche Regelungen überhaupt Anwendung finden sollen und welche nicht. Zudem bezieht sich § 2 Aufhebungssatzung 2005 allein auf das Jahr 2005 und kann allein von daher keine Regelung für andere Zeiträume entfalten. Auch der Wortlaut - die Bezeichnung als „Aufhebungssatzung" - spricht gegen ein Wiederaufleben der StrRS 1992. Aus diesem Wortlaut kann nicht geschlossen werden, dass die Aufhebung einer Satzung zugleich das - erneute - Inkraftsetzen einer aufgehobenen Satzung zum Inhalt haben soll.
Schließlich würde die Annahme eines „faktischen" Wiederauflebens der StrRS 1992 auch gegen § 3 Abs. 2 des Kommunalabgabengesetzes (KAG) verstoßen, der die rückwirkende Inkraftsetzung von Abgabensatzungen an bestimmte Voraussetzungen bindet. Nach § 3 Abs. 2 S. 1 KAG kann eine Abgabensatzung mit rückwirkender Kraft erlassen werden, wenn sie die eine gleiche oder eine gleichartige Abgabe regelnde Satzung ohne Rücksicht auf deren Rechtswirksamkeit ausdrücklich ersetzt. Eine solche ausdrückliche Ersetzung ist in § 2 der Aufhebungssatzung 2005 nicht enthalten. Auch unter diesem Gesichtspunkt kommt deshalb eine entsprechende Auslegung der Aufhebungssatzung 2005 nicht in Betracht.
Nach alledem ist festzustellen, dass es seit dem 01.01.2005 an einer satzungsrechtlichen Grundlage für die Erhebung von Straßenreinigungsgebühren im Stadtgebiet der Beklagten fehlt, so dass die ohne eine solche Grundlage ergangenen Gebührenbescheide rechtswidrig sind und aufgehoben werden müssen.
Als unterliegender Beteiligter hat die Beklagte gemäß § 154 Abs. 1 VwGO die Kosten des Verfahrens zu tragen.
Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 167 Abs. 1 VwGO, 708 Nr. 11, 711 ZPO.
Das erkennende Gericht ist, ebenso wie der Hessische Verwaltungsgerichtshof, bisher von der Wirksamkeit der von der Beklagten angewandten Straßenreinigungssatzung ausgegangen. Diese Auffassung wird vom Gericht nicht weiter vertreten. Wegen der

grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache ist die Berufung zuzulassen.
Rechtsmittelbelehrung
Gegen dieses Urteil steht den Beteiligten die zugelassene Berufung zu. Sie ist innerhalb eines Monats nach Zustellung des vollständigen Urteils bei dem Verwaltungsgericht Frankfurt am Main Adalbertstraße 18 60486 Frankfurt am Main einzulegen. Die Berufung muss das angefochtene Urteil bezeichnen. Die Berufung ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung des vollständigen Urteils zu begründen. Die Begründung ist, sofern sie nicht zugleich mit der Einlegung der Berufung erfolgt, bei dem Hessischen Verwaltungsgerichtshof Brüder-Grimm-Platz 1-3, 34117 Kassel einzureichen. Sie muss einen bestimmten Antrag enthalten sowie die im Einzelnen anzuführenden Gründe der Anfechtung (Berufungsgründe).
Vor dem Hessischen Verwaltungsgerichtshof besteht gemäß § 67 Abs. 4 VwGO Vertretungszwang. Dies gilt auch für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren beim Hessischen Verwaltungsgerichtshof eingeleitet wird. Ein Beteiligter, der nach Maßgabe des § 67 Abs. 4 Sätze 3 und 5 VwGO zur Vertretung berechtigt ist, kann sich selbst vertreten.
Bei den hessischen Verwaltungsgerichten und dem Hessischen Verwaltungsgerichtshof können elektronische Dokumente nach Maßgabe der Verordnung der Landesregierung über den elektronischen Rechtsverkehr bei hessischen Gerichten und Staatsanwaltschaften vom 26. Oktober 2007 (GVBl. I, S. 699) eingereicht werden. Auf die Notwendigkeit der qualifizierten digitalen Signatur bei Dokumenten, die einem schriftlich zu unterzeichnenden Schriftstück gleichstehen, wird hingewiesen (§ 55a Abs. 1 Satz 3 VwGO).
beschluss
Der Wert des Streitgegenstandes wird auf 1.118,38 Euro festgesetzt.
Gründe
Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 52 Abs. 3 GKG.
Rechtsmittelbelehrung
Gegen die Streitwertfestsetzung steht den Beteiligten die Beschwerde zu, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 200 Euro übersteigt oder wenn sie das Gericht, das die angefochtene Entscheidung erlassen hat, in dem Beschluss zugelassen hat.
Die Beschwerde ist bei dem Verwaltungsgericht Frankfurt am Main Adalbertstraße 18 60486 Frankfurt am Main schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle einzulegen.
Sie ist nur innerhalb von sechs Monaten, nachdem die Entscheidung in der Hauptsache Rechtskraft erlangt oder das Verfahren sich anderweitig erledigt hat, zulässig.
Soweit der Streitwert später als einen Monat vor Ablauf dieser Frist festgesetzt wird, kann die Beschwerde noch innerhalb eines Monats nach Zustellung oder formloser Mitteilung des Festsetzungsbeschlusses eingelegt werden.
Anträge und Erklärungen können ohne Mitwirkung eines Bevollmächtigten schriftlich eingereicht oder zu Protokoll der Geschäftsstelle abgegeben werden, § 68 Abs. 1 Satz 5 i. V. m. § 66 Abs. 5 Satz 1 GKG.
Für die Bevollmächtigung gelten die Regelungen der für das zugrunde liegende Verfahren geltenden Verfahrensordnung entsprechend, § 68 Abs. 1 Satz 5 i. V. m. § 66 Abs. 5 Satz 2 GKG.
Bei den hessischen Verwaltungsgerichten und dem Hessischen Verwaltungsgerichtshof können elektronische Dokumente nach Maßgabe der Verordnung der Landesregierung über den elektronischen Rechtsverkehr bei hessischen Gerichten und Staatsanwaltschaften vom 26. Oktober 2007 (GVBl. I, S. 699) eingereicht werden. Auf die Notwendigkeit der

qualifizierten digitalen Signatur bei Dokumenten, die einem schriftlich zu unterzeichnenden Schriftstück gleichstehen, wird hingewiesen (§ 55a Abs. 1 Satz 3 VwGO).
Zitiervorschlag:
VG Frankfurt a. M. Urt. v. 11.5.2011 – 6 K 510/10, BeckRS 2011, 50456

BeckRS 2011, 50455

VG Frankfurt a.M., Urteil vom 11.05.2011 - 6 K 3753/09.F

Titel:
Straßenreinigungsgebühr, Abgabenbescheid, Aufhebungssatzung, Grundsatz der Normenklarheit
Normenkette:
HessKAG § 3 II
Rechtsgebiete:
Verwaltungsverfahren und -prozess, Kommunalrecht, Sonstiges besonderes Verwaltungsrecht
Schlagworte:
Straßenreinigungsgebühr, Abgabenbescheid, Aufhebungssatzung, Grundsatz der Normenklarheit
ECLI:
ECLI:DE:VGFFM:2011:0511.6K3753.09.0A
Rechtskraft:
rechtskräftig

Verwaltungsgericht Frankfurt am Main
Geschäftsnummer: 6 K 3753/09.F
Im Namen des Volkes
Urteil
Verkündet am: 11.05.2011
L. S. H., Urkundsbeamter der Geschäftsstelle
In dem Verwaltungsstreitverfahren
1. der Frau A., A-Straße, A-Stadt
2. des Herrn A., A-Straße, A-Stadt
Kläger,
gegen
die Stadt ..., vertreten durch den Magistrat, Rechtsamt, S.-gasse ..., F. ...
Beklagte,
wegen Straßen- und Wegerecht
hat die 6. Kammer des Verwaltungsgerichts Frankfurt am Main durch Vors. Richter am VG Böhme als Berichterstatter aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 19. April 2011 für Recht erkannt:
Die Bescheide der Beklagten vom 25.11.2005, 16.01.2006, 22.01.2007, 14.01.2008 und 12.01.2009, soweit sie Gebühren für die Straßenreinigung zum Inhalt haben, und der Widerspruchsbescheid vom 30.10.2009 werden aufgehoben.
Die Beklagte hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.
Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar.
Die Beklagte darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe der festzusetzenden

Kosten abwenden, wenn die Kläger nicht zuvor Sicherheit in gleicher Höhe leisten
Die Berufung wird zugelassen.
Tatbestand
Die Kläger sind Eigentümer des im Stadtgebiet der Beklagten liegenden Hausgrundstücks „A-Straße". Bei dem Grundstück handelt es sich um ein Eckgrundstück, dass sowohl von der Straße „A-Straße" als auch von der Straße „B-Straße" erschlossen ist.
Die Stadtverordnetenversammlung der Beklagten beschloss am 27.02.1992 die „Satzung über die Straßenreinigung in der Stadt F. ..." (StrRS 1992), in der sie in § 6 Abs. 1 als Bemessungsgrundlage für die Straßenreinigungsabgabe die Reinigungsfläche aller Straßen, durch die ein Grundstück erschlossen wird, festlegte. Die Reinigungsfläche einer Straße war durch die Vervielfachung der Straßenfrontlänge des Grundstücks mit der halben Straßenbreite zu berechnen (Frontmetermaßstab).
Am 16.09.2004 beschloss die Beklagte eine neue Straßenreinigungssatzung (StrRS 2005), die einen von der Satzung aus dem Jahr 1992 abweichenden Maßstab für die Erhebung der Straßenreinigungsgebühren zum Inhalt hatte. § 20 StrRS 2005 lautet: „Die Satzung tritt am 1. Januar 2005 in Kraft. Mit dem gleichen Tag wird die Satzung über die Straßenreinigung in der Stadt F. ... vom 27. Februar 1992 außer Kraft gesetzt." Diese Satzung wurde am 09.11.2004 im Amtsblatt der Stadt F. ... bekannt gegeben.
Auf der Grundlage der StrRS 2005 erließ die Beklagte am 16.02.2005 gegenüber den Klägern einen Abgabenbescheid, der die Gebühren für die Straßenreinigung für das Jahr 2005 auf ... Euro festlegte. Gegen diesen Bescheid legten die Kläger Widerspruch ein.
Die Stadtverordnetenversammlung der Stadt F. ... beschloss am 12.05. und 13.10.2005 die „Satzung zur Aufhebung der Straßenreinigungssatzung" (Aufhebungssatzung 2005), die im Amtsblatt der Stadt F. ... vom 15.11.2005 bekannt gemacht wurde. Diese Satzung hat folgenden Wortlaut:
„§ 1
Die Satzung über die Straßenreinigung in der Stadt F. ... vom 16.09.2004 (Amtsblatt S. 1693) wird mit Wirkung zum 01.01.2005 aufgehoben.
§ 2
Die Festsetzung der sich nach der Satzung über die Straßenreinigung in der Stadt F. ... vom 27.02.1992 (Amtsblatt S. 195), zuletzt geändert durch Satzung vom 27.03.2003 (Amtsblatt S. 928) ergebende Gebühr ist für das Jahr 2005 auf den Betrag begrenzt, der nach der Satzung über die Straßenreinigung in der Stadt F. ... vom 16.09.2004 (Amtsblatt S. 1693) festgesetzt wurde oder - soweit eine Festsetzung der Straßenreinigungsgebühr für das Jahr 2005 noch nicht erfolgt ist - festzusetzen wäre."
Weitere Änderungssatzungen der Straßenreinigungssatzung in der Folgezeit sollten jeweils eine Änderung der Straßenreinigungssatzung von 1992 bewirken.
Die Beklagte erließ am 25.11.2005 gegenüber den Klägern einen Bescheid über die Straßenreinigungsgebühr für das Jahr 2005, in dem sie den Bescheid vom 16.02.2005 ersetzte und die Straßenreinigungsgebühr für das Jahr 2005 nach Maßgabe des § 6 Abs. 1 StrRS 1992 auf ... Euro festsetzte. Gegen diesen Bescheid legten die Kläger Widerspruch ein. Unter dem 16.01.2006, 22.01.2007, 14.01.2008 und 12.01.2009 erließ die Beklagte jeweils weitere Gebührenbescheide für die Straßenreinigung in Höhe von jeweils ... Euro auf der Grundlage des § 6 Abs. 1 StrRS 1992, wogegen die Kläger jeweils Widerspruch einlegten. Mit Widerspruchsbescheid vom 30.10.2009 wies die Beklagte diese Widersprüche zurück.
Am 16.01.2009 haben die Kläger Klage erhoben. Sie vertreten die Auffassung, die Regelungen der von der Beklagten herangezogenen Straßenreinigungssatzung seien

rechtswidrig. Die Höhe der festgesetzten Straßenreinigungsgebühren seien in ihrem Fall unverhältnismäßig, da ihr Grundstück über atypische Maße verfüge; durch die doppelte Erschließung führe die Gebührenhöhe im Vergleich zu Grundstücken mit ähnlicher Größe zu einer mit Artikel 3 GG nicht vereinbaren Ungleichbehandlung. Der Frontlängenmaßstab sei rechtswidrig, da er weder die Grundstücksgröße noch das Maß der Grundstücksnutzung berücksichtige. Darüber hinaus sei die Vergabe der Straßenreinigung an die FES GmbH im Stadtgebiet der Beklagten wettbewerbswidrig erfolgt. Schließlich sei die Höhe des Wagnisses von 5,5%, wie es der FES zugestanden worden sei, zu hoch und nicht gebührenfähig, da die Beklagte und nicht die FES GmbH das Gebührenausfallrisiko trage.
Die Kläger beantragen,
die Bescheide der Beklagten vom 25.11.2005, 16.01.2006, 22.01.2007, 14.01.2008 und 12.01.2009, soweit sie Gebühren für die Straßenreinigung zum Inhalt haben, und den Widerspruchsbescheid vom 30.10.2009 aufzuheben.
Die Beklagte beantragt,
die Klage abzuweisen.
Sie vertritt unter Bezugnahme auf den Beschluss des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs vom 27.09.2006 (Az.: 5 N 1086/06) die Auffassung, dass durch die Aufhebung der StrRS 2005 durch die Aufhebungssatzung 2005 die StrRS 1992 automatisch erneut in Kraft getreten sei. Die Bemessungsgrundlage für die Straßenreinigungsgebühr sei rechtmäßig und obergerichtlich bestätigt.
Wegen des Sach- und Streitstandes im Übrigen wird auf den Inhalt der Gerichtsakte sowie der beigezogenen und zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemachten Behördenakte der Beklagten (1 Ordner) Bezug genommen.
Die Beteiligten haben in der mündlichen Verhandlung vom 19.04.2011 ihr Einverständnis mit einer Entscheidung durch den Vorsitzenden als Berichterstatter anstelle der Kammer erklärt.
Entscheidungsgründe
Die Entscheidung ergeht gemäß § 87 a Abs. 2 VwGO durch den Vorsitzenden anstelle der Kammer. Die Beteiligten haben dazu ihr Einverständnis erklärt.
Die zulässige Anfechtungsklage ist begründet, denn die angefochtenen Bescheide der Beklagten und der darauf bezügliche Widerspruchsbescheid sind rechtswidrig und verletzen die Kläger in ihren Rechten (§ 113 Abs. 1 S. 1 VwGO).
Die Rechtswidrigkeit der Bescheide folgt entgegen der Ansicht der Kläger allerdings nicht daraus, dass der Frontlängenmaßstab zur Bemessung der Straßenreinigungsgebühr rechtswidrig wäre. Sowohl der Quadratwurzel- als auch der Frontlängenmaßstab sind anerkannte und zulässige Maßstabe für die Bemessung von Straßenreinigungsgebühren (vgl. z. B. BVerwG, Beschl. v. 15.03.2002 - Az.: 9 B 16/02; BVerwG, Beschl. v. 09.12.1993 - Az.: 8 NB 5/93; HessVGH, Beschl. v. 10.06.1998 - Az.: 5 N 2795/94).
Darüber hinaus hätte auch die Rüge der Kläger im Hinblick auf die Übertragung der Straßenreinigung auf die FES GmbH ohne öffentliche Ausschreibung vermutlich keinen rechtlichen Erfolg gehabt. Zum Zeitpunkt der Übertragung befand sich die FES GmbH noch in städtischer Trägerschaft. Darüber hinaus entfalten sowohl die Gemeindehaushaltsverordnung - Doppik als auch das Vergaberecht grundsätzlich keinen allgemeinen Drittschutz, sondern regelmäßig nur Schutzwirkungen gegenüber betroffenen Konkurrenten, wozu die Kläger ganz offensichtlich nicht gehören. Auch die Höhe des Wagniszuschlages von 5,5% erscheint nicht von vornherein rechtswidrig.
All dies kann allerdings dahinstehen, da die Heranziehung der Kläger zu

Straßenreinigungsgebühren durch die angefochtenen Bescheide bereits deshalb rechtswidrig ist, weil es dafür an einer wirksamen Rechtsgrundlage fehlt. Die von der Beklagten als Rechtsgrundlage für die Gebührenbescheide herangezogene StrRS 1992 ist durch die StrRS 2005 aufgehoben worden, so dass sie keine Rechtsgrundlage für die Bescheide mehr darstellen kann. Eine Regelung in Form einer Satzung, nach der die StrRS 1992 wieder Anwendung finden würde, wurde durch den Satzungsgeber nicht getroffen. Nach § 10 Abs. 5 S. 1 des Hessischen Straßengesetzes (HStrG) sind die Gemeinden berechtigt, durch Satzung die Verpflichtung zur Straßenreinigung ganz oder teilweise den Eigentümern oder Besitzern der durch öffentliche Straßen erschlossenen Grundstücke aufzuerlegen oder sie zu den entsprechenden Kosten heranzuziehen. Eine solche Satzung bestand in Form der Straßenreinigungssatzung der Stadt F. ... vom 27.02.1992. Diese Satzung trat jedoch zum 01.01.2005 durch § 20 S. 2 StrRS 2005 außer Kraft. Rechtliche Folge dieser Außerkraftsetzungsregelung ist, dass die StrRS ab dem 01.01.2005 ihre rechtliche Existenz verloren hat. Sie ist ab diesem Zeitpunkt weggefallen und konnte keinerlei Rechtswirkungen mehr entfalten. An die Stelle der StrRS 1992 trat ab dem 01.01.2005 die StrRS 2005, die wiederum durch die Aufhebungssatzung 2005 mit Wirkung zum 01.01.2005 aufgehoben wurde. Ein Beschluss über eine neue Straßenreinigungssatzung oder das wieder in Kraft treten der StrRS 1992 erfolgte nicht. Da nach dem Außerkraftsetzen sowohl der StrRS 1992 als auch der StrRS 2005 zum 01.01.2005 ein Satzungsbeschluss über das Inkrafttreten einer neuen Satzung oder das erneute Inkraftsetzen einer aufgehobenen Satzung nicht erfolgt ist, fehlt es seit dem 01.01.2005 an einer wirksamen Straßenreinigungssatzung in F. .., so dass die im folgenden Zeitraum ergangenen Bescheide über die Heranziehung zu Straßenreinigungsgebühren ohne rechtliche Grundlage ergangen sind und deshalb rechtswidrig sind.
Die von der Beklagten unter Bezugnahme auf die oben genannte Entscheidung des HessVGH vertretene Auffassung, durch die rückwirkende Aufhebung der StrRS 2005 sei ohne weiteres die zuvor aufgehobene StrRS 1992 wieder in Kraft getreten, vermag das Gericht nicht zu teilen. Eine solche Annahme ist mit rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht zu vereinbaren. Die Aufhebungssatzung 2005 wurde in den Sitzungen der Stadtverordnetenversammlung der Beklagten vom 12.05.2005 und 13.10.2005 beschlossen und am 07.11.2005 bekannt gemacht, also nach dem Zeitpunkt des Außerkrafttretens der StrRS 1992. Die Aufhebungssatzung konnte deshalb auf die außer Kraft getretene und rechtlich nicht mehr existente StrRS 1992 keine rechtliche Auswirkung mehr haben. Soweit der von der Beklagten vertretenen Auffassung die Annahme zugrunde liegt, die Aufhebung des § 20 S. 2 StrRS 2005, durch den die StrRS 1992 aufgehoben wurde, habe die Wirkung einer „Aufhebung der Aufhebung", also eine Rückgängigmachung der Aufhebung der StrRS 1992, wird damit verkannt, dass eine solche Rückgängigmachung einer Aufhebung unmöglich ist. Durch das außer Kraft treten der StrRS 1992 am 01.01.2005 hat sich die Regelung des § 20 S. 2 StrRS 2005, die StrRS 1992 außer Kraft zu setzen, umgesetzt und realisiert. Nach der Umsetzung dieser Regelung durch Außerkrafttreten der StrRS 1992 am 01.01.2005 hat § 20 S. 2 StrRS 2005 seinen Gegenstand und damit seinen Inhalt verloren. Die Bestimmung ist lediglich noch eine „leere Hülle", eine rechtliche Bedeutung kommt ihr nicht mehr zu. Die Aufhebung von § 20 S. 2 StrRS 2005 durch die Aufhebungssatzung 2005 hat deshalb keinerlei rechtliche Bedeutung mehr, sie geht ins Leere und stellt lediglich einen Akt der Rechtsbereinigung dar.
Die von der Beklagten vertretene Annahme findet in der Rechtssetzungslehre und der

Gesetzgebungspraxis auch keinerlei Grundlage. Das für die Gesetzgebungspraxis des Bundes einschlägige „Handbuch der Rechtsförmlichkeit" des Bundesministeriums der Justiz (3. Auflage, Köln 2008) weist vielmehr ausdrücklich darauf hin, dass gesetzliche Änderungs- und Aufhebungsregelungen, die durch Inkrafttreten umgesetzt worden sind, keinen rechtlich bedeutsamen Inhalt mehr haben, und dass Änderungen oder Aufhebungen solcher Regelungen nach ihrer Umsetzung ins Leere gehen würden.
Allerdings ist der Hessische Verwaltungsgerichtshof in seinem bereits genannten Beschluss vom 27.09.2006 davon ausgegangen, dass die StrRS 1992 durch die Aufhebung der StrRS 2005 durch die Aufhebungssatzung 2005 wieder zur Geltung gelangt sei. Dieses erneute Wirksamwerden der StrRS 1992 sei eine rein „faktische Folge" der Aufhebung der Neuregelungssatzung. Dieser Fall sei zu vergleichen mit einem erfolgreichen neuen Normenkontrollantrag, durch den eine Satzungsregelung vom Normenkontrollgericht für unwirksam erklärt werde und deshalb die Vorgängerregelung erneut Geltung beanspruche.
Dieser Ansicht kann allerdings nicht gefolgt werden. Sie verkennt, aus den bereits genannten Gründen, dass die StrRS 1992 zum 01.01.2005 außer Kraft gesetzt wurde und ab diesem Zeitpunkt rechtlich nicht mehr existent war. Eine außer Kraft gesetzte Satzungsbestimmung kann nicht durch Aufhebung derjenigen Bestimmung, die sie außer Kraft gesetzt hat, nachträglich wieder aufleben, da sie zu diesem Zeitpunkt rechtlich nicht mehr existent ist. Eine nicht existente Regelung kann ohne Rechtssetzungsakt nicht wieder in Kraft treten. Darüber hinaus fehlt es der vom Hessischen VGH vertretenen Annahme an einer rechtlichen Begründung, wie die Aufhebung einer Satzung durch den Satzungsgeber als „rein faktische Folge" wieder zur Wirksamkeit einer bereits außer Kraft getretenen Satzung führen soll. Eine solche „rein faktische Folge" ist in der Gesetzgebungslehre und -praxis nicht bekannt. Nach Auffassung des Gerichts kann das - erneute - Wirksamwerden einer Satzung nicht „faktische Folge" eines Satzungsgebungsakts sein, das Wirksamwerden muss sich vielmehr als rechtliche Folge begründen lassen. Daran fehlt es.
Ein „faktisches" Inkrafttreten der aufgehobenen StrRS 1992 kann auch nicht durch eine entsprechende Auslegung des § 2 der Aufhebungssatzung 2005 begründet werden, dies würde gegen das Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG verstoßen. Die Annahme des „faktischen" Auflebens außer Kraft gesetzter Regelungen hätte zur Folge, dass stetige Unsicherheit darüber bestünde, ob eine Regelung Geltung entfaltet oder nicht. Ein Zustand der völligen Rechtsunklarheit wäre die Folge.
Die Bezugnahme auf die StrRS 1992 in § 2 der Aufhebungssatzung 2005 kann deren Geltung nicht begründen. Zwar ist der Bezugnahme zu entnehmen, dass der Satzungsgeber den Wunsch hatte, die erneute Anwendung der StrRS 1992 herbeizuführen. Dies reicht allerdings zur Herbeiführung von Rechtswirkungen nicht aus. Die Aufhebung einer Satzung durch einfachen Beschluss oder Erklärung der Gemeinde, diese nicht mehr anwenden zu wollen, ist nicht möglich (vgl. HessVGH, Urt. v. 12.01.1962 - OS IV 159/60); gleiches gilt auch für das Inkraftsetzen einer Satzung. Auch dafür ist ein ausdrücklicher Rechtssetzungsakt erforderlich.
Die Annahme eines „faktischen" Inkrafttretens einer Satzung widerspricht auch dem Grundsatz der Normenklarheit (vgl. dazu BVerfG, Beschl. v. 09.04.2003 - Az.: 1 BvL 1/01, 1 BvR 1794/01). Dieser Grundsatz ist auch durch den kommunalen Satzungsgeber zu beachten, so dass er sein Satzungsrecht derart gestalten muss, dass Betroffene sowohl ihre Normunterworfenheit als auch die Rechtslage konkret erkennen können. Aus der Norm selbst muss sich klar und deutlich ergeben, welche Regelung getroffen wird und in welchem Umfang sie gelten soll. Diesen Anforderungen würde eine entsprechende

Interpretation von § 2 der Aufhebungssatzung 2005 nicht genügen. Es ergibt sich aus dieser Bestimmung keine Klarheit darüber, inwieweit die StrRS 1992 wieder Geltung finden soll. Bezug genommen wird allein auf die Festsetzung der Beitragsverpflichtung. Inwieweit die restliche Satzung Anwendung finden soll, wird nicht erwähnt. Für Betroffene ist deshalb nicht ersichtlich, welche Regelungen überhaupt Anwendung finden sollen und welche nicht. Zudem bezieht sich § 2 Aufhebungssatzung 2005 allein auf das Jahr 2005 und kann allein von daher keine Regelung für andere Zeiträume entfalten. Auch der Wortlaut - die Bezeichnung als „Aufhebungssatzung" - spricht gegen ein Wiederaufleben der StrRS 1992. Aus diesem Wortlaut kann nicht geschlossen werden, dass die Aufhebung einer Satzung zugleich das - erneute - Inkraftsetzen einer aufgehobenen Satzung zum Inhalt haben soll.
Schließlich würde die Annahme eines „faktischen" Wiederauflebens der StrRS 1992 auch gegen § 3 Abs. 2 des Kommunalabgabengesetzes (KAG) verstoßen, der die rückwirkende Inkraftsetzung von Abgabensatzungen an bestimmte Voraussetzungen bindet. Nach § 3 Abs. 2 S. 1 KAG kann eine Abgabensatzung mit rückwirkender Kraft erlassen werden, wenn sie die eine gleiche oder eine gleichartige Abgabe regelnde Satzung ohne Rücksicht auf deren Rechtswirksamkeit ausdrücklich ersetzt. Eine solche ausdrückliche Ersetzung ist in § 2 der Aufhebungssatzung 2005 nicht enthalten. Auch unter diesem Gesichtspunkt kommt deshalb eine entsprechende Auslegung der Aufhebungssatzung 2005 nicht in Betracht.
Nach alledem ist festzustellen, dass es seit dem 01.01.2005 an einer satzungsrechtlichen Grundlage für die Erhebung von Straßenreinigungsgebühren im Stadtgebiet der Beklagten fehlt, so dass die ohne eine solche Grundlage ergangenen Gebührenbescheide rechtswidrig sind und aufgehoben werden müssen.
Als unterliegender Beteiligter hat die Beklagte gemäß § 154 Abs. 1 VwGO die Kosten des Verfahrens zu tragen.
Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 167 Abs. 1 VwGO, 708 Nr. 11, 711 ZPO.
Das erkennende Gericht ist, ebenso wie der Hessische Verwaltungsgerichtshof, bisher von der Wirksamkeit der von der Beklagten angewandten Straßenreinigungssatzung ausgegangen. Diese Auffassung wird vom Gericht nicht weiter vertreten. Wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache ist die Berufung zuzulassen.
Rechtsmittelbelehrung
Gegen dieses Urteil steht den Beteiligten die zugelassene Berufung zu. Sie ist innerhalb eines Monats nach Zustellung des vollständigen Urteils bei dem Verwaltungsgericht Frankfurt am Main Adalbertstraße 18 60486 Frankfurt am Main einzulegen. Die Berufung muss das angefochtene Urteil bezeichnen. Die Berufung ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung des vollständigen Urteils zu begründen. Die Begründung ist, sofern sie nicht zugleich mit der Einlegung der Berufung erfolgt, bei dem Hessischen Verwaltungsgerichtshof Brüder-Grimm-Platz 1-3, 34117 Kassel einzureichen. Sie muss einen bestimmten Antrag enthalten sowie die im Einzelnen anzuführenden Gründe der Anfechtung (Berufungsgründe).
Vor dem Hessischen Verwaltungsgerichtshof besteht gemäß § 67 Abs. 4 VwGO Vertretungszwang. Dies gilt auch für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren beim Hessischen Verwaltungsgerichtshof eingeleitet wird. Ein Beteiligter, der nach Maßgabe des § 67 Abs. 4 Sätze 3 und 5 VwGO zur Vertretung berechtigt ist, kann sich selbst vertreten. Bei den hessischen Verwaltungsgerichten und dem Hessischen Verwaltungsgerichtshof können elektronische Dokumente nach Maßgabe der Verordnung der Landesregierung

über den elektronischen Rechtsverkehr bei hessischen Gerichten und Staatsanwaltschaften vom 26. Oktober 2007 (GVBl. I, S. 699) eingereicht werden. Auf die Notwendigkeit der qualifizierten digitalen Signatur bei Dokumenten, die einem schriftlich zu unterzeichnenden Schriftstück gleichstehen, wird hingewiesen (§ 55a Abs. 1 Satz 3 VwGO).
beschluss
Der Wert des Streitgegenstandes wird auf 2.328,15 Euro festgesetzt.
Gründe
Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 52 Abs. 3 GKG.
Rechtsmittelbelehrung
Gegen die Streitwertfestsetzung steht den Beteiligten die Beschwerde zu, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 200 Euro übersteigt oder wenn sie das Gericht, das die angefochtene Entscheidung erlassen hat, in dem Beschluss zugelassen hat.
Die Beschwerde ist bei dem Verwaltungsgericht Frankfurt am Main Adalbertstraße 18 60486 Frankfurt am Main schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle einzulegen.
Sie ist nur innerhalb von sechs Monaten, nachdem die Entscheidung in der Hauptsache Rechtskraft erlangt oder das Verfahren sich anderweitig erledigt hat, zulässig.
Soweit der Streitwert später als einen Monat vor Ablauf dieser Frist festgesetzt wird, kann die Beschwerde noch innerhalb eines Monats nach Zustellung oder formloser Mitteilung des Festsetzungsbeschlusses eingelegt werden.
Anträge und Erklärungen können ohne Mitwirkung eines Bevollmächtigten schriftlich eingereicht oder zu Protokoll der Geschäftsstelle abgegeben werden, § 68 Abs. 1 Satz 5 i. V. m. § 66 Abs. 5 Satz 1 GKG.
Für die Bevollmächtigung gelten die Regelungen der für das zugrunde liegende Verfahren geltenden Verfahrensordnung entsprechend, § 68 Abs. 1 Satz 5 i. V. m. § 66 Abs. 5 Satz 2 GKG.
Bei den hessischen Verwaltungsgerichten und dem Hessischen Verwaltungsgerichtshof können elektronische Dokumente nach Maßgabe der Verordnung der Landesregierung über den elektronischen Rechtsverkehr bei hessischen Gerichten und Staatsanwaltschaften vom 26. Oktober 2007 (GVBl. I, S. 699) eingereicht werden. Auf die Notwendigkeit der qualifizierten digitalen Signatur bei Dokumenten, die einem schriftlich zu unterzeichnenden Schriftstück gleichstehen, wird hingewiesen (§ 55a Abs. 1 Satz 3 VwGO).
Zitiervorschlag:
VG Frankfurt a. M. Urt. v. 11.5.2011 – 6 K 3753/09, BeckRS 2011, 50455

BeckRS 2011, 54088

VG Frankfurt a.M., Urteil vom 19.04.2011 - 6 K 510/10.F

Titel:
Aufhebung von Straßenreinigungsgebührenbescheiden wegen Unwirksamkeit der zugrunde gelegten Satzung
Normenketten:
HessStrG § 10 V
HessKAG § 3 II
GG Art. 20 III
Amtlicher Leitsatz:
1. Eine aufgehobene Straßenreinigungssatzung tritt nur dann wieder in Kraft,

wenn der Satzungsgeber eine Satzungsbestimmung beschließt, die das Inkraftsetzen bestimmt. Die Aufhebung einer Straßenreinigungssatzung führt nicht dazu, dass als "faktische Folge" der Aufhebung ohne weiteres die außer Kraft getretene Vorgängersatzung wieder wirksam wird. Die Aufhebung einer Satzungsbestimmung, durch die eine Satzung außer Kraft gesetzt wird, führt nicht zum erneuten Wirksamwerden der außer Kraft getretenen Satzung, sondern stellt lediglich einen Akt der Rechtsbereinigung dar. (amtlicher Leitsatz)

Rechtsgebiete:

Kommunalrecht, Verwaltungsverfahren und -prozess, Staats- und Verfassungsrecht, Sonstiges besonderes Verwaltungsrecht

Schlagworte:

Aufhebung, Straßenreinigungsgebührenbescheide, Unwirksamkeit, Satzung

ECLI:

ECLI:DE:VGFFM:2011:0419.6K510.10.0A

Rechtskraft:

rechtskräftig

Leitsatz:
Die Abgabenbescheide der Beklagten vom 25.06.2007 und der Widerspruchsbescheid vom 01.02.2010 werden aufgehoben.
Die Beklagte hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.
Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar.
Die Beklagte darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe der festzusetzenden Kosten abwenden, wenn die Kläger nicht zuvor Sicherheit in gleicher Höhe leisten.
Die Berufung wird zugelassen.
Die Kläger sind Eigentümer der Liegenschaft A-Straße im Stadtgebiet der Beklagten. Bei dem Grundstück handelt es sich um ein sogenanntes Hinterliegergrundstück.
Die Stadtverordnetenversammlung der Beklagten beschloss am 27.02.1992 die Satzung über die Straßenreinigung in der Stadt F. ... (StrRS 1992), in der sie in § 6 Abs. 1 als Bemessungsgrundlage für die Straßenreinigungsabgabe die Reinigungsfläche aller Straßen, durch die ein Grundstück erschlossen wird, festlegte. Die Reinigungsfläche einer Straße war durch die Vervielfachung der Straßenfrontlänge des Grundstücks mit der halben Straßenbreite zu berechnen (Frontmetermaßstab).
Am 16.09.2004 beschloss die Beklagte eine neue Straßenreinigungssatzung (StrRS 2005), die einen von der Satzung aus dem Jahr 1992 abweichenden Maßstab für die Erhebung der Straßenreinigungsgebühren zum Inhalt hatte. § 20 StrRS 2005 lautet: Die Satzung tritt am 1. Januar 2005 in Kraft. Mit dem gleichen Tag wird die Satzung über die Straßenreinigung in der Stadt F. ... vom 27. Februar 1992 außer Kraft gesetzt. Diese Satzung wurde am 09.11.2004 im Amtsblatt der Stadt F. ... bekannt gegeben.
Die Stadtverordnetenversammlung der Stadt F. ... beschloss am 12.05. und 13.10.2005 die Satzung zur Aufhebung der Straßenreinigungssatzung (Aufhebungssatzung 2005), die im Amtsblatt der Stadt F. ... vom 15.11.2005 bekannt gemacht wurde. Diese Satzung hat folgenden Wortlaut:
§ 1
Die Satzung über die Straßenreinigung in der Stadt F. ... vom 16.09.2004 (Amtsblatt S. 1693) wird mit Wirkung zum 01.01.2005 aufgehoben.
§2

Die Festsetzung der sich nach der Satzung über die Straßenreinigung in der Stadt F. ... vom 27.02.1992 (Amtsblatt S. 195), zuletzt geändert durch Satzung vom 27.03.2003 (Amtsblatt S. 928) ergebende Gebühr ist für das Jahr 2005 auf den Betrag begrenzt, der nach der Satzung über die Straßenreinigung in der Stadt F. ... vom 16.09.2004 (Amtsblatt S. 1693) festgesetzt wurde oder - soweit eine Festsetzung der Straßenreinigungsgebühr für das Jahr 2005 noch nicht erfolgt ist - festzusetzen wäre.
Weitere Änderungssatzungen der Straßenreinigungssatzung in der Folgezeit sollten jeweils eine Änderung der Straßenreinigungssatzung von 1992 bewirken.
Mit Bescheiden vom 25.06.2007 zog die Beklagte die Kläger zu Straßenreinigungsgebühren für die Jahre (... Zeitraum ...) heran. Die dagegen eingelegten Widersprüche der Kläger wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 01.02.2010, zugestellt am 09.02.2010, zurück.
Am 08.03.2010 haben die Kläger Klage erhoben. Sie vertreten die Auffassung, die Regelungen der von der Beklagten herangezogenen Straßenreinigungssatzung seien rechtswidrig. Insbesondere werde gegen Art. 3 GG verstoßen, weil Hinterlieger vergleichbarer Grundstücke an der A-Straße wesentlich geringere Reinigungsgebühren entrichten müssten.
Die Kläger beantragen,
die Abgabenbescheide der Beklagten vom 25.06.2007 und den Widerspruchsbescheid vom 01.02.2010 aufzuheben.
Die Beklagte beantragt,
die Klage abzuweisen.
Sie vertritt unter Bezugnahme auf den Beschluss des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs vom 27.09.2006 (Az.: 5 N 1086/06) die Auffassung, dass durch die Aufhebung der StrRS 2005 durch die Aufhebungssatzung 2005 die StrRS 1992 automatisch erneut in Kraft getreten sei. Die Bemessungsgrundlage für die Straßenreinigungsgebühr sei rechtmäßig und obergerichtlich bestätigt.
Wegen des Sach- und Streitstandes im Übrigen wird auf den Inhalt der Gerichtsakte sowie der beigezogenen und zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemachten Behördenakte der Beklagten (1 Ordner) Bezug genommen.
Die Beteiligten haben in der mündlichen Verhandlung vom 19.04.2011 ihr Einverständnis mit einer Entscheidung durch den Vorsitzenden als Berichterstatter anstelle der Kammer erklärt.
Die Entscheidung ergeht gemäß § 87 a Abs. 2 VwGO durch den Vorsitzenden anstelle der Kammer. Die Beteiligten haben dazu ihr Einverständnis erklärt.
Die zulässige Anfechtungsklage ist begründet, denn die angefochtenen Bescheide der Beklagten und der darauf bezügliche Widerspruchsbescheid sind rechtswidrig und verletzen die Kläger in ihren Rechten (§ 113 Abs. 1 S. 1 VwGO).
Die Rechtswidrigkeit der Bescheide folgt entgegen der Ansicht der Kläger allerdings nicht daraus, dass der Frontlängenmaßstab zur Bemessung der Straßenreinigungsgebühr rechtswidrig wäre.
Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, des HessVGH und des erkennenden Gerichts ist der Frontlängenmaßstab ein anerkannter und zulässiger Maßstab für die Bemessung von Straßenreinigungsgebühren. Die Anwendung dieses Maßstabes bedeutet zugleich, dass Hinterliegergrundstücke nach der fiktiven Frontlänge der Straßen zugewandten Seite des Grundstücks zu Straßenreinigungsgebühren heranzuziehen sind (vgl. HessVGH, Beschluss vom 20.02.1991, Az.: 5 N 478/88).
Dies kann allerdings dahinstehen, da die Heranziehung der Kläger zu

Straßenreinigungsgebühren durch die angefochtenen Bescheide bereits deshalb rechtswidrig ist, weil es dafür an einer wirksamen Rechtsgrundlage fehlt. Die von der Beklagten als Rechtsgrundlage für die Gebührenbescheide herangezogene StrRS 1992 ist durch die StrRS 2005 aufgehoben worden, so dass sie keine Rechtsgrundlage für die Bescheide mehr darstellen kann. Eine Regelung in Form einer Satzung, nach der die StrRS 1992 wieder Anwendung finden würde, wurde durch den Satzungsgeber nicht getroffen. Nach § 10 Abs. 5 S. 1 des Hessischen Straßengesetzes (HStrG) sind die Gemeinden berechtigt, durch Satzung die Verpflichtung zur Straßenreinigung ganz oder teilweise den Eigentümern oder Besitzern der durch öffentliche Straßen erschlossenen Grundstücke aufzuerlegen oder sie zu den entsprechenden Kosten heranzuziehen. Eine solche Satzung bestand in Form der Straßenreinigungssatzung der Stadt F. ... vom 27.02.1992. Diese Satzung trat jedoch zum 01.01.2005 durch § 20 S. 2 StrRS 2005 außer Kraft. Rechtliche Folge dieser Außerkraftsetzungsregelung ist, dass die StrRS ab dem 01.01.2005 ihre rechtliche Existenz verloren hat. Sie ist ab diesem Zeitpunkt weggefallen und konnte keinerlei Rechtswirkungen mehr entfalten. An die Stelle der StrRS 1992 trat ab dem 01.01.2005 die StrRS 2005, die wiederum durch die Aufhebungssatzung 2005 mit Wirkung zum 01.01.2005 aufgehoben wurde. Ein Beschluss über eine neue Straßenreinigungssatzung oder das wieder in Kraft treten der StrRS 1992 erfolgte nicht. Da nach dem Außerkraftsetzen sowohl der StrRS 1992 als auch der StrRS 2005 zum 01.01.2005 ein Satzungsbeschluss über das Inkrafttreten einer neuen Satzung oder das erneute Inkraftsetzen einer aufgehobenen Satzung nicht erfolgt ist, fehlt es seit dem 01.01.2005 an einer wirksamen Straßenreinigungssatzung in F. ..., so dass die im folgenden Zeitraum ergangenen Bescheide über die Heranziehung zu Straßenreinigungsgebühren ohne rechtliche Grundlage ergangen sind und deshalb rechtswidrig sind.
Die von der Beklagten unter Bezugnahme auf die oben genannte Entscheidung des HessVGH vertretene Auffassung, durch die rückwirkende Aufhebung der StrRS 2005 sei ohne weiteres die zuvor aufgehobene StrRS 1992 wieder in Kraft getreten, vermag das Gericht nicht zu teilen. Eine solche Annahme ist mit rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht zu vereinbaren. Die Aufhebungssatzung 2005 wurde in den Sitzungen der Stadtverordnetenversammlung der Beklagten vom 12.05.2005 und 13.10.2005 beschlossen und am 07.11.2005 bekannt gemacht, also nach dem Zeitpunkt des Außerkrafttretens der StrRS 1992. Die Aufhebungssatzung konnte deshalb auf die außer Kraft getretene und rechtlich nicht mehr existente StrRS 1992 keine rechtliche Auswirkung mehr haben. Soweit der von der Beklagten vertretenen Auffassung die Annahme zugrunde liegt, die Aufhebung des § 20 S. 2 StrRS 2005, durch den die StrRS 1992 aufgehoben wurde, habe die Wirkung einer Aufhebung der Aufhebung, also eine Rückgängigmachung der Aufhebung der StrRS 1992, wird damit verkannt, dass eine solche Rückgängigmachung einer Aufhebung unmöglich ist. Durch das außer Kraft treten der StrRS 1992 am 01.01.2005 hat sich die Regelung des § 20 S. 2 StrRS 2005, die StrRS 1992 außer Kraft zu setzen, umgesetzt und realisiert. Nach der Umsetzung dieser Regelung durch Außerkrafttreten der StrRS 1992 am 01.01.2005 hat § 20 S. 2 StrRS 2005 seinen Gegenstand und damit seinen Inhalt verloren. Die Bestimmung ist lediglich noch eine leere Hülle, eine rechtliche Bedeutung kommt ihr nicht mehr zu. Die Aufhebung von § 20 S. 2 StrRS 2005 durch die Aufhebungssatzung 2005 hat deshalb keinerlei rechtliche Bedeutung mehr, sie geht ins Leere und stellt lediglich einen Akt der Rechtsbereinigung dar.
Die von der Beklagten vertretene Annahme findet in der Rechtssetzungslehre und der

Gesetzgebungspraxis auch keinerlei Grundlage. Das für die Gesetzgebungspraxis des Bundes einschlägige Handbuch der Rechtsförmlichkeit des Bundesministeriums der Justiz (3. Auflage, Köln 2008) weist vielmehr ausdrücklich darauf hin, dass gesetzliche Änderungs- und Aufhebungsregelungen, die durch Inkrafttreten umgesetzt worden sind, keinen rechtlich bedeutsamen Inhalt mehr haben, und dass Änderungen oder Aufhebungen solcher Regelungen nach ihrer Umsetzung ins Leere gehen würden.
Allerdings ist der Hessische Verwaltungsgerichtshof in seinem bereits genannten Beschluss vom 27.09.2006 davon ausgegangen, dass die StrRS 1992 durch die Aufhebung der StrRS 2005 durch die Aufhebungssatzung 2005 wieder zur Geltung gelangt sei. Dieses erneute Wirksamwerden der StrRS 1992 sei eine rein faktische Folge der Aufhebung der Neuregelungssatzung. Dieser Fall sei zu vergleichen mit einem erfolgreichen neuen Normenkontrollantrag, durch den eine Satzungsregelung vom Normenkontrollgericht für unwirksam erklärt werde und deshalb die Vorgängerregelung erneut Geltung beanspruche.
Dieser Ansicht kann allerdings nicht gefolgt werden. Sie verkennt, aus den bereits genannten Gründen, dass die StrRS 1992 zum 01.01.2005 außer Kraft gesetzt wurde und ab diesem Zeitpunkt rechtlich nicht mehr existent war. Eine außer Kraft gesetzte Satzungsbestimmung kann nicht durch Aufhebung derjenigen Bestimmung, die sie außer Kraft gesetzt hat, nachträglich wieder aufleben, da sie zu diesem Zeitpunkt rechtlich nicht mehr existent ist. Eine nicht existente Regelung kann ohne Rechtssetzungsakt nicht wieder in Kraft treten. Darüber hinaus fehlt es der vom Hessischen VGH vertretenen Annahme an einer rechtlichen Begründung, wie die Aufhebung einer Satzung durch den Satzungsgeber als rein faktische Folge wieder zur Wirksamkeit einer bereits außer Kraft getretenen Satzung führen soll. Eine solche rein faktische Folge ist in der Gesetzgebungslehre und -praxis nicht bekannt. Nach Auffassung des Gerichts kann das - erneute - Wirksamwerden einer Satzung nicht faktische Folge eines Satzungsgebungsakts sein, das Wirksamwerden muss sich vielmehr als rechtliche Folge begründen lassen. Daran fehlt es.
Ein faktisches Inkrafttreten der aufgehobenen StrRS 1992 kann auch nicht durch eine entsprechende Auslegung des § 2 der Aufhebungssatzung 2005 begründet werden, dies würde gegen das Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG verstoßen. Die Annahme des faktischen Auflebens außer Kraft gesetzter Regelungen hätte zur Folge, dass stetige Unsicherheit darüber bestünde, ob eine Regelung Geltung entfaltet oder nicht. Ein Zustand der völligen Rechtsunklarheit wäre die Folge.
Die Bezugnahme auf die StrRS 1992 in § 2 der Aufhebungssatzung 2005 kann deren Geltung nicht begründen. Zwar ist der Bezugnahme zu entnehmen, dass der Satzungsgeber den Wunsch hatte, die erneute Anwendung der StrRS 1992 herbeizuführen. Dies reicht allerdings zur Herbeiführung von Rechtswirkungen nicht aus. Die Aufhebung einer Satzung durch einfachen Beschluss oder Erklärung der Gemeinde, diese nicht mehr anwenden zu wollen, ist nicht möglich (vgl. HessVGH, Urt. v. 12.01.1962 - OS IV 159/60); gleiches gilt auch für das Inkraftsetzen einer Satzung. Auch dafür ist ein ausdrücklicher Rechtssetzungsakt erforderlich.
Die Annahme eines faktischen Inkrafttretens einer Satzung widerspricht auch dem Grundsatz der Normenklarheit (vgl. dazu BVerfG, Beschl. v. 09.04.2003 - Az.: 1 BvL 1/01, 1 BvR 1794/01). Dieser Grundsatz ist auch durch den kommunalen Satzungsgeber zu beachten, so dass er sein Satzungsrecht derart gestalten muss, dass Betroffene sowohl ihre Normunterworfenheit als auch die Rechtslage konkret erkennen können. Aus der Norm selbst muss sich klar und deutlich ergeben, welche Regelung getroffen wird und in welchem Umfang sie gelten soll. Diesen Anforderungen würde eine entsprechende

Interpretation von § 2 der Aufhebungssatzung 2005 nicht genügen. Es ergibt sich aus dieser Bestimmung keine Klarheit darüber, inwieweit die StrRS 1992 wieder Geltung finden soll. Bezug genommen wird allein auf die Festsetzung der Beitragsverpflichtung. Inwieweit die restliche Satzung Anwendung finden soll, wird nicht erwähnt. Für Betroffene ist deshalb nicht ersichtlich, welche Regelungen überhaupt Anwendung finden sollen und welche nicht. Zudem bezieht sich § 2 Aufhebungssatzung 2005 allein auf das Jahr 2005 und kann allein von daher keine Regelung für andere Zeiträume entfalten. Auch der Wortlaut - die Bezeichnung als Aufhebungssatzung - spricht gegen ein Wiederaufleben der StrRS 1992. Aus diesem Wortlaut kann nicht geschlossen werden, dass die Aufhebung einer Satzung zugleich das - erneute - Inkraftsetzen einer aufgehobenen Satzung zum Inhalt haben soll.
Schließlich würde die Annahme eines faktischen Wiederauflebens der StrRS 1992 auch gegen § 3 Abs. 2 des Kommunalabgabengesetzes (KAG) verstoßen, der die rückwirkende Inkraftsetzung von Abgabensatzungen an bestimmte Voraussetzungen bindet. Nach § 3 Abs. 2 S. 1 KAG kann eine Abgabensatzung mit rückwirkender Kraft erlassen werden, wenn sie die eine gleiche oder eine gleichartige Abgabe regelnde Satzung ohne Rücksicht auf deren Rechtswirksamkeit ausdrücklich ersetzt. Eine solche ausdrückliche Ersetzung ist in § 2 der Aufhebungssatzung 2005 nicht enthalten. Auch unter diesem Gesichtspunkt kommt deshalb eine entsprechende Auslegung der Aufhebungssatzung 2005 nicht in Betracht.
Nach alledem ist festzustellen, dass es seit dem 01.01.2005 an einer satzungsrechtlichen Grundlage für die Erhebung von Straßenreinigungsgebühren im Stadtgebiet der Beklagten fehlt, so dass die ohne eine solche Grundlage ergangenen Gebührenbescheide rechtswidrig sind und aufgehoben werden müssen.
Als unterliegender Beteiligter hat die Beklagte gemäß § 154 Abs. 1 VwGO die Kosten des Verfahrens zu tragen.
Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 167 Abs. 1 VwGO, 708 Nr. 11, 711 ZPO.
Das erkennende Gericht ist, ebenso wie der Hessische Verwaltungsgerichtshof, bisher von der Wirksamkeit der von der Beklagten angewandten Straßenreinigungssatzung ausgegangen. Diese Auffassung wird vom Gericht nicht weiter vertreten. Wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache ist die Berufung zuzulassen.
Zitiervorschlag:
VG Frankfurt a. M. Urt. v. 19.4.2011 – 6 K 510/10, BeckRS 2011, 54088

BeckRS 2011, 51014

VG Frankfurt a.M., Urteil vom 19.04.2011 - 6 K 3753/09.F

Titel:
Aufhebung von Straßenreinigungsgebührenbescheiden wegen Unwirksamkeit der zugrunde gelegten Satzung;
Normenketten:
StrG Hess § 10 V
KAG Hess § 2
KAG Hess § 3 II
Amtlicher Leitsatz:
1. Eine aufgehobene Straßenreinigungssatzung tritt nur dann wieder in Kraft, wenn der Satzungsgeber eine Satzungsbestimmung beschließt, die das Inkraftsetzen bestimmt. Die Aufhebung einer Straßenreinigungssatzung führt

nicht dazu, dass als "faktische Folge" der Aufhebung ohne weiteres die außer Kraft getretene Vorgängersatzung wieder wirksam wird. Die Aufhebung einer Satzungsbestimmung, durch die eine Satzung außer Kraft gesetzt wird, führt nicht zum erneuten Wirksamwerden der außer Kraft getretenen Satzung, sondern stellt lediglich einen Akt der Rechtsbereinigung dar. (amtlicher Leitsatz)

Rechtsgebiete:

Staats- und Verfassungsrecht, Verwaltungsverfahren und -prozess, Sonstiges besonderes Verwaltungsrecht, Kommunalrecht

Schlagworte:

Straßenreinigungskosten, Unwirksamkeit aufgehobener Gebührensatzung

Fundstellen:

BauR 2011, 1701 (Ls.)
LKRZ 2011, 278
LSK 2011, 360337

ECLI:

ECLI:DE:VGFFM:2011:0419.6K3753.09.0A

Rechtskraft:

rechtskräftig

6. Kammer
Hauptschlagwort: Aufhebung, Inkrafttreten, Rückwirkung, Straßenreinigungssatzung, Unwirksamkeit
Titel:
Normenkette:
Leitsatz:
Die Bescheide der Beklagten vom 25.11.2005, 16.01.2006, 22.01.2007, 14.01.2008 und 12.01.2009, soweit sie Gebühren für die Straßenreinigung zum Inhalt haben, und der Widerspruchsbescheid vom 30.10.2009 werden aufgehoben.
Die Beklagte hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.
Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar.
Die Beklagte darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe der festzusetzenden Kosten abwenden, wenn die Kläger nicht zuvor Sicherheit in gleicher Höhe leisten
Die Berufung wird zugelassen.
Die Kläger sind Eigentümer des im Stadtgebiet der Beklagten liegenden Hausgrundstücks A-Straße. Bei dem Grundstück handelt es sich um ein Eckgrundstück, dass sowohl von der Straße A-Straße als auch von der Straße B-Straße erschlossen ist.
Die Stadtverordnetenversammlung der Beklagten beschloss am 27.02.1992 die Satzung über die Straßenreinigung in der Stadt F. ... (StrRS 1992), in der sie in § 6 Abs. 1 als Bemessungsgrundlage für die Straßenreinigungsabgabe die Reinigungsfläche aller Straßen, durch die ein Grundstück erschlossen wird, festlegte. Die Reinigungsfläche einer Straße war durch die Vervielfachung der Straßenfrontlänge des Grundstücks mit der halben Straßenbreite zu berechnen (Frontmetermaßstab).
Am 16.09.2004 beschloss die Beklagte eine neue Straßenreinigungssatzung (StrRS 2005), die einen von der Satzung aus dem Jahr 1992 abweichenden Maßstab für die Erhebung der Straßenreinigungsgebühren zum Inhalt hatte. § 20 StrRS 2005 lautet: Die Satzung tritt am 1. Januar 2005 in Kraft. Mit dem gleichen Tag wird die Satzung über die Straßenreinigung in der Stadt F. ... vom 27. Februar 1992 außer Kraft gesetzt. Diese

Satzung wurde am 09.11.2004 im Amtsblatt der Stadt F. ... bekannt gegeben.
Auf der Grundlage der StrRS 2005 erließ die Beklagte am 16.02.2005 gegenüber den Klägern einen Abgabenbescheid, der die Gebühren für die Straßenreinigung für das Jahr 2005 auf ... Euro festlegte. Gegen diesen Bescheid legten die Kläger Widerspruch ein.
Die Stadtverordnetenversammlung der Stadt F. ... beschloss am 12.05. und 13.10.2005 die Satzung zur Aufhebung der Straßenreinigungssatzung (Aufhebungssatzung 2005), die im Amtsblatt der Stadt F. ... vom 15.11.2005 bekannt gemacht wurde. Diese Satzung hat folgenden Wortlaut:
§ 1 Die Satzung über die Straßenreinigung in der Stadt F. ... vom 16.09.2004 (Amtsblatt S. 1693) wird mit Wirkung zum 01.01.2005 aufgehoben.
§ 2 Die Festsetzung der sich nach der Satzung über die Straßenreinigung in der Stadt F. ... vom 27.02.1992 (Amtsblatt S. 195), zuletzt geändert durch Satzung vom 27.03.2003 (Amtsblatt S. 928) ergebende Gebühr ist für das Jahr 2005 auf den Betrag begrenzt, der nach der Satzung über die Straßenreinigung in der Stadt F. ... vom 16.09.2004 (Amtsblatt S. 1693) festgesetzt wurde oder - soweit eine Festsetzung der Straßenreinigungsgebühr für das Jahr 2005 noch nicht erfolgt ist - festzusetzen wäre.
Weitere Änderungssatzungen der Straßenreinigungssatzung in der Folgezeit sollten jeweils eine Änderung der Straßenreinigungssatzung von 1992 bewirken.
Die Beklagte erließ am 25.11.2005 gegenüber den Klägern einen Bescheid über die Straßenreinigungsgebühr für das Jahr 2005, in dem sie den Bescheid vom 16.02.2005 ersetzte und die Straßenreinigungsgebühr für das Jahr 2005 nach Maßgabe des § 6 Abs. 1 StrRS 1992 auf ... Euro festsetzte. Gegen diesen Bescheid legten die Kläger Widerspruch ein. Unter dem 16.01.2006, 22.01.2007, 14.01.2008 und 12.01.2009 erließ die Beklagte jeweils weitere Gebührenbescheide für die Straßenreinigung in Höhe von jeweils ... Euro auf der Grundlage des § 6 Abs. 1 StrRS 1992, wogegen die Kläger jeweils Widerspruch einlegten. Mit Widerspruchsbescheid vom 30.10.2009 wies die Beklagte diese Widersprüche zurück.
Am 16.01.2009 haben die Kläger Klage erhoben. Sie vertreten die Auffassung, die Regelungen der von der Beklagten herangezogenen Straßenreinigungssatzung seien rechtswidrig. Die Höhe der festgesetzten Straßenreinigungsgebühren seien in ihrem Fall unverhältnismäßig, da ihr Grundstück über atypische Maße verfüge; durch die doppelte Erschließung führe die Gebührenhöhe im Vergleich zu Grundstücken mit ähnlicher Größe zu einer mit Artikel 3 GG nicht vereinbaren Ungleichbehandlung. Der Frontlängenmaßstab sei rechtswidrig, da er weder die Grundstücksgröße noch das Maß der Grundstücksnutzung berücksichtige. Darüber hinaus sei die Vergabe der Straßenreinigung an die FES GmbH im Stadtgebiet der Beklagten wettbewerbswidrig erfolgt. Schließlich sei die Höhe des Wagnisses von 5,5%, wie es der FES zugestanden worden sei, zu hoch und nicht gebührenfähig, da die Beklagte und nicht die FES GmbH das Gebührenausfallrisiko trage.
Die Kläger beantragen,
die Bescheide der Beklagten vom 25.11.2005, 16.01.2006, 22.01.2007, 14.01.2008 und 12.01.2009, soweit sie Gebühren für die Straßenreinigung zum Inhalt haben, und den Widerspruchsbescheid vom 30.10.2009 aufzuheben.
Die Beklagte beantragt,
die Klage abzuweisen.
Sie vertritt unter Bezugnahme auf den Beschluss des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs vom 27.09.2006 (Az.: 5 N 1086/06) die Auffassung, dass durch die Aufhebung der StrRS 2005 durch die Aufhebungssatzung 2005 die StrRS 1992 automatisch erneut in Kraft

getreten sei. Die Bemessungsgrundlage für die Straßenreinigungsgebühr sei rechtmäßig und obergerichtlich bestätigt.
Wegen des Sach- und Streitstandes im Übrigen wird auf den Inhalt der Gerichtsakte sowie der beigezogenen und zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemachten Behördenakte der Beklagten (1 Ordner) Bezug genommen.
Die Beteiligten haben in der mündlichen Verhandlung vom 19.04.2011 ihr Einverständnis mit einer Entscheidung durch den Vorsitzenden als Berichterstatter anstelle der Kammer erklärt.
Die Entscheidung ergeht gemäß § 87 a Abs. 2 VwGO durch den Vorsitzenden anstelle der Kammer. Die Beteiligten haben dazu ihr Einverständnis erklärt.
Die zulässige Anfechtungsklage ist begründet, denn die angefochtenen Bescheide der Beklagten und der darauf bezügliche Widerspruchsbescheid sind rechtswidrig und verletzen die Kläger in ihren Rechten (§ 113 Abs. 1 S. 1 VwGO).
Die Rechtswidrigkeit der Bescheide folgt entgegen der Ansicht der Kläger allerdings nicht daraus, dass der Frontlängenmaßstab zur Bemessung der Straßenreinigungsgebühr rechtswidrig wäre. Sowohl der Quadratwurzel- als auch der Frontlängenmaßstab sind anerkannte und zulässige Maßstabe für die Bemessung von Straßenreinigungsgebühren (vgl. z. B. BVerwG, Beschl. v. 15.03.2002 - Az.: 9 B 16/02; BVerwG, Beschl. v. 09.12.1993 - Az.: 8 NB 5/93; HessVGH, Beschl. v. 10.06.1998 - Az.: 5 N 2795/94).
Darüber hinaus hätte auch die Rüge der Kläger im Hinblick auf die Übertragung der Straßenreinigung auf die FES GmbH ohne öffentliche Ausschreibung vermutlich keinen rechtlichen Erfolg gehabt. Zum Zeitpunkt der Übertragung befand sich die FES GmbH noch in städtischer Trägerschaft. Darüber hinaus entfalten sowohl die Gemeindehaushaltsverordnung - Doppik als auch das Vergaberecht grundsätzlich keinen allgemeinen Drittschutz, sondern regelmäßig nur Schutzwirkungen gegenüber betroffenen Konkurrenten, wozu die Kläger ganz offensichtlich nicht gehören. Auch die Höhe des Wagniszuschlages von 5,5% erscheint nicht von vornherein rechtswidrig.
All dies kann allerdings dahinstehen, da die Heranziehung der Kläger zu Straßenreinigungsgebühren durch die angefochtenen Bescheide bereits deshalb rechtswidrig ist, weil es dafür an einer wirksamen Rechtsgrundlage fehlt. Die von der Beklagten als Rechtsgrundlage für die Gebührenbescheide herangezogene StrRS 1992 ist durch die StrRS 2005 aufgehoben worden, so dass sie keine Rechtsgrundlage für die Bescheide mehr darstellen kann. Eine Regelung in Form einer Satzung, nach der die StrRS 1992 wieder Anwendung finden würde, wurde durch den Satzungsgeber nicht getroffen.
Nach § 10 Abs. 5 S. 1 des Hessischen Straßengesetzes (HStrG) sind die Gemeinden berechtigt, durch Satzung die Verpflichtung zur Straßenreinigung ganz oder teilweise den Eigentümern oder Besitzern der durch öffentliche Straßen erschlossenen Grundstücke aufzuerlegen oder sie zu den entsprechenden Kosten heranzuziehen. Eine solche Satzung bestand in Form der Straßenreinigungssatzung der Stadt F. ... vom 27.02.1992. Diese Satzung trat jedoch zum 01.01.2005 durch § 20 S. 2 StrRS 2005 außer Kraft. Rechtliche Folge dieser Außerkraftsetzungsregelung ist, dass die StrRS ab dem 01.01.2005 ihre rechtliche Existenz verloren hat. Sie ist ab diesem Zeitpunkt weggefallen und konnte keinerlei Rechtswirkungen mehr entfalten. An die Stelle der StrRS 1992 trat ab dem 01.01.2005 die StrRS 2005, die wiederum durch die Aufhebungssatzung 2005 mit Wirkung zum 01.01.2005 aufgehoben wurde. Ein Beschluss über eine neue Straßenreinigungssatzung oder das wieder in Kraft treten der StrRS 1992 erfolgte nicht.
Da nach dem Außerkraftsetzen sowohl der StrRS 1992 als auch der StrRS 2005 zum 01.01.2005 ein Satzungsbeschluss über das Inkrafttreten einer neuen Satzung oder das

erneute Inkraftsetzen einer aufgehobenen Satzung nicht erfolgt ist, fehlt es seit dem 01.01.2005 an einer wirksamen Straßenreinigungssatzung in F. ..., so dass die im folgenden Zeitraum ergangenen Bescheide über die Heranziehung zu Straßenreinigungsgebühren ohne rechtliche Grundlage ergangen sind und deshalb rechtswidrig sind.
Die von der Beklagten unter Bezugnahme auf die oben genannte Entscheidung des HessVGH vertretene Auffassung, durch die rückwirkende Aufhebung der StrRS 2005 sei ohne Weiteres die zuvor aufgehobene StrRS 1992 wieder in Kraft getreten, vermag das Gericht nicht zu teilen. Eine solche Annahme ist mit rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht zu vereinbaren. Die Aufhebungssatzung 2005 wurde in den Sitzungen der Stadtverordnetenversammlung der Beklagten vom 12.05.2005 und 13.10.2005 beschlossen und am 07.11.2005 bekannt gemacht, also nach dem Zeitpunkt des Außerkrafttretens der StrRS 1992. Die Aufhebungssatzung konnte deshalb auf die außer Kraft getretene und rechtlich nicht mehr existente StrRS 1992 keine rechtliche Auswirkung mehr haben. Soweit der von der Beklagten vertretenen Auffassung die Annahme zugrunde liegt, die Aufhebung des § 20 S. 2 StrRS 2005, durch den die StrRS 1992 aufgehoben wurde, habe die Wirkung einer Aufhebung der Aufhebung, also eine Rückgängigmachung der Aufhebung der StrRS 1992, wird damit verkannt, dass eine solche Rückgängigmachung einer Aufhebung unmöglich ist. Durch das außer Kraft treten der StrRS 1992 am 01.01.2005 hat sich die Regelung des § 20 S. 2 StrRS 2005, die StrRS 1992 außer Kraft zu setzen, umgesetzt und realisiert. Nach der Umsetzung dieser Regelung durch Außerkrafttreten der StrRS 1992 am 01.01.2005 hat § 20 S. 2 StrRS 2005 seinen Gegenstand und damit seinen Inhalt verloren. Die Bestimmung ist lediglich noch eine leere Hülle, eine rechtliche Bedeutung kommt ihr nicht mehr zu. Die Aufhebung von § 20 S. 2 StrRS 2005 durch die Aufhebungssatzung 2005 hat deshalb keinerlei rechtliche Bedeutung mehr, sie geht ins Leere und stellt lediglich einen Akt der Rechtsbereinigung dar.
Die von der Beklagten vertretene Annahme findet in der Rechtssetzungslehre und der Gesetzgebungspraxis auch keinerlei Grundlage. Das für die Gesetzgebungspraxis des Bundes einschlägige Handbuch der Rechtsförmlichkeit des Bundesministeriums der Justiz (3. Auflage, Köln 2008) weist vielmehr ausdrücklich darauf hin, dass gesetzliche Änderungs- und Aufhebungsregelungen, die durch Inkrafttreten umgesetzt worden sind, keinen rechtlich bedeutsamen Inhalt mehr haben, und dass Änderungen oder Aufhebungen solcher Regelungen nach ihrer Umsetzung ins Leere gehen würden.
Allerdings ist der Hessische Verwaltungsgerichtshof in seinem bereits genannten Beschluss vom 27.09.2006 davon ausgegangen, dass die StrRS 1992 durch die Aufhebung der StrRS 2005 durch die Aufhebungssatzung 2005 wieder zur Geltung gelangt sei. Dieses erneute Wirksamwerden der StrRS 1992 sei eine rein faktische Folge der Aufhebung der Neuregelungssatzung. Dieser Fall sei zu vergleichen mit einem erfolgreichen neuen Normenkontrollantrag, durch den eine Satzungsregelung vom Normenkontrollgericht für unwirksam erklärt werde und deshalb die Vorgängerregelung erneut Geltung beanspruche. Dieser Ansicht kann allerdings nicht gefolgt werden. Sie verkennt, aus den bereits genannten Gründen, dass die StrRS 1992 zum 01.01.2005 außer Kraft gesetzt wurde und ab diesem Zeitpunkt rechtlich nicht mehr existent war. Eine außer Kraft gesetzte Satzungsbestimmung kann nicht durch Aufhebung derjenigen Bestimmung, die sie außer Kraft gesetzt hat, nachträglich wieder aufleben, da sie zu diesem Zeitpunkt rechtlich nicht mehr existent ist. Eine nicht existente Regelung kann ohne Rechtssetzungsakt nicht wieder in Kraft treten. Darüber hinaus fehlt es der vom Hessischen VGH vertretenen

Annahme an einer rechtlichen Begründung, wie die Aufhebung einer Satzung durch den Satzungsgeber als rein faktische Folge wieder zur Wirksamkeit einer bereits außer Kraft getretenen Satzung führen soll. Eine solche rein faktische Folge ist in der Gesetzgebungslehre und -praxis nicht bekannt. Nach Auffassung des Gerichts kann das - erneute - Wirksamwerden einer Satzung nicht faktische Folge eines Satzungsgebungsakts sein, das Wirksamwerden muss sich vielmehr als rechtliche Folge begründen lassen. Daran fehlt es.
Ein faktisches Inkrafttreten der aufgehobenen StrRS 1992 kann auch nicht durch eine entsprechende Auslegung des § 2 der Aufhebungssatzung 2005 begründet werden, dies würde gegen das Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG verstoßen. Die Annahme des faktischen Auflebens außer Kraft gesetzter Regelungen hätte zur Folge, dass stetige Unsicherheit darüber bestünde, ob eine Regelung Geltung entfaltet oder nicht. Ein Zustand der völligen Rechtsunklarheit wäre die Folge.
Die Bezugnahme auf die StrRS 1992 in § 2 der Aufhebungssatzung 2005 kann deren Geltung nicht begründen. Zwar ist der Bezugnahme zu entnehmen, dass der Satzungsgeber den Wunsch hatte, die erneute Anwendung der StrRS 1992 herbeizuführen. Dies reicht allerdings zur Herbeiführung von Rechtswirkungen nicht aus. Die Aufhebung einer Satzung durch einfachen Beschluss oder Erklärung der Gemeinde, diese nicht mehr anwenden zu wollen, ist nicht möglich (vgl. HessVGH, Urt. v. 12.01.1962 - OS IV 159/60); gleiches gilt auch für das Inkraftsetzen einer Satzung. Auch dafür ist ein ausdrücklicher Rechtssetzungsakt erforderlich.
Die Annahme eines faktischen Inkrafttretens einer Satzung widerspricht auch dem Grundsatz der Normenklarheit (vgl. dazu BVerfG, Beschl. v. 09.04.2003 - Az.: 1 BvL 1/01, 1 BvR 1794/01). Dieser Grundsatz ist auch durch den kommunalen Satzungsgeber zu beachten, so dass er sein Satzungsrecht derart gestalten muss, dass Betroffene sowohl ihre Normunterworfenheit als auch die Rechtslage konkret erkennen können. Aus der Norm selbst muss sich klar und deutlich ergeben, welche Regelung getroffen wird und in welchem Umfang sie gelten soll. Diesen Anforderungen würde eine entsprechende Interpretation von § 2 der Aufhebungssatzung 2005 nicht genügen. Es ergibt sich aus dieser Bestimmung keine Klarheit darüber, inwieweit die StrRS 1992 wieder Geltung finden soll. Bezug genommen wird allein auf die Festsetzung der Beitragsverpflichtung. Inwieweit die restliche Satzung Anwendung finden soll, wird nicht erwähnt. Für Betroffene ist deshalb nicht ersichtlich, welche Regelungen überhaupt Anwendung finden sollen und welche nicht. Zudem bezieht sich § 2 Aufhebungssatzung 2005 allein auf das Jahr 2005 und kann allein von daher keine Regelung für andere Zeiträume entfalten. Auch der Wortlaut - die Bezeichnung als Aufhebungssatzung - spricht gegen ein Wiederaufleben der StrRS 1992. Aus diesem Wortlaut kann nicht geschlossen werden, dass die Aufhebung einer Satzung zugleich das - erneute - Inkraftsetzen einer aufgehobenen Satzung zum Inhalt haben soll.
Schließlich würde die Annahme eines faktischen Wiederauflebens der StrRS 1992 auch gegen § 3 Abs. 2 des Kommunalabgabengesetzes (KAG) verstoßen, der die rückwirkende Inkraftsetzung von Abgabensatzungen an bestimmte Voraussetzungen bindet. Nach § 3 Abs. 2 S. 1 KAG kann eine Abgabensatzung mit rückwirkender Kraft erlassen werden, wenn sie die eine gleiche oder eine gleichartige Abgabe regelnde Satzung ohne Rücksicht auf deren Rechtswirksamkeit ausdrücklich ersetzt. Eine solche ausdrückliche Ersetzung ist in § 2 der Aufhebungssatzung 2005 nicht enthalten. Auch unter diesem Gesichtspunkt kommt deshalb eine entsprechende Auslegung der Aufhebungssatzung 2005 nicht in Betracht.

Nach alledem ist festzustellen, dass es seit dem 01.01.2005 an einer satzungsrechtlichen Grundlage für die Erhebung von Straßenreinigungsgebühren im Stadtgebiet der Beklagten fehlt, so dass die ohne eine solche Grundlage ergangenen Gebührenbescheide rechtswidrig sind und aufgehoben werden müssen.
Als unterliegender Beteiligter hat die Beklagte gemäß § 154 Abs. 1 VwGO die Kosten des Verfahrens zu tragen.
Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 167 Abs. 1 VwGO, 708 Nr. 11, 711 ZPO.
Das erkennende Gericht ist, ebenso wie der Hessische Verwaltungsgerichtshof, bisher von der Wirksamkeit der von der Beklagten angewandten Straßenreinigungssatzung ausgegangen. Diese Auffassung wird vom Gericht nicht weiter vertreten. Wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache ist die Berufung zuzulassen.
Zitiervorschlag:
VG Frankfurt a. M. Urt. v. 19.4.2011 – 6 K 3753/09, BeckRS 2011, 51014

BeckRS 2011, 54089

VG Frankfurt a.M., Urteil vom 19.04.2011 - 6 K 513/10.F

Titel:
Aufhebung von Straßenreinigungsgebührenbescheiden wegen Unwirksamkeit der zugrunde gelegten Satzung
Normenketten:
HessKAG § 3 II
GG Art. 20 III
HessStrG § 10 V 1
Amtlicher Leitsatz:
1. Eine aufgehobene Straßenreinigungssatzung tritt nur dann wieder in Kraft, wenn der Satzungsgeber eine Satzungsbestimmung beschließt, die das Inkraftsetzen bestimmt. Die Aufhebung einer Straßenreinigungssatzung führt nicht dazu, dass als "faktische Folge" der Aufhebung ohne weiteres die außer Kraft getretene Vorgängersatzung wieder wirksam wird. Die Aufhebung einer Satzungsbestimmung, durch die eine Satzung außer Kraft gesetzt wird, führt nicht zum erneuten Wirksamwerden der außer Kraft getretenen Satzung, sondern stellt lediglich einen Akt der Rechtsbereinigung dar. (amtlicher Leitsatz)
Rechtsgebiete:
Verwaltungsverfahren und -prozess, Sonstiges besonderes Verwaltungsrecht, Kommunalrecht
Schlagworte:
Aufhebung, Straßenreinigungsgebührenbescheide, Unwirksamkeit, Satzung, Aufhebungssatzung
ECLI:
ECLI:DE:VGFFM:2011:0419.6K513.10.0A
Rechtskraft:
rechtskräftig

Leitsatz:
Die Abgabenbescheide der Beklagten vom 29.05.2007, hinsichtlich des Bescheides für das

Jahr 2005 in der Fassung des Erlassbescheides vom 24.01.2011 und der Widerspruchsbescheid vom 16.02.2010 werden aufgehoben.
Die Beklagte hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.
Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar.
Die Beklagte darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe der festzusetzenden Kosten abwenden, wenn der Kläger nicht zuvor Sicherheit in gleicher Höhe leistet.
Die Berufung wird zugelassen.
Der Kläger ist Eigentümer der Liegenschaft A-Straße im Stadtgebiet der Beklagten. Bei dem Grundstück handelt es sich um ein sogenanntes Hinterliegergrundstück.
Die Stadtverordnetenversammlung der Beklagten beschloss am 27.02.1992 die Satzung über die Straßenreinigung in der Stadt F. ... (StrRS 1992), in der sie in § 6 Abs. 1 als Bemessungsgrundlage für die Straßenreinigungsabgabe die Reinigungsfläche aller Straßen, durch die ein Grundstück erschlossen wird, festlegte. Die Reinigungsfläche einer Straße war durch die Vervielfachung der Straßenfrontlänge des Grundstücks mit der halben Straßenbreite zu berechnen (Frontmetermaßstab).
Am 16.09.2004 beschloss die Beklagte eine neue Straßenreinigungssatzung (StrRS 2005), die einen von der Satzung aus dem Jahr 1992 abweichenden Maßstab für die Erhebung der Straßenreinigungsgebühren zum Inhalt hatte. § 20 StrRS 2005 lautet: Die Satzung tritt am 1. Januar 2005 in Kraft. Mit dem gleichen Tag wird die Satzung über die Straßenreinigung in der Stadt F. ... vom 27. Februar 1992 außer Kraft gesetzt. Diese Satzung wurde am 09.11.2004 im Amtsblatt der Stadt F. ... bekannt gegeben.
Die Stadtverordnetenversammlung der Stadt F. ... beschloss am 12.05. und 13.10.2005 die Satzung zur Aufhebung der Straßenreinigungssatzung (Aufhebungssatzung 2005), die im Amtsblatt der Stadt F. ... vom 15.11.2005 bekannt gemacht wurde. Diese Satzung hat folgenden Wortlaut:
§ 1
Die Satzung über die Straßenreinigung in der Stadt F. ... vom 16.09.2004 (Amtsblatt S. 1693) wird mit Wirkung zum 01.01.2005 aufgehoben.
§2
Die Festsetzung der sich nach der Satzung über die Straßenreinigung in der Stadt F. ... vom 27.02.1992 (Amtsblatt S. 195), zuletzt geändert durch Satzung vom 27.03.2003 (Amtsblatt S. 928) ergebende Gebühr ist für das Jahr 2005 auf den Betrag begrenzt, der nach der Satzung über die Straßenreinigung in der Stadt F. ... vom 16.09.2004 (Amtsblatt S. 1693) festgesetzt wurde oder - soweit eine Festsetzung der Straßenreinigungsgebühr für das Jahr 2005 noch nicht erfolgt ist - festzusetzen wäre.
Weitere Änderungssatzungen der Straßenreinigungssatzung in der Folgezeit sollten jeweils eine Änderung der Straßenreinigungssatzung von 1992 bewirken.
Mit Bescheiden vom 29.05.2007 zog die Beklagte den Kläger für (… Zeitraum …) zu Straßenreinigungsgebühren heran. Der Bescheid für das Jahr 2005 wurde durch Erlassbescheid vom 24.01.2011 der Höhe nach abgeändert. Den dagegen gerichteten Widerspruch des Klägers wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 16.02.2010 zurück.
Am 08.03.2010 hat der Kläger Klage erhoben. Er vertritt die Auffassung, die Regelungen der von der Beklagten herangezogenen Straßenreinigungssatzung seien rechtswidrig. Insbesondere werde gegen Art. 3 GG verstoßen, weil Hinterlieger vergleichbarer Grundstücke an der A-Straße wesentlich geringere Reinigungsgebühren entrichten müssten.
Der Kläger beantragt,

die Abgabenbescheide der Beklagten vom 29.05.2007, hinsichtlich des Bescheides für das Jahr 2005 in der Fassung des Erlassbescheides vom 24.01.2011 und den Widerspruchsbescheid vom 16.02.2010 aufzuheben.
Die Beklagte beantragt,
die Klage abzuweisen.
Sie vertritt unter Bezugnahme auf den Beschluss des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs vom 27.09.2006 (Az.: 5 N 1086/06) die Auffassung, dass durch die Aufhebung der StrRS 2005 durch die Aufhebungssatzung 2005 die StrRS 1992 automatisch erneut in Kraft getreten sei. Die Bemessungsgrundlage für die Straßenreinigungsgebühr sei rechtmäßig und obergerichtlich bestätigt.
Wegen des Sach- und Streitstandes im Übrigen wird auf den Inhalt der Gerichtsakte sowie der beigezogenen und zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemachten Behördenakte der Beklagten (1 Ordner) Bezug genommen.
Die Beteiligten haben in der mündlichen Verhandlung vom 19.04.2011 ihr Einverständnis mit einer Entscheidung durch den Vorsitzenden als Berichterstatter anstelle der Kammer erklärt.
Die Entscheidung ergeht gemäß § 87 a Abs. 2 VwGO durch den Vorsitzenden anstelle der Kammer. Die Beteiligten haben dazu ihr Einverständnis erklärt.
Die zulässige Anfechtungsklage ist begründet, denn die angefochtenen Bescheide der Beklagten und der darauf bezügliche Widerspruchsbescheid sind rechtswidrig und verletzen die Kläger in ihren Rechten (§ 113 Abs. 1 S. 1 VwGO).
Die Rechtswidrigkeit der Bescheide folgt entgegen der Ansicht des Klägers allerdings nicht daraus, dass der Frontlängenmaßstab zur Bemessung der Straßenreinigungsgebühr rechtswidrig wäre.
Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, des HessVGH und des erkennenden Gerichts ist der Frontlängenmaßstab ein anerkannter und zulässiger Maßstab für die Bemessung von Straßenreinigungsgebühren. Die Anwendung dieses Maßstabes bedeutet zugleich, dass Hinterliegergrundstücke nach der fiktiven Frontlänge der Straßen zugewandten Seite des Grundstücks zu Straßenreinigungsgebühren heranzuziehen sind (vgl. HessVGH, Beschluss vom 20.02.1991, Az.: 5 N 478/88).
Dies kann allerdings dahinstehen, da die Heranziehung der Kläger zu Straßenreinigungsgebühren durch die angefochtenen Bescheide bereits deshalb rechtswidrig ist, weil es dafür an einer wirksamen Rechtsgrundlage fehlt. Die von der Beklagten als Rechtsgrundlage für die Gebührenbescheide herangezogene StrRS 1992 ist durch die StrRS 2005 aufgehoben worden, so dass sie keine Rechtsgrundlage für die Bescheide mehr darstellen kann. Eine Regelung in Form einer Satzung, nach der die StrRS 1992 wieder Anwendung finden würde, wurde durch den Satzungsgeber nicht getroffen.
Nach § 10 Abs. 5 S. 1 des Hessischen Straßengesetzes (HStrG) sind die Gemeinden berechtigt, durch Satzung die Verpflichtung zur Straßenreinigung ganz oder teilweise den Eigentümern oder Besitzern der durch öffentliche Straßen erschlossenen Grundstücke aufzuerlegen oder sie zu den entsprechenden Kosten heranzuziehen. Eine solche Satzung bestand in Form der Straßenreinigungssatzung der Stadt F. ... vom 27.02.1992. Diese Satzung trat jedoch zum 01.01.2005 durch § 20 S. 2 StrRS 2005 außer Kraft. Rechtliche Folge dieser Außerkraftsetzungsregelung ist, dass die StrRS ab dem 01.01.2005 ihre rechtliche Existenz verloren hat. Sie ist ab diesem Zeitpunkt weggefallen und konnte keinerlei Rechtswirkungen mehr entfalten. An die Stelle der StrRS 1992 trat ab dem 01.01.2005 die StrRS 2005, die wiederum durch die Aufhebungssatzung 2005 mit Wirkung zum 01.01.2005 aufgehoben wurde. Ein Beschluss über eine neue

Straßenreinigungssatzung oder das wieder in Kraft treten der StrRS 1992 erfolgte nicht. Da nach dem Außerkraftsetzen sowohl der StrRS 1992 als auch der StrRS 2005 zum 01.01.2005 ein Satzungsbeschluss über das Inkrafttreten einer neuen Satzung oder das erneute Inkraftsetzen einer aufgehobenen Satzung nicht erfolgt ist, fehlt es seit dem 01.01.2005 an einer wirksamen Straßenreinigungssatzung in F. ..., so dass die im Folgenden Zeitraum ergangenen Bescheide über die Heranziehung zu Straßenreinigungsgebühren ohne rechtliche Grundlage ergangen sind und deshalb rechtswidrig sind.
Die von der Beklagten unter Bezugnahme auf die oben genannte Entscheidung des HessVGH vertretene Auffassung, durch die rückwirkende Aufhebung der StrRS 2005 sei ohne Weiteres die zuvor aufgehobene StrRS 1992 wieder in Kraft getreten, vermag das Gericht nicht zu teilen. Eine solche Annahme ist mit rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht zu vereinbaren. Die Aufhebungssatzung 2005 wurde in den Sitzungen der Stadtverordnetenversammlung der Beklagten vom 12.05.2005 und 13.10.2005 beschlossen und am 07.11.2005 bekannt gemacht, also nach dem Zeitpunkt des Außerkrafttretens der StrRS 1992. Die Aufhebungssatzung konnte deshalb auf die außer Kraft getretene und rechtlich nicht mehr existente StrRS 1992 keine rechtliche Auswirkung mehr haben. Soweit der von der Beklagten vertretenen Auffassung die Annahme zugrunde liegt, die Aufhebung des § 20 S. 2 StrRS 2005, durch den die StrRS 1992 aufgehoben wurde, habe die Wirkung einer Aufhebung der Aufhebung, also eine Rückgängigmachung der Aufhebung der StrRS 1992, wird damit verkannt, dass eine solche Rückgängigmachung einer Aufhebung unmöglich ist. Durch das außer Kraft treten der StrRS 1992 am 01.01.2005 hat sich die Regelung des § 20 S. 2 StrRS 2005, die StrRS 1992 außer Kraft zu setzen, umgesetzt und realisiert. Nach der Umsetzung dieser Regelung durch Außerkrafttreten der StrRS 1992 am 01.01.2005 hat § 20 S. 2 StrRS 2005 seinen Gegenstand und damit seinen Inhalt verloren. Die Bestimmung ist lediglich noch eine leere Hülle, eine rechtliche Bedeutung kommt ihr nicht mehr zu. Die Aufhebung von § 20 S. 2 StrRS 2005 durch die Aufhebungssatzung 2005 hat deshalb keinerlei rechtliche Bedeutung mehr, sie geht ins Leere und stellt lediglich einen Akt der Rechtsbereinigung dar.
Die von der Beklagten vertretene Annahme findet in der Rechtssetzungslehre und der Gesetzgebungspraxis auch keinerlei Grundlage. Das für die Gesetzgebungspraxis des Bundes einschlägige Handbuch der Rechtsförmlichkeit des Bundesministeriums der Justiz (3. Auflage, Köln 2008) weist vielmehr ausdrücklich darauf hin, dass gesetzliche Änderungs- und Aufhebungsregelungen, die durch Inkrafttreten umgesetzt worden sind, keinen rechtlich bedeutsamen Inhalt mehr haben, und dass Änderungen oder Aufhebungen solcher Regelungen nach ihrer Umsetzung ins Leere gehen würden.
Allerdings ist der Hessische Verwaltungsgerichtshof in seinem bereits genannten Beschluss vom 27.09.2006 davon ausgegangen, dass die StrRS 1992 durch die Aufhebung der StrRS 2005 durch die Aufhebungssatzung 2005 wieder zur Geltung gelangt sei. Dieses erneute Wirksamwerden der StrRS 1992 sei eine rein faktische Folge der Aufhebung der Neuregelungssatzung. Dieser Fall sei zu vergleichen mit einem erfolgreichen neuen Normenkontrollantrag, durch den eine Satzungsregelung vom Normenkontrollgericht für unwirksam erklärt werde und deshalb die Vorgängerregelung erneut Geltung beanspruche.
Dieser Ansicht kann allerdings nicht gefolgt werden. Sie verkennt, aus den bereits genannten Gründen, dass die StrRS 1992 zum 01.01.2005 außer Kraft gesetzt wurde und ab diesem Zeitpunkt rechtlich nicht mehr existent war. Eine außer Kraft gesetzte Satzungsbestimmung kann nicht durch Aufhebung derjenigen Bestimmung, die sie außer

Kraft gesetzt hat, nachträglich wieder aufleben, da sie zu diesem Zeitpunkt rechtlich nicht mehr existent ist. Eine nicht existente Regelung kann ohne Rechtssetzungsakt nicht wieder in Kraft treten. Darüber hinaus fehlt es der vom Hessischen VGH vertretenen Annahme an einer rechtlichen Begründung, wie die Aufhebung einer Satzung durch den Satzungsgeber als rein faktische Folge wieder zur Wirksamkeit einer bereits außer Kraft getretenen Satzung führen soll. Eine solche rein faktische Folge ist in der Gesetzgebungslehre und -praxis nicht bekannt. Nach Auffassung des Gerichts kann das - erneute - Wirksamwerden einer Satzung nicht faktische Folge eines Satzungsgebungsakts sein, das Wirksamwerden muss sich vielmehr als rechtliche Folge begründen lassen. Daran fehlt es.
Ein faktisches Inkrafttreten der aufgehobenen StrRS 1992 kann auch nicht durch eine entsprechende Auslegung des § 2 der Aufhebungssatzung 2005 begründet werden, dies würde gegen das Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG verstoßen. Die Annahme des faktischen Auflebens außer Kraft gesetzter Regelungen hätte zur Folge, dass stetige Unsicherheit darüber bestünde, ob eine Regelung Geltung entfaltet oder nicht. Ein Zustand der völligen Rechtsunklarheit wäre die Folge.
Die Bezugnahme auf die StrRS 1992 in § 2 der Aufhebungssatzung 2005 kann deren Geltung nicht begründen. Zwar ist der Bezugnahme zu entnehmen, dass der Satzungsgeber den Wunsch hatte, die erneute Anwendung der StrRS 1992 herbeizuführen. Dies reicht allerdings zur Herbeiführung von Rechtswirkungen nicht aus. Die Aufhebung einer Satzung durch einfachen Beschluss oder Erklärung der Gemeinde, diese nicht mehr anwenden zu wollen, ist nicht möglich (vgl. HessVGH, Urt. v. 12.01.1962 - OS IV 159/60); gleiches gilt auch für das Inkraftsetzen einer Satzung. Auch dafür ist ein ausdrücklicher Rechtssetzungsakt erforderlich.
Die Annahme eines faktischen Inkrafttretens einer Satzung widerspricht auch dem Grundsatz der Normenklarheit (vgl. dazu BVerfG, Beschl. v. 09.04.2003 - Az.: 1 BvL 1/01, 1 BvR 1794/01). Dieser Grundsatz ist auch durch den kommunalen Satzungsgeber zu beachten, so dass er sein Satzungsrecht derart gestalten muss, dass Betroffene sowohl ihre Normunterworfenheit als auch die Rechtslage konkret erkennen können. Aus der Norm selbst muss sich klar und deutlich ergeben, welche Regelung getroffen wird und in welchem Umfang sie gelten soll. Diesen Anforderungen würde eine entsprechende Interpretation von § 2 der Aufhebungssatzung 2005 nicht genügen. Es ergibt sich aus dieser Bestimmung keine Klarheit darüber, inwieweit die StrRS 1992 wieder Geltung finden soll. Bezug genommen wird allein auf die Festsetzung der Beitragsverpflichtung. Inwieweit die restliche Satzung Anwendung finden soll, wird nicht erwähnt. Für Betroffene ist deshalb nicht ersichtlich, welche Regelungen überhaupt Anwendung finden sollen und welche nicht. Zudem bezieht sich § 2 Aufhebungssatzung 2005 allein auf das Jahr 2005 und kann allein von daher keine Regelung für andere Zeiträume entfalten. Auch der Wortlaut - die Bezeichnung als Aufhebungssatzung - spricht gegen ein Wiederaufleben der StrRS 1992. Aus diesem Wortlaut kann nicht geschlossen werden, dass die Aufhebung einer Satzung zugleich das - erneute - Inkraftsetzen einer aufgehobenen Satzung zum Inhalt haben soll.
Schließlich würde die Annahme eines faktischen Wiederauflebens der StrRS 1992 auch gegen § 3 Abs. 2 des Kommunalabgabengesetzes (KAG) verstoßen, der die rückwirkende Inkraftsetzung von Abgabensatzungen an bestimmte Voraussetzungen bindet. Nach § 3 Abs. 2 S. 1 KAG kann eine Abgabensatzung mit rückwirkender Kraft erlassen werden, wenn sie die eine gleiche oder eine gleichartige Abgabe regelnde Satzung ohne Rücksicht auf deren Rechtswirksamkeit ausdrücklich ersetzt. Eine solche ausdrückliche Ersetzung ist

in § 2 der Aufhebungssatzung 2005 nicht enthalten. Auch unter diesem Gesichtspunkt kommt deshalb eine entsprechende Auslegung der Aufhebungssatzung 2005 nicht in Betracht.
Nach alledem ist festzustellen, dass es seit dem 01.01.2005 an einer satzungsrechtlichen Grundlage für die Erhebung von Straßenreinigungsgebühren im Stadtgebiet der Beklagten fehlt, so dass die ohne eine solche Grundlage ergangenen Gebührenbescheide rechtswidrig sind und aufgehoben werden müssen.
Als unterliegender Beteiligter hat die Beklagte gemäß § 154 Abs. 1 VwGO die Kosten des Verfahrens zu tragen.
Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 167 Abs. 1 VwGO, 708 Nr. 11, 711 ZPO.
Das erkennende Gericht ist, ebenso wie der Hessische Verwaltungsgerichtshof, bisher von der Wirksamkeit der von der Beklagten angewandten Straßenreinigungssatzung ausgegangen. Diese Auffassung wird vom Gericht nicht weiter vertreten. Wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache ist die Berufung zuzulassen.
Zitiervorschlag:
VG Frankfurt a. M. Urt. v. 19.4.2011 – 6 K 513/10.F, BeckRS 2011, 54089

BeckRS 2011, 48486

OVG Münster, Beschluss vom 01.03.2011 - 15 A 1643/10

Titel:
Dringlichkeitsbeschluss, Dringlichkeitsüberprüfung, Beiträge, Anliegeranteil, Kommunalabgabensatzung, Unvollständige Eingangsformel
Normenketten:
VwGO §§ 124, 124a
NWKAG § 8
Rechtsgebiete:
Sonstiges besonderes Verwaltungsrecht, Verwaltungsverfahren und -prozess
Schlagworte:
Dringlichkeitsbeschluss, Genehmigung, Dringlichkeitsüberprüfung, Beiträge, Festsetzung, Anliegeranteil, Bestimmtheit, Kommunalabgabensatzung, Wirksamkeit, Unvollständige Eingangsformel
Fundstellen:
DÖV 2011, 530 (Ls.)
LSK 2011, 320132
NWVBl 2011, 434
ECLI:
ECLI:DE:OVGNRW:2011:0301.15A1643.10.00
Rechtskraft:
rechtskräftig

15. Senat
Der Antrag wird abgelehnt.
Der Kläger trägt die Kosten des Zulassungsverfahrens.
Der Streitwert für das Zulassungsverfahren wird auf 2.171,18 Euro festgesetzt.
Gründe:
Die Beteiligten streiten über die Rechtmäßigkeit eines Bescheids, mittels dessen der

Kläger zu einem Beitrag für den Ausbau der Straße „N." in Höhe von 2.171,18 Euro herangezogen worden ist. Die hiergegen vom Kläger erhobene Klage ist vom Verwaltungsgericht abgewiesen worden.
Der daraufhin vom Kläger gestellte Antrag auf Zulassung der Berufung ist zulässig, hat in der Sache aber keinen Erfolg. Nach der Antragsbegründung bestehen weder ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils (§ 124 Abs. 2 Nr. 1 der Verwaltungsgerichtsordnung - VwGO -; I.) noch weist sie besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten auf (§ 124 Abs. 2 Nr. 2 VwGO; II.) noch lässt sich die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache erkennen (§ 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO; III.). Aus ihr ergibt sich auch nicht das Vorliegen des geltend gemachten Zulassungsgrundes der Abweichung (§ 124 Abs. 2 Nr. 4 VwGO; IV.).
Die geltend gemachten Zulassungsgründe liegen nicht vor oder sind schon nicht entsprechend den sich aus § 124a Abs. 4 Satz 4 VwGO ergebenden Anforderungen dargelegt. Nach zuletzt zitierter Vorschrift sind innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung des vollständigen Urteils die Gründe im Sinne des § 124 Abs. 2 VwGO darzulegen, aus denen die Berufung zuzulassen ist. Das Erfordernis des „Darlegens" verlangt dabei mehr als die bloße Benennung eines Zulassungsgrundes. Es ist vielmehr im Sinne von „erläutern", „erklären" oder „näher auf etwas eingehen" zu verstehen. Deshalb bedarf es unter (ausdrücklicher oder jedenfalls konkludenter) Bezugnahme auf einen Zulassungsgrund einer substantiierten Auseinandersetzung mit der angegriffenen Entscheidung, durch die der Streitstoff entsprechend durchdrungen und aufbereitet wird. Das Zulassungsvorbringen muss das Vorliegen des geltend gemachten Zulassungsgrundes aus sich heraus, d.h. ohne weitere Ermittlungen seitens des Gerichts, erkennen lassen, wobei allerdings keine überzogenen Anforderungen gestellt werden dürfen.
OVG NRW, Beschlüsse vom 25. September 2008 15 A 3231/07 und vom 28. August 2008 15 A 1702/07 -.
I.)
Nach § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO ist die Berufung zuzulassen, wenn ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils bestehen. Dieser Zulassungsgrund liegt vor, wenn erhebliche Gründe dafür sprechen, dass die verwaltungsgerichtliche Entscheidung einer rechtlichen Prüfung wahrscheinlich nicht standhalten wird, wobei es zur Darlegung (§ 124 Abs. 4 Satz 4 VwGO) dieses Berufungszulassungsgrundes ausreicht, wenn die Begründung einen einzelnen tragenden Rechtssatz oder eine erhebliche Tatsachenfeststellung mit schlüssigen Gegenargumenten in Frage stellt.
Vgl. OVG NRW, Beschlüsse vom 13. April 2010 15 A 2914/09 -, vom 25. September 2008 15 A 3231/07 -, vom 9. September 2008 15 A 1791/07 und vom 28. August 2008 - 15 A 1702/07.
Für die Darlegung dieses Berufungszulassungsgrundes ist somit erforderlich, dass konkrete tatsächliche oder rechtliche Feststellungen im angefochtenen Urteil aus ebenso konkret dargelegten Gründen als (inhaltlich) ernstlich zweifelhaft dargestellt werden.
Vgl. OVG NRW, Beschlüsse vom 13. April 2010 15 A 2914/09 - und vom 2. November 1999 15 A 4406/99 -.
Davon ausgehend sind ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils nicht ersichtlich.
1.) Dies gilt zunächst, soweit der Kläger meint, seine Heranziehung in erfolgter Höhe sei in Ermangelung einer dies tragenden, gültigen Straßenausbaubeitragsatzung rechtswidrig.
Rechtsgrundlagen für den angegriffenen Bescheid sind § 8 des Kommunalabgabengesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen (KAG) i. V. m. der Satzung der Beklagten über die Erhebung von Beiträgen nach § 8 KAG für straßenbauliche Maßnahmen (KAG-Satzung) vom 12. November 1998 in der Fassung der 3.

Änderungssatzung vom 1. Dezember 2008.
a) Sofern der Kläger rügt, das Verwaltungsgericht habe zu Unrecht angenommen, die 1. Änderungssatzung aus dem Jahr 2002 könne als Ermächtigungsgrundlage für den Beitragsbescheid dienen, was aber wegen ihrer Nichtigkeit nicht möglich sei, rechtfertigt dies die Zulassung der Berufung nicht. Das Verwaltungsgericht hat die Frage, ob die 1. Änderungssatzung von 2002 wegen der dort fehlenden Differenzierung zwischen den Straßentypen bei der Bemessung der Anliegeranteile nichtig war, vielmehr offen gelassen und darauf abgestellt, dass im Falle der Nichtigkeit jedenfalls die dritte Änderungssatzung Ermächtigungsgrundlage für den hier angegriffenen Bescheid sei. Das ist - wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen werden - von Rechts wegen nicht zu beanstanden.
b) Der Einwand des Klägers, die Änderungsatzung vom 1. Dezember 2008 könne nicht die 3. Änderungssatzung sein, weil die 1. Änderungssatzung aus dem Jahr 2002 nichtig sei, verfängt nicht, und zwar auch dann nicht, wenn die vorgenannte Änderungssatzung nichtig wäre. Denn der in Rede stehenden Zahlenangabe kommt nicht die Funktion zu, die Häufigkeit der (rechtsgültigen) Änderungen der KAG-Satzung verbindlich zu bestimmen. Die Aufgabe der Zahlenangabe erschöpft sich in der schlichten Kennzeichnung der Einzeländerung; ein weitergehender Aussagegehalt kommt der Zahlenangabe nicht zu. Vgl. Handbuch der Rechtsförmlichkeit, Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), 3. Auflage, 2008, Rn. 520 ff.; vgl. auch die Vorauflage, dort Rn. 543.
c) Wenn der Kläger im Folgenden sinngemäß geltend macht, die fraglichen Befehle der 3. Änderungssatzung zur Änderung bestimmter, in § 4 Abs. 3 der KAG-Satzung geregelter Anteile der Beitragspflichtigen am Ausbauaufwand seien ins Leere gegangen, da mit ihnen Änderungen an nicht existenten - weil auf nichtiger 1. Änderungssatzung aus dem Jahr 2002 beruhenden - Vorschriften hätten vorgenommen werden sollen, weshalb die - vermeintlich - geänderten Vorschriften auch nicht als Rechtsgrundlage für den hier streitigen Beitragsbescheid herangezogen werden könnten, rechtfertigt auch dieser Umstand die Zulassung der Berufung nicht. Selbst wenn die 1. Änderungssatzung dem Grunde nach nichtig bzw. nicht wirksam wäre, sind die hier streitigen Änderungsbefehle der 3. Änderungssatzung nicht ins Leere gegangen. Denn es fehlt an einer ausdrücklichen, Bindungswirkung hervorrufenden gerichtlichen Entscheidung über die Wirksamkeit der 1. Änderungssatzung, so dass es schon aus Gründen der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit geboten war, die fraglichen Bestimmungen explizit durch neue Regelungen zu ersetzen.
d) Auch der Hinweis des Klägers darauf, dass die KAG-Satzung von 1998 durch Satzung der Beklagten vom 19. Dezember 2005 aufgehoben worden sei, rechtfertigt die Zulassung der Berufung nicht. Tatsächlich ist die KAG-Satzung von 1998 nicht durch vorgenannte Satzung aus dem Jahr 2005 aufgehoben worden. Bei dem Anderes zum Ausdruck bringenden, vom Kläger vorgelegten Satzungstext handelt es sich um eine fehlerhafte - nicht rechtserhebliche - Internetfassung, die zwischenzeitlich korrigiert worden ist. Dies mag mit Blick auf die Bedeutung des Internets als bedeutsame Informationsquelle misslich sein. Es ändert aber nichts daran, dass die Vollziehung gesetzlich vorgeschriebener öffentlicher Bekanntmachungen bei der Beklagten seinerzeit gemäß § 16 Abs. 1 Satz 1 ihrer Hauptsatzung (a. F.) durch den Anschlag an der Bekanntmachungstafel in ihrem Rathaus erfolgte und nur der dort bekannt gemachten Fassung Rechtserheblichkeit zukommt.
2.) Soweit der Kläger die mit der 3. KAG-Änderungsatzung vom 2. Dezember 2008 angeordnete Rückwirkung aus Gründen des Vertrauensschutzes für rechtswidrig hält, folgen auch aus dem diesbezüglichen Vorbringen keine ernstlichen Zweifel an der Richtig des Urteils.

Fehlt in dem für die Entstehung der Beitragspflicht maßgeblichen Zeitpunkt eine gültige Rechtsgrundlage, weil sich die zugrunde liegende Satzung als ungültig erweist, so kann eine neue rückwirkende Satzung selbst noch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren als Rechtsgrundlage nachgeschoben werden.
Vgl. OVG NRW, Urteil vom 22. August 1995 - 15 A 3907/92 -, NWVBl. 1996, 62; Dietzel/ Kallerhoff, Das Straßenausbaubeitragsrecht nach § 8 des Kommunalabgabengesetzes NRW, 7. Auflage, Bonn 2010, Rn. 249 m. w. N.
Der Erlass einer rückwirkenden Satzungsregelung zum Zwecke der Beseitigung eines satzungslosen Zustands ist zulässig. Einer solchen Verfahrensweise steht ein schutzwürdiges Vertrauen auf das Weiterbestehen der bisherigen Rechtslage nicht entgegen. Denn ein Vertrauen darauf, dass eine Satzung ungültig ist, verdient keinen Schutz. Vielmehr muss der Bürger mit einer rückwirkenden Regelung rechnen, die es der Gemeinde ermöglicht, von der ihr durch das Gesetz eingeräumten Befugnis, einen Beitrag zu erheben, Gebrauch zu machen.
Vgl. OVG NRW, Urteil vom 17. Mai 1990 - 2 A 500/88 -, NWVBl. 1991, 349; Dietzel/ Kallerhoff, a. a. O., Rn. 250.
Vor diesem Hintergrund liegen auch die vom Kläger insoweit zudem als erfüllt angesehenen Zulassungsgründe des § 124 Abs. 2 Nr. 3 und 4 VwGO ebenfalls nicht vor.
3.) Die Annahme des Klägers, das erstinstanzliche Urteil sei deshalb mit ernstlichen Richtigkeitszweifeln behaftet, weil in ihm fehlerhaft die Verwirkung des Beitragsanspruchs der Beklagten verneint worden sei, trifft nicht zu. Ungeachtet der Frage nach dem Vorliegen des sog. Zeitmoments ist jedenfalls das zusätzlich erforderliche Umstandsmoment nicht gegeben. Es liegen keine belastbaren Anhaltspunkte dafür vor, dass die Beklagte auf ihre Beitragsforderung verzichten wollte. Allein aus dem Zeitablauf können insoweit keine Rückschlüsse gezogen werden, da die Beklagte grundsätzlich berechtigt ist, die Verjährungsfrist für den Bescheiderlass voll auszuschöpfen. Andere Begleitumstände, die im Zusammenhang mit dem Zeitablauf in einer Gesamtschau den Schluss nahe legen könnten, die Beklagte würde auf die Beitragserhebung verzichten, sind nicht ersichtlich - zumal die Beklagte zur Beitragserhebung grundsätzlich verpflichtet ist. Wenn der Kläger in diesem Zusammenhang auf die Ankündigung der Beklagten vom 5. September 2009 verweist, wonach mit der Bescheiderteilung in etwa zwei Wochen zu rechnen sei, wodurch dann in der Folgezeit mangels Erlasses des Beitragsbescheids der Eindruck entstanden sei, die Verwaltung werde nunmehr untätig bleiben, erlaubt dies keine andere Beurteilung. Verzögerungen bei der Abwicklung von Verwaltungsvorgängen - insbesondere hier von nur rund drei Monaten zwischen angekündigtem und tatsächlichem Bescheiderlass - sind keine Seltenheit und erlauben keinen Rückschluss im Sinne des vom Kläger gezogenen.
4.) Des Weiteren vermag auch die Rüge des Klägers, die vorliegend maßgeblichen Satzungsregelungen über den Anteil der Beitragspflichtigen am Ausbauaufwand verstießen gegen § 8 Abs. 4 Satz 4 KAG sowie gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG, den Zulassungsgrund des § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO nicht zu begründen. Es trifft schon die Annahme des Klägers, es sei ein Anliegeranteil von 60% unterschiedslos für Gehwege von Anliegerstraßen, Haupterschließungsstraßen und Hauptverkehrsstraßen festgesetzt, nicht zu. In Anliegerstraßen gilt nach der 3. Änderungssatzung für Gehwege ein Anteil der Beitragspflichtigen in Höhe von 75%, während in Haupterschließungsstraßen und Hauptverkehrsstraßen insoweit ein Anteil von 60% vorgesehen ist. Dass die KAG-Satzung für die beiden letztgenannten Straßentypen bei Gehwegen einen einheitlichen Anliegeranteil vorsieht, ist unschädlich. In beiden Fällen ist nämlich zu berücksichtigen,

dass die dortigen Gehwege dem Durchgangsfußgängerverkehr dienen.
Auch die Darlegungen des Klägers dazu, dass bei Haupterschließungsstraßen und Hauptverkehrsstraßen ein Anteil für die Oberflächenentwässerung von 60% festgesetzt sei, während der entsprechende Anliegeranteil in Anliegerstraßen nur 50% betrage, trifft nicht zu. In Anliegerstraßen ist insoweit vielmehr ein Anliegeranteil von 75% vorgesehen, während für die beiden anderen in Rede stehenden Straßentypen insoweit der genannte Anliegeranteil von „nur" 60% vorgesehen ist.
5.) Die Voraussetzungen des Zulassungsgrundes des § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO ergeben sich auch nicht aus den vom Kläger hinsichtlich der Entstehungsgeschichte der 3. Änderungssatzung reklamierten „Ungereimtheiten und Widersprüchen". Hieraus lässt sich ebenso wenig die Nichtigkeit der 3. Änderungssatzung ableiten wie aus dem weiteren Vorbringen des Klägers zum Nichtvorliegen der Voraussetzungen für die hier im Zusammenhang mit der 3. Änderungssatzung getroffene Dringlichkeitsentscheidung gemäß § 60 Abs. 1 der Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen (GO NRW).
a) Die vom Kläger beanstandeten „Ungereimtheiten und Widersprüche" betreffend den Entstehungsvorgang der 3. Änderungsatzung nötigen nicht zu der Annahme, diese sei nichtig.
Für die Wirksamkeit der Satzung entscheidend ist ihre öffentliche Bekanntmachung. Diesbezüglich bestimmte der damals maßgebliche § 16 Abs. 1 Satz 1 der Hauptsatzung der Beklagten (a. F.) in Verbindung mit § 4 Abs. 1 lit. c) der Verordnung über die öffentliche Bekanntmachung von kommunalem Ortsrecht a. F. (BekanntmVO a. F.), dass die öffentliche Bekanntmachung durch Anschlag an der Bekanntmachungstafel im Rathaus der Beklagten vollzogen wird. Dies ist ausweislich der Verwaltungsvorgänge (Beiakte Heft 7) ordnungsgemäß erfolgt.
Soweit die nach der alten Fassung der Hauptsatzung der Beklagten in Verbindung mit der BekanntmVO a. F. erforderliche, im Bonner Generalanzeiger vom 2. Dezember 2008 veröffentlichte Hinweisbekanntmachung das - unrichtige - Ausstellungsdatum 28. November 2008 trägt, schlägt dies nicht auf die Wirksamkeit der 3. Änderungssatzung durch. Dem Ausstellungsdatum der Hinweisbekanntmachung kommt insoweit keine Bedeutung zu. Erforderlich und ausreichend für die ordnungsgemäße Bekanntmachung der 3. Änderungssatzung war mit Blick auf die seinerzeit geltenden Bestimmungen der Hauptsatzung der Beklagten, dass neben dem Anschlag an der Bekanntmachungstafel gleichzeitig ein entsprechender Hinweis im Internet und im Bonner Generalanzeiger zu erfolgen hatte. Denn erst mit der tatsächlichen Veröffentlichung des Hinweises in allen in der Satzung benannten Medien beginnt die Frist für die ordnungsgemäße Bekanntmachung zu laufen.
Vgl. OVG NRW, Urteil vom 12. Februar 2009 - 7 D 19/08.NE -, juris.
Die erforderliche Hinweisbekanntmachung ist hier in den genannten Medien ausweislich Beiakte Heft 7, Blatt 2 und 3, gleichzeitig mit dem Anschlag an die Bekanntmachungstafel erfolgt.
Wenn der Kläger überdies rügt, die unter dem 2. Dezember 2008 veröffentlichte Internetfassung der 3. Änderungssatzung sei fehlerhaft gewesen, weil es darin heiße, der Rat habe die Satzung beschlossen, obwohl es sich doch um eine Dringlichkeitsentscheidung gehandelt habe, führt auch dieser Umstand nicht zur Zulassung der Berufung. Dem Kläger ist auch insoweit zuzugestehen, dass das Einstellen der 3. Änderungssatzung mit unzutreffender Eingangsformel in das Internet sehr ärgerlich ist. Maßgeblich ist aber nicht die Internetfassung der in Rede stehenden Satzung, sondern die hier durch Anschlag an die Bekanntmachungstafel im Rathaus der Beklagten

ordnungsgemäß bekannt gegebene Fassung. Diese enthält in ihrer Eingangsformel den zutreffenden Hinweis, dass vorliegend eine Dringlichkeitsentscheidung nach § 60 Abs. 1 GO NRW getroffen worden ist.
Allerdings wird in der Eingangsformel nicht erwähnt, wer die Dringlichkeitsentscheidung getroffen hat. Dadurch wird - obwohl die Eingangsformel u. a. diesem Zweck dient - nicht hinreichend sichtbar, wer die 3. Änderungssatzung im Wege der Dringlichkeitsentscheidung beschlossen hat, wer also dafür verantwortlich ist. Dies ergibt sich auch nicht aus dem erfolgten Hinweis auf § 60 Abs. 1 GO NRW. Denn dort ist geregelt, dass Dringlichkeitsentscheidungen (vorrangig) vom Hauptausschuss zu treffen sind (§ 60 Abs. 1 Satz 1 GO NRW); ggf. kann aber auch - wie hier - der Bürgermeister mit einem Ratsmitglied entscheiden (§ 60 Abs. 2 Satz 2 GO NRW). Trotz unvollständiger Eingangsformel führt dieser Umstand nicht zur Ungültigkeit oder Unwirksamkeit der 3. Änderungssatzung. Die Eingangsformel ist nicht Teil des Gesetzestextes.
Vgl. Handbuch der Rechtsförmlichkeit, Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), 3. Auflage, 2008, Rn. 351.
Der Eingangsformel kommt lediglich eine Hinweisfunktion zu. Sie soll u. a. Verantwortlichkeiten transparent machen. Materiell entscheidend ist aber grundsätzlich, dass die Organe, die eine gesetzliche Regelung getroffen haben, tatsächlich zuständig waren; darauf kommt es nach der Rechtslage alleine an.
b) Eine Nichtigkeit bzw. Unwirksamkeit der 3. Änderungssatzung lässt sich auch nicht aus dem Argument des Klägers ableiten, die 3. Änderungssatzung hätte nicht im Wege der Dringlichkeitsentscheidung erlassen werden dürfen, weil dafür die Voraussetzungen des die Dringlichkeitsentscheidung durch Bürgermeister und Ratsmitglied regelnden § 60 Abs. 1 Satz 2 GO NRW nicht vorgelegen hätten.
Ob die Voraussetzungen vorzitierter Vorschrift hier erfüllt waren, kann offen bleiben. Bei - wie hier erfolgter - Genehmigung eines Dringlichkeitsbeschlusses durch den Rat gemäß § 60 Abs. 1 Satz 3 GO NRW erfolgt keine Prüfung mehr, ob eine Entscheidung durch die Bürgermeisterin und ein Ratsmitglied tatsächlich dringlich war.
Vgl. OVG NRW, Urteil vom 23. April 1996 - 10 A 620/91 -, NWVBl. 1996, 441 ff. m. w. N.; Held u. a., Kommunalverfassungsrecht Nordrhein-Westfalen I, 25. Ergänzungslieferung, Wiesbaden (Stand: Dezember 2010), § 60 Anm. 5.2.
Soweit die Dringlichkeitsentscheidung selber missverständlich ist, weil es in ihr heißt, dass der Rat die 3. Satzung zur Änderung der KAG-Satzung von 1998 beschließe, gilt der Grundsatz „falsa demonstratio non nocet". Denn durch die Bezugnahme in der Dringlichkeitsentscheidung auf § 60 Abs. 1 Satz 2 GO NRW sowie durch die seitens der Bürgermeisterin und einem Ratsmitglied unter der Dringlichkeitsentscheidung geleisteten Unterschriften wird ohne weiteres klar, wer die Dringlichkeitsentscheidung getroffen und zu verantworten hat.
II.)
Gemäß § 124 Abs. 2 Nr. 2 VwGO ist die Berufung dann zuzulassen, wenn die Rechtssache besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten aufweist. Solche liegen vor, wenn der Ausgang des Rechtsstreits aufgrund des Zulassungsvorbringens bei summarischer Prüfung als offen erscheint.
Vgl. OVG NRW, Beschlüsse vom 28. August 2008 15 A 1702/07 und vom 9. September 2008 15 A 1791/07 .
Das ist nicht der Fall, wenn sich die in der Begründung des Zulassungsantrags aufgeworfenen Fragen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht auch im Rahmen des Zulassungsverfahrens und seiner im Vergleich zum Berufungsverfahren geringeren

Überprüfungsdichte mit der erforderlichen Sicherheit beantworten lassen.
Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 1. September 2006 15 A 2884/06 -.
So liegt es ausweislich der Darlegungen zu Ziffer I. hier, so dass auch unter diesem Gesichtspunkt eine Zulassung der Berufung ausscheidet. Ergänzend ist auszuführen:
Der Annahme des Klägers, § 8 KAG bzw. seine Anwendung verstoße gegen den Bestimmtheitsgrundsatz, weil bei der Festlegung der Anliegeranteile offenbar fiskalische Erwägungen zulässig sowie Belastungen der Anlieger in unterschiedlicher Spannbreite für ein und dieselbe Ausbaumaßnahme innerhalb des gleichen Straßentyps möglich seien, kann nicht gefolgt werden.
Der Kläger verkennt, dass die Regeln über die Festsetzung des Anliegeranteils und dadurch - mittelbar - des Gemeindeanteils maßgeblich vom durch die Rechtsprechung konkretisierten Vorteilsprinzip bestimmt werden. Das Vorteilsprinzip setzt für die Bestimmung des Gemeinde- bzw. Anliegeranteils einen verbindlichen Rahmen fest. Es gebietet, dass der Ortsgesetzgeber bei der Festsetzung des Gemeindeanteils die wirtschaftlichen Vorteile der Beitragspflichtigen gegen die Vorteile der Allgemeinheit gerecht abwägt. Als Akt gemeindlicher Rechtssetzung kann das Gericht die getroffene Entscheidung dann aber nur daraufhin überprüfen, ob die Gemeinde den durch Gesetz und Recht gesteckten Rahmen ihrer Ermächtigung zum gesetzgeberischen Handeln überschritten hat.
Vgl. OVG NRW, Urteil vom 15. März 2005 - 15 A 636/03 -, NWVBl. 2005, 317 m. w. N.
Dabei steht der Gemeinde bei der Festlegung des Anliegeranteils innerhalb der zu beachtenden Ober- und Untergrenzen ein durch den unbestimmten Rechtsbegriff „wirtschaftlicher Vorteil" begrenzter Beurteilungsspielraum zu. Denn die Auswirkungen des Ausbaus der Straßen für diejenigen, denen hierdurch wirtschaftliche Vorteile geboten werden, hängen von vielen Faktoren ab, weshalb eine sichere Prognose nicht möglich ist.
Dietzel/Kallerhoff, a. a. O., Rn. 357.
Rein fiskalische Erwägungen sind bei der Festlegung des Anliegeranteils vor diesem Hintergrund unzulässig. Sie werden dem Vorteilsprinzip nicht gerecht und dürfen in den Abwägungsvorgang keinen Eingang finden, und zwar mit Blick auf die Beitragserhebungspflicht auch nicht zugunsten der Beitragspflichtigen.
Vgl. Dietzel/Kallerhoff, a. a. O., Rn. 8.
Tun sie es doch, ist die Festlegung der fraglichen Anliegeranteile rechtswidrig. Darauf können sich die Betroffenen allerdings mit Blick auf die zu fordernde eigene Rechtsverletzung (vgl. §§ 42 Abs. 2, 113 Abs. 1 Satz 1VwGO) nur dann berufen, wenn sich die fiskalischen Erwägungen zu ihrem Nachteil auswirken.
Hier ist im Übrigen für die einschlägigen Anliegeranteile nicht ersichtlich, dass der Ortsgesetzgeber den Rahmen seines Beurteilungsspielraumes überschritten hätte.
Vgl. zur Höhe von Anliegeranteilen etwa Driehaus, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 8. Auflage, München 2007, § 34 Rn. 17.
Wenn der Kläger in diesem Zusammenhang geltend macht, vorliegend werde dem Vorteilsgedanken nicht Genüge getan, weil die Straße „N." von den Anliegern weiterer umliegender Straßen in erheblichem Umfange mitbenutzt würden, einige Straßen seien sogar allein über den „N." zu erreichen, rechtfertigt dies keine andere Beurteilung.
Insoweit gilt zunächst, dass der Kläger die Annahme des Verwaltungsgerichts, keine dieser Straßen sei lediglich ein unselbstständiges Anhängsel der Straße „N.", nicht (belastbar) in Frage gestellt hat. Anlass für eine abweichende Beurteilung hiervon besteht daher nicht.
Im Übrigen ist dem Umstand, dass die Anlieger der fraglichen Straßen die Straße „N." teilweise mitbenutzen und damit ebenfalls einen Vorteil von dieser Anlage haben,

hinreichend dadurch Rechnung getragen, dass die Straße als Haupterschließungsstraße eingestuft ist.
III.)
Die Berufung ist auch nicht nach § 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO zuzulassen. Denn die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung. Dies hätte sie nur, wenn sie eine bisher höchstrichterlich nicht beantwortete Rechtsfrage aufwerfen würde, die sich in dem erstrebten Berufungsverfahren stellen würde und die im Interesse der einheitlichen Auslegung und Anwendung oder der Fortentwicklung des Rechts der Klärung bedürfte, oder wenn sie eine tatsächliche Frage aufwerfen würde, deren in der Berufungsentscheidung zu erwartende Klärung verallgemeinerungsfähige Auswirkungen hat.
OVG NRW, Beschluss vom 12. Juni 2007 15 A 1279/07 .
Eine solche Frage, die die Durchführung eines Berufungsverfahrens erfordern würde, wird durch das Antragsvorbringen nicht aufgeworfen. Die vom Kläger sinngemäß gestellte Frage, ob § 8 KAG bzw. seine Anwendung nicht gegen Verfassungsgrundsätze, insbesondere nicht gegen den Bestimmtheitsgrundsatz verstoße, lässt sich ohne weiteres im für den Zulassungsantrag negativen Sinne beantworten. Insoweit wird auf die Ausführungen zu Ziffer II. Bezug genommen.
IV.)
Die Berufung ist auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Abweichung des Urteils von einer Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zuzulassen (§ 124 Abs. 2 Nr. 4 VwGO). Eine den Darlegungserfordernissen des § 124a Abs. 4 Satz 4 VwGO genügende Abweichungsrüge muss dartun, dass das Verwaltungsgericht in Anwendung derselben Rechtsvorschrift mit einem bestimmten, seine Entscheidung tragenden (abstrakten) Rechts- oder verallgemeinerungsfähigen Tatsachensatz von einem in der Rechtsprechung u. a . des Bundesverwaltungsgerichts aufgestellten ebensolchen Rechts- oder Tatsachensatz abgewichen ist.
Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 7. Februar 2007 15 A 4383/06 -.
Diesen Anforderungen wird das Berufungszulassungsvorbringen nicht gerecht. Der Kläger formuliert ausdrücklich bereits keinen vom Bundesverwaltungsgericht aufgestellten Rechts- oder Tatsachensatz von dem das Verwaltungsgericht abgewichen sein soll. So heißt es dann im Antragsvorbringen auch, das Verwaltungsgericht weiche von der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 15. April 1983 - Az. 8 C 170/81 - ab. Ein dort aufgestellter Rechtssatz wird damit nicht formuliert.
Dessen ungeachtet formuliert der Kläger auch keinen vom Verwaltungsgericht aufgestellten abstrakten (verallgemeinerungsfähigen) Rechtssatz, mit dem es von einem vom Bundesverwaltungsgericht aufgestellten entsprechenden Rechtssatz abgewichen ist. Der Kläger führt in diesem Zusammenhang aus, das Verwaltungsgericht habe seine Entscheidung auf die Annahme gestützt, „die 1. Änderungssatzung sei teilweise nichtig, was durch den Erlass der 3. Änderungssatzung geheilt worden sei". In dieser - im Übrigen so im Urteil nicht zu findenden - Feststellung liegt eine auf den Einzelfall bezogene Rechtsanwendung, mit der kein Grundsatz aufgestellt wird, der für eine Vielzahl von gleich gelagerten Fällen Geltung beansprucht. Dies wäre aber für die Annahme eines abstrakten Rechtssatzes Voraussetzung.
Die Kostenentscheidung findet ihre Rechtsgrundlage in § 154 Abs. 2 VwGO. Die Entscheidung über den Streitwert ergibt sich aus §§ 47 Abs. 1 und 3, 52 Abs. 3 GKG.
Dieser Beschluss ist unanfechtbar.
Zitiervorschlag:

BeckRS 2010, 51369

VG Sigmaringen, Beschluss vom 26.07.2010 - 8 K 273/10

Titel:
Chefarztvertrag; Organisationsentscheidung; Entwicklungs- und Anpassungsklausel; Allgemeine Geschäftsbedingungen; Satzungsvorbehalt; Erprobungsregelung

Normenketten:
BadWürttUKG §§ 7, 9, 13
BGB §§ 307 I 2, 308 Nr. 4
BadWürttVwVfG § 62

Amtlicher Leitsatz:
1. Zur Unwirksamkeit einer Entwicklungs- und Anpassungsklausel in einem Chefarztvertrag zwischen Universitätsklinikum und beamteten Hochschulprofessor. (amtlicher Leitsatz)

Rechtsgebiete:
Sonstiges besonderes Verwaltungsrecht, Sozialrecht, Arbeitsrecht, Steuerrecht alt, Verwaltungsverfahren und -prozess, Sonstiges Bürgerliches Recht

Schlagworte:
Chefarztvertrag, Organisationsentscheidung, Entwicklungsklausel, Anpassungsklausel, AGB-Kontrolle

ECLI:
ECLI:DE:VGSIGMA:2010:0726.8K273.10.0A

Rechtskraft:
rechtskräftig

Text1

Leitsatz:
In der Verwaltungsrechtssache
Frau ...,
- Antragstellerin -
prozessbevollmächtigt: Rechtsanwälte ...
gegen
Universitätsklinikum ...
vertreten durch den Leitenden Ärztlichen Direktor und den Kaufmännischen Direktor,
- Antragsgegner -
prozessbevollmächtigt: Rechtsanwälte ...
beigeladen:
1. Universität ...
vertr. durch den Vorstandsvorsitzenden und Präsidenten
2. Land ...,
vertr. durch das Ministerium für Wissenschaft, Forschung und Kunst ...
wegen Organisationsentscheidung
hier: Antrag gem. § 123 VwGO
hat das Verwaltungsgericht Sigmaringen - 8. Kammer - durch ... am 26. Juli 2010

beschlossen:

Dem Antragsgegner wird vorläufig untersagt, den Organisationsbeschluss seines Klinikumsvorstands vom 18.06.2008 in der Fassung des Umlaufbeschlusses vom 08./11.02.2010 zu vollziehen.
Der Antragsgegner trägt die Kosten des Verfahrens mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen, die diese jeweils selbst tragen.

Gründe

I.
Die Antragstellerin begehrt einstweiligen Rechtsschutz gegen eine Organisationsentscheidung des Antragsgegners.
Die Antragstellerin ist im Jahr 2001 vom Beigeladenen Ziff. 2 zur Universitätsprofessorin ernannt worden und ist seitdem Inhaberin der C4-Professur für Viszerale Chirurgie an der Medizinischen Fakultät der Beigeladenen Ziff. 1. Gleichzeitig wurde ihr vom Antragsgegner die Leitung der Abteilung Viszeral- und Transplantationschirurgie übertragen (heute: Klinik für Allgemein-, Viszeral- und Transplantationschirurgie).
Der Klinikumsvorstand des Antragsgegners hat am 18.06.2008 die Errichtung eines Departments für Allgemeine und Viszeralchirurgie und damit zusammenhängend eine Umstrukturierung der von der Antragstellerin geleiteten Klinik für Allgemein-, Viszeral- und Transplantationschirurgie beschlossen. Leitungsfunktionen und Aufgabenbereich der Antragstellerin im Universitätsklinikum würden mit Inkrafttreten des Beschlusses zur Errichtung des Departments erheblich eingeschränkt (z. B. Leitung des Departments durch einen Vorstand, dem die Professoren der Besoldungsgruppe W3, C4 und C3 angehören; Untergliederung des Departments in „Klinik für Allgemeine Chirurgie", „Klinik für Onkologische Chirurgie" und „Abteilung für Kinderchirurgie" sowie Herausnahme der Transplantationschirurgie, da diese der „Klinik für Urologie und Kinderurologie" zugeordnet werden soll; der Antragstellerin verbliebe nur noch die Leitung der neu geschaffenen „Klinik für Allgemeine Chirurgie"). Der streitige Organisationsbeschluss enthält den Schlusssatz, dass die Organisationsmaßnahmen nach Zustimmung des Aufsichtsrats mit der Annahme eines Rufs auf eine auszuschreibende W3-Professur für Onkologische Chirurgie in Kraft treten. Nach Zustimmung des Aufsichtsrats und Feststellung der Funktionsbeschreibung für die neu zu schaffende Stelle der Professur für Onkologische Chirurgie ist im Deutschen Ärzteblatt vom 20.02.2009 eine W3-Professur für Allgemeine und Viszeralchirurgie ausgeschrieben worden.
Bereits im August 2009 hat die Antragstellerin beim Verwaltungsgericht Sigmaringen einstweiligen Rechtsschutz beantragt, gerichtet gegen die Universität (Beigeladene Ziff. 1) und gegen das Land (Beigeladener Ziff. 2). Dieser Antrag nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO blieb ohne Erfolg, da die Antragstellerin einen Anordnungsanspruch auf die von ihr begehrte vorläufige Untersagung einer Berufung, Einvernehmenserteilung hierzu oder Ernennung eines Bewerbers auf die ausgeschriebene W3-Professur für Allgemeine und Viszeralchirurgie nicht glaubhaft gemacht hat (vgl. den Beschluss der Kammer vom 09.11.2009 - 8 K 1946/09 - sowie den hierzu ergangenen Beschluss des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg vom 03.02.2010 - 9 S 2586/09 -, juris).
Die Antragstellerin hat am 10.09.2009 beim Arbeitsgericht Ulm Klage gegen den Antragsgegner erhoben. Ziel der Klage ist u. a. die Feststellung, dass der Beschluss des Antragsgegners vom 18.06.2008 unwirksam ist. Das Arbeitsgericht Ulm hat mit Beschluss vom 03.02.2010 - 4 Ca 440/09 - entschieden, dass der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen unzulässig ist und hat den Rechtsstreit zuständigkeitshalber an das

Verwaltungsgericht Sigmaringen verwiesen. Die hiergegen von der Antragstellerin erhobene sofortige Beschwerde hat das Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg mit Beschluss vom 02.06.2010 - 3 Ta 10/10 - als unbegründet zurückgewiesen. Die Klage wird seitdem beim Verwaltungsgericht Sigmaringen unter dem Aktenzeichen 8 K 1362/10 fortgeführt.

II.

Der Antrag nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO ist zulässig und begründet.

Der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO ist als gegeben anzusehen. Der Beschluss des Arbeitsgerichts Ulm vom 03.02.2010 - 4 Ca 440/09 -, juris, mit dem das Hauptsacheverfahren zuständigkeitshalber an das Verwaltungsgericht Sigmaringen verwiesen worden ist, ist rechtskräftig geworden. Die Verweisung ist nach § 17a Abs. 2 Satz 3 GVG hinsichtlich des Rechtswegs bindend, so dass das Verwaltungsgericht Sigmaringen als das Gericht der Hauptsache nach § 123 Abs. 2 Satz 1 VwGO auch für den Erlass einer einstweiligen Anordnung zuständig ist (vgl. OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 19.08.2005 - 12 E 860/05 -, NVwZ-RR 2006, 365).

Die Antragstellerin hat einen Anordnungsanspruch und einen Anordnungsgrund für den Erlass einer Sicherungsanordnung nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO glaubhaft gemacht (vgl. § 123 Abs. 3 VwGO i. V. m. § 920 Abs. 2 und § 294 ZPO). Nach dem gegenwärtigen Erkenntnisstand und der im vorläufigen Rechtschutzverfahren gebotenen summarischen Prüfung spricht Überwiegendes dafür, dass eine (weitere) Umsetzung der vom Klinikumsvorstand am 18.06.2008 beschlossenen Organisationsmaßnahmen Rechte der Antragstellerin aus dem Vertrag vom 22.02./14.03.2001 (sog. Chefarztvertrag) verletzt. Durch den Vertrag vom 22.02./14.03.2001 sind im Verhältnis zum Antragsgegner die Leitungsfunktion, der Aufgabenbereich und die Liquidationsbefugnis der Antragstellerin begründet worden. Der Chefarztvertrag regelt die einzelnen Bedingungen des Dienstverhältnisses zwischen dem Antragsgegner und der Antragstellerin. Diese Bedingungen betreffen nicht nur das Liquidationsrecht, die Mittelausstattung für medizinische Forschung und Lehre, sondern auch die sonstigen Arbeitsbedingungen, die fachlichen Entwicklungsmöglichkeiten sowie insgesamt das „Standing" des betroffenen Chefarztes im Gesamtgefüge von Klinikum und Universität (vgl. Böhmann, MedR 2007, 465). Indem solche Bedingungen eingeräumt werden, wird die Attraktivität der zu besetzenden Stelle erhöht und damit auch die Chancen von Universität und Klinikum verbessert, im Wettbewerb der Hochschulen untereinander qualifiziertes akademisches Personal zu gewinnen; entsprechende Angebote sind in der Praxis nicht selten ausschlaggebend für die Standortentscheidung qualifizierter Professoren (vgl. zur Ausstattungszusage VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 21.10.2008 - 9 S 1507/06 -, VBlBW 2009, 69). Das Liquidationsrecht beamteter Klinikdirektoren ist außerdem als notwendige Kehrseite des Verbots, eine eigene Praxis außerhalb der Klinik zu betreiben, bezeichnet worden (vgl. Blümel/Scheven, in: Flämig u. a., Handbuch des Wissenschaftsrechts, 2. Auflage, Bd. 1, S. 478). Zudem wurde das Liquidationsrecht als Ausgleich für die besonderen Dienstleistungsbedingungen und die ungewöhnliche Verantwortungslast des Amtes eines beamteten Chefarztes angesehen (vgl. Wahlers, ZBR 2006, 221, 227). Die Möglichkeit, ein persönliches Behandlungsrecht zu vereinbaren oder zuzusichern, sowie die Ausübung der entsprechenden Nebentätigkeit unter Inanspruchnahme der sachlichen und personellen Infrastruktur der Klinik sind als hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums im Sinne von Artikel 33 Abs. 5 GG gewährleistet (vgl. BVerfG, Beschluss vom 07.11.1979 - 2 BvR 513, 558/74 -, BVerfGE 52, 303; BVerwG, Urteil vom 27.02.2008 - 2 C 27/06 -, BVerwGE 130, 252; Blümel/Scheven,

in: Flämig u. a., Handbuch des Wissenschaftsrechts, 2. Auflage, Bd. 1, S. 478; Böhmann, WissR 2007, 403, 416 ff.). Auf die Inanspruchnahme von Einrichtungen, Personal und Material besteht im Rahmen des im Chefarztvertrag festgelegten Umfangs ein Rechtsanspruch, denn anderenfalls liefe das Recht auf Eigenliquidation, das beamteten Klinikdirektoren kraft eines hergebrachten Grundsatzes des Berufsbeamtentums rechtswirksam eingeräumt werden kann, leer (vgl. Blümel/Scheven, in: Flämig u. a., Handbuch des Wissenschaftsrechts, 2. Auflage, Bd. 1, S. 478). Die einzelnen Regelungen im Chefarztvertrag vom 22.02./14.03.2001, insbesondere die Übertragung der Leitung der „Abteilung für Viszeral- und Transplantationschirurgie", beziehen sich somit auf eine bestimmte oder zumindest bestimmbare Abteilung, wie sie insbesondere im gemeinsamen Berufungsangebot von Klinikum und Medizinischer Fakultät vom 13.02.2001 im Einzelnen beschrieben worden ist. Nur ein solches Verständnis wird dem Vertragstext und den damaligen Interessen der Vertragsparteien gerecht; anderenfalls würden auch einige Regelungen des Vertrages, wie etwa die Entwicklungs- und Anpassungsklausel (§ 4) oder der Ausschluss von Ausgleichsansprüchen (§ 5 Abs. 8) keinen Sinn machen.
Der Antragsgegner ist zu einer unmittelbaren Anpassung oder Änderung der vertraglich geregelten Rechtsbeziehungen nur dann befugt, wenn ihm eine entsprechende einseitige Vertragsänderungsbefugnis zustehen würde. Als Grundlage für die mit der streitigen Organisationsentscheidung einhergehende einseitige Vertragsänderung kommt derzeit nur die in § 4 des Chefarztvertrages vom 22.02./14.03.2001 enthaltene Entwicklungs- und Anpassungsklausel in Betracht. Diese Entwicklungs- und Anpassungsklausel ist jedoch unwirksam und fällt ersatzlos weg. Außerdem würde sie auch einer Ausübungskontrolle nicht Stand halten, da die streitige Organisationsentscheidung voraussichtlich weder dem Satzungsvorbehalt nach § 13 Abs. 1 Satz 2 und 3 Nr. 3, Abs. 2 Satz 2 bis 4 i. V. m. § 9 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 UKG noch dem Erfordernis „Im Benehmen mit der Abteilungsleiterin", welches in der Entwicklungs- und Anpassungsklausel enthalten ist, genügt.
Dabei kann offen bleiben, ob die Vereinbarung vom 22.02./14.03.2001 zivilrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Natur ist. Die Verweisung der Hauptsache an das Verwaltungsgericht (ArbG Ulm, Beschluss vom 03.02.2010 - 4 Ca 440/09 -, juris; LAG Baden-Württemberg, Beschluss vom 02.06.2010 - 3 Ta 10/10 -) ist nur hinsichtlich des Rechtswegs, nicht aber in Bezug auf das materielle Recht bindend (vgl. Ziekow, in: Sodan/ Ziekow, VwGO, 3. Auflage, § 17a GVG Rdnr. 21). Für die Abgrenzung eines öffentlich-rechtlichen von einem zivilrechtlichen Vertrag kommt es auf dessen Gegenstand und Zweck an. Die Rechtsnatur des Vertrags bestimmt sich danach, ob der Vertragsgegenstand dem öffentlichen oder dem bürgerlichen Recht zuzurechnen ist (vgl. BVerwG, Beschluss vom 26.05.2010 - 6 A 5/09 -, juris). Es steht außer Frage, dass der Vertrag vom 22.02./14.03.2001 sich auf Rechtsnormen bezieht, die einen öffentlich-rechtlichen Charakter aufweisen, nämlich solche des Hochschulrechts, des Beamtenrechts und des Universitätsklinika-Rechts. Allerdings ist nach dem Grundsatz der Wahlfreiheit der Verwaltung die Verwaltung berechtigt, sich der Organisations- und Handlungsform des Privatrechts zu bedienen, sofern die Rechtsordnung dies nicht verbietet. Das Prinzip der Wahlfreiheit lässt gerade auch dann privatrechtliche Handlungsformen zu, wenn es darum geht, unmittelbare öffentliche Aufgaben zu erfüllen, und die öffentliche Hand öffentlich-rechtlichen Bindungen unterliegt. Hinsichtlich der Qualifizierung von Verträgen ist deshalb von dem Grundsatz auszugehen, dass nicht allein aus der Erfüllung öffentlicher Aufgaben auf den öffentlich-rechtlichen Charakter der betreffenden Maßnahme geschlossen werden darf. Maßgeblich für die Zuordnung eines Rechtsverhältnisses zum öffentlichen Recht oder zum Privatrecht ist nicht das Ziel, sondern die Rechtsform staatlichen Handelns und damit

letztlich der Wille der vertragsschließenden Parteien (zum Ganzen vgl. BVerwG, Beschluss vom 02.05.2007 - 6 B 10/07 -, BVerwGE 129, 9; Sodan, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Auflage, § 40 Rdnr. 396; Battis, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage, S. 5, 215 f.). Der Wille, einen privatrechtlichen Vertrag abschließen zu wollen, kann zum Beispiel in einer vertraglichen Gerichtsstandsklausel zu erblicken sein (vgl. Sodan, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Auflage, § 40 Rdnr. 396; Battis, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage, S. 216; einschränkend BGH, Beschluss vom 20.05.2009 - XII ZB 166/08 -, NVwZ 2009, 1054, wonach eine Gerichtsstandsvereinbarung dem öffentlich-rechtlichen Charakter nicht zwingend entgegen stehe). In dem Positionspapier der Kultusministerkonferenz zur „Neugestaltung des Personalrechts einschließlich des Vergütungssystems der Professoren mit ärztlichen Aufgaben im Bereich der Hochschulmedizin" vom 19.11.1999 wurde unter dem Stichwort „Kombinationslösung Beamtenrecht/Vertragsrecht" ein Modell vorgeschlagen, bei dem es einerseits für den Bereich Forschung und Lehre bei der bisherigen Berufung in ein Beamtenverhältnis auf Lebenszeit verbleibt, andererseits mit dem künftigen Leiter einer klinischen Einrichtung ein gesonderter Chefarztvertrag abgeschlossen wird, durch den die Leitungsaufgaben und die Aufgaben in der Krankenversorgung vertraglich übertragen werden (vgl. auch den von der Kultusministerkonferenz erstellten „Bericht über den Stand der Umsetzung des Positionspapiers der KMK vom 19.11.1999 in den Ländern" vom 20.06.2003). Vor diesem Hintergrund wird in dem einschlägigen Schrifttum nahezu einhellig davon ausgegangen, dass auch im Fall eines beamteten Hochschulprofessors die Leitungsaufgaben und die Aufgaben in der Krankenversorgung durch einen privatrechtlichen Dienstvertrag mit dem Universitätsklinikum übertragen werden (vgl. z. B. Böhmann, WissR 2007, 403, 411 ff.; Wahlers, ZBR 2006, 221, 223, 227 ff.; Sandberger, in: Haug, Das Hochschulrecht in Baden-Württemberg, 2. Auflage, Kapitel 4 Rdnr. 1205; derselbe, in: Hailbronner/Geis, Hochschulrecht in Bund und Ländern, Band 2, Hochschulmedizin und Universitätsklinika, Rdnr. 214). Hinzu kommt, dass zwischen der Antragstellerin und dem Antragsgegner kein Beamtenverhältnis besteht (vgl. VG Freiburg, Urteil vom 24.02.2010 - 3 K 2749/08 -, juris). Die Vereinbarung vom 22.02./14.03.2001 ist im Vorfeld des Vertragsschlusses vom Antragsgegner als Chefarztvertrag (vgl. den Vermerk des Kaufmännischen Vorstands des Antragsgegners vom 03.01.2001) bzw. als Chefarztvereinbarung (vgl. das gemeinsame Berufungsangebot des Antragsgegners und der Medizinischen Fakultät vom 13.02.2001) bezeichnet worden. Das Ministerium für Wissenschaft, Forschung und Kunst Baden-Württemberg hat ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Aufgaben in der Krankenversorgung am Universitätsklinikum U. „in einem besonderen Vertrag von dem rechtlich selbstständigen Universitätsklinikum übertragen" werden und hat zugleich diesen Vertrag mit dem Universitätsklinikum als Dienstvertrag bezeichnet (vgl. das Berufungsschreiben des Ministeriums für Wissenschaft, Forschung und Kunst Baden-Württemberg vom 04.12.2000; das an die Antragstellerin gerichtete Schreiben des Ministeriums vom 26.03.2001; die zwischen dem Land und der Antragstellerin getroffene Berufungsvereinbarung vom 26.04./30.04.2001). Schließlich enthält die Vereinbarung vom 22.02./14.03.2001 in § 12 Abs. 3 eine Gerichtsstandsklausel, wonach der Gerichtsstand für Streitigkeiten aus dieser Vereinbarung U. ist. Diese Gerichtsstandsvereinbarung macht nur Sinn, wenn die Vertragsparteien ein privatrechtliches Dienstverhältnis haben begründen wollen (vgl. VG Freiburg, Urteil vom 24.02.2010 - 3 K 2749/08 -, juris; aus dem Tatbestand dieser Entscheidung geht hervor, dass in dem dort streitgegenständlichen Chefarztvertrag ausdrücklich geregelt war, dass das Dienstverhältnis zwischen dem beamteten Hochschulprofessor und dem

Universitätsklinikum bürgerlich-rechtlicher Natur sei; das zunächst angerufene Arbeitsgericht hat den Rechtsstreit gleichwohl an das Verwaltungsgericht Freiburg verwiesen). Rückschlüsse auf die Rechtsnatur der Vereinbarung vom 22.02./14.03.2001 lassen auch die ursprünglichen Äußerungen des Antragsgegners und der Universität zu: So hat der Vorstandsvorsitzende des Antragsgegners in einem Schreiben an den Präsidenten der Universität U. vom 01.09.2009 ausgeführt, dass „die dem Änderungsbedarf zugrunde liegenden Prognosen eines Krankenhausträgers in solchen Fällen nur einer eingeschränkten (arbeits-)gerichtlichen Kontrolle" unterliegen würden, ferner, dass die Einschränkung des Liquidationsrechts der Antragstellerin „nicht Gegenstand des verwaltungsrechtlichen Verfahrens sein kann". Die Universität hat in ihrem Schriftsatz vom 03.09.2009 im Verfahren 8 K 1946/09 ausgeführt, dass eine Übertragung der Aufgaben als Ärztliche Direktorin der Klinik für Allgemein-, Viszeral- und Transplantationschirurgie nicht durch Berufungsangebot oder Berufungsvereinbarung erfolgt sei, sondern die Antragstellerin diese Aufgaben „vielmehr aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags mit und für das (rechtlich selbstständige) Universitätsklinikum" wahrnehme. Bei einer Gesamtbetrachtung ist deshalb die Kammer in ihrem Beschluss vom 09.11.2009 - 8 K 1946/09 - (S. 5 f.) zu dem Ergebnis gelangt, dass die Leitungsaufgaben und die Aufgaben in der Krankenversorgung der Antragstellerin durch einen gesonderten privatrechtlichen Chefarztvertrag mit dem Universitätsklinikum übertragen worden seien. Die Kammer geht in der folgenden Prüfung jedoch davon aus, dass der Chefarztvertrag bzw. Dienstvertrag zwischen der Antragstellerin und dem Antragsgegner vom 22.02./14.03.2001 öffentlich-rechtlicher Natur ist (vgl. VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 03.02.2010 - 9 S 2586/09 -, juris). Das Ergebnis dieser Prüfung gilt erst recht dann, wenn der Chefarztvertrag privatrechtlicher Natur wäre.
Die in § 4 des Chefarztvertrags vom 22.02./14.03.2001 enthaltene Entwicklungs- und Anpassungsklausel verstößt gegen § 308 Nr. 4 und § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB i. V. m. § 62 Satz 2 LVwVfG. Auf öffentlich-rechtliche Verwaltungsverträge finden nach § 62 Satz 2 LVwVfG die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) ergänzend entsprechende Anwendung. Der Verweis auf das BGB ist dynamischer Natur. Nach Eingliederung des AGB-Gesetzes in das BGB durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz sind nunmehr die §§ 305 bis 310 BGB über § 62 Satz 2 LVwVfG auf öffentlich-rechtliche Verträge anzuwenden (vgl. z. B. Schliesky, in: Knack/Henneke, VwVfG, 9. Auflage, § 62 Rdnr. 29; Bonk, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Auflage, § 62 Rdnr. 59; Grüneberg, in: Palandt, 69. Auflage, Vorb v § 307 Rdnr. 4; Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht, Band 1, 12. Auflage, § 54 Rdnr. 24; Gurlit, in: Erichsen/Ehlers/Burgi, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Auflage, § 29 Rdnr. 11; Christmann, Der öffentlich-rechtliche Vertrag mit privaten Dritten im Lichte der Schuldrechtsreform, 2010, S. 75 ff., 105, 109; Geis, NVwZ 2002, 385, 386; SG Wiesbaden, Gerichtsbescheid vom 24.09.2008 - S 17 KR 296/07 -, juris). Der vorliegende Fall verdeutlicht, dass der Bürger im Verhältnis zum Staat unabhängig von der Wahl der Rechtsform gleichermaßen schutzbedürftig ist, weil in vielen Fällen öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Vertrag austauschbar bzw. funktionsgleich sind. Der in § 62 Satz 2 LVwVfG enthaltene Verweis auf die §§ 305 ff. BGB erstreckt sich zwangsläufig auch auf den Artikel 229 § 5 EGBGB, da dieser als „Allgemeine Überleitungsvorschrift zum Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001" lediglich die Anwendung der neuen §§ 305 ff. BGB auf bestehende Rechtsverhältnisse regelt. Solche Übergangsvorschriften treffen keine eigenständigen Regelungen in Bezug auf einen bestimmten Sachbereich, sondern sind unzertrennlicher Teil der neuen Regelungen, deren Anwendung sie insbesondere im Hinblick auf bereits bestehende

Rechtsverhältnisse regeln. Sie sind daher Teil dieser Vorschriften, auf die sie sich beziehen, auch wenn sie - wie im vorliegenden Fall - aus Gründen der Übersichtlichkeit bei einer Kodifikation wie dem BGB nicht in diesem, sondern in einem eigenen Einführungsgesetz zusammengefasst werden. Im Übrigen beruht die in Artikel 229 § 5 Satz 2 EGBGB für Dauerschuldverhältnisse getroffene Übergangsregelung auf dem allgemeinen Grundsatz, dass für Rechtsverhältnisse, die auf Dauer angelegt sind, im Zweifel das neue Recht anzuwenden ist (vgl. Handbuch der Rechtsförmlichkeit, hrsg. vom Bundesministerium der Justiz, 3. Auflage, Rdnr. 412 ff., 684 f, 756 ff.).
Die in § 4 des Chefarztvertrags vom 22.02./14.03.2001 enthaltene Entwicklungs- und Anpassungsklausel verstößt gegen § 308 Nr. 4 und § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB und fällt damit im vorliegenden Fall ersatzlos weg. Die Entwicklungs- und Anpassungsklausel in § 4 stellt eine vorformulierte Vertragsbedingung dar, die der Antragsgegner der Antragstellerin bei Abschluss des Chefarztvertrags stellte (§ 305 Abs. 1 Satz 1 BGB). Dies ergibt sich eindeutig aus den Behördenakten, z. B. heißt es in einem Aktenvermerk des Antragsgegners vom 03.01.2001, dass der Antragstellerin am 12.01.2001 das „Muster eines Chefarztvertrages" ausgehändigt werde (zur Verwendung von Chefarztvertragsmustern im Bereich der Hochschulmedizin vgl. z. B. Böhmann, WissR 2007, 403, 419 ff.; Wahlers, ZBR 2006, 221, 229). Der Chefarztvertrag datiert auf den 22.02./14.03.2001. Gemäß Artikel 229 § 5 Satz 2 EGBGB finden auf Dauerschuldverhältnisse, die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts am 01.01.2002 begründet worden sind, vom 01.01.2003 an das Bürgerliche Gesetzbuch und somit auch die §§ 305 ff. BGB Anwendung. Damit hat Artikel 229 § 5 Satz 2 EGBGB dem Dienstherrn eine Schutzfrist zur Umstellung seiner vorformulierten Dienstverträge bis zum 31.12.2002 gewährt. Mit Ablauf dieser Schutzfrist verlagert sich der Prüfungsschwerpunkt von der Ausübungs- zur Inhaltskontrolle. Anders als bei der früheren Prüfung im Rahmen des § 242 BGB ist bei zu weit gefassten Klauseln nicht mehr zu prüfen, ob sich der Dienstherr im konkreten Einzelfall Treu und Glauben oder billigem Ermessen entsprechend verhalten hat. Die Inhaltskontrolle nach den §§ 307, 308 BGB zwingt zu einer generellen, typisierenden Prüfung. Die gesetzlichen Vorschriften der §§ 305 ff. BGB missbilligen bereits das Stellen inhaltlich unangemessener allgemeiner Geschäftsbedingungen, nicht erst den unangemessenen Gebrauch einer Klausel im konkreten Einzelfall. Die Rechtsfolge der Unwirksamkeit tragen auch solche Klauseln, die in ihrem Übermaßteil in zu beanstandender Weise ein Risiko regeln, das sich im Entscheidungsfall nicht realisiert hat (vgl. BAG, Urteil vom 11.02.2009 - 10 AZR 222/08 -, juris; Urteil vom 19.12.2006 - 9 AZR 294/06 -, juris; Hümmerich/Bergwitz, BB 2005, 997 ff.).
Im vorliegenden Fall verstößt die vom Antragsgegner vorformulierte Entwicklungs- und Anpassungsklausel bereits deshalb gegen § 308 Nr. 4 und § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB, da nicht angegeben ist, unter welchen Voraussetzungen tatsächlich das einseitige Leistungsbestimmungsrecht ausgeübt werden kann. Voraussetzungen und Umfang der vorbehaltenen Änderungen müssen möglichst konkretisiert werden. Die widerrufliche Leistung muss nach Art und Höhe eindeutig sein, damit der Betroffene erkennen kann, was ggf. auf ihn zukommt. Der Kalkulierbarkeit und Vorhersehbarkeit hinsichtlich der Ausübung des einseitigen Vertragsänderungsrechts kommt ein besonderes Gewicht zu, weil der Betroffene die Möglichkeit haben muss, den Eintritt der Voraussetzungen für das vorbehaltene Vertragsänderungsrecht zu verhindern oder sich zumindest auf eine drohende Änderung rechtzeitig einzustellen. Bei einer gänzlich unbestimmten Entwicklungs- und Anpassungsklausel ist es für den Empfänger eines

Anpassungsverlangens überdies kaum möglich festzustellen, ob die geltend gemachte Anpassung berechtigt ist. Keinesfalls genügt der in der Entwicklungs- und Anpassungsklausel enthaltene Passus „wenn dies sachlich geboten ist", da diese Voraussetzung völlig unbestimmt ist, nichts zur Reichweite des Änderungsrechts aussagt und letztlich nur eine Selbstverständlichkeit zum Ausdruck bringt. In Rechtsprechung und Schrifttum ist geklärt, dass eine Entwicklungs- und Anpassungsklausel in der Art, wie sie in § 4 des Chefarztvertrags vom 22.02./14.03.2001 enthalten ist, gegen § 308 Nr. 4 und § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB verstößt (vgl. ArbG Heilbronn, Urteil vom 04.09.2008 - 7 Ca 214/08 -, juris; ArbG Hagen, Urteil vom 05.09.2006 - 5 (2) Ca 2811/05 -, juris; ArbG Paderborn, Urteil vom 12.04.2006 - 3 Ca 2300/05 -, juris; Gaul/Ludwig, BB 2010, 55; Häcker, ArbRB 2009, 51; Maus, KHR 2007, 6; Böhmann, MedR 2007, 465; derselbe, WissR, 2007, 403; Junker, BB 2007, 1274; Hümmerich/Bergwitz, BB 2005, 997; Reinecke, NJW 2005, 3383; s. a. BAG, Urteil vom 11.02.2009 - 10 AZR 222/08 -, juris; Urteil vom 19.12.2006 - 9 AZR 294/06 -, juris; Urteil vom 12.01.2005 - 5 AzR 364/04 -, juris). Es kann offen bleiben, ob die streitige Entwicklungs- und Anpassungsklausel auch deshalb unwirksam ist, weil sie nicht erkennen lässt, welcher Anteil am Gesamtverdienst dem Chefarzt nach den Änderungen in jedem Fall verbleiben muss.
Der Verstoß gegen § 308 Nr. 4 und § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB führt zur Unwirksamkeit der Entwicklungs- und Anpassungsklausel, während der Vertrag im Übrigen wirksam bleibt; ebenso entspricht es allgemeiner Auffassung, dass eine geltungserhaltende Reduktion nicht in Betracht kommt. Zunächst wurde erwogen, bei Verträgen, die vor Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes am 01.01.2002 geschlossen worden sind, die durch die Unwirksamkeit der Klausel entstandene Lücke durch ergänzende Vertragsauslegung zu schließen (vgl. z. B. BAG, Urteil vom 12.01.2005 - 5 AZR 364/04 -, juris; Reinecke, NJW 2005, 3383). Inzwischen wird jedoch nahezu einhellig davon ausgegangen, dass auch in einem solchen Altfall eine ergänzende Vertragsauslegung ausscheidet. Teils wird dies damit begründet, dass ein Arbeitgeber nur dann schutzwürdig sei, wenn er die ihm in Artikel 229 § 5 Satz 2 EGBGB eingeräumte einjährige Übergangsfrist bis zum 01.01.2003 dazu genutzt hat, zu versuchen, die im Dienstvertrag enthaltene Entwicklungs- und Anpassungsklausel auf das nach dem neuen Recht zulässige Maß zurückzuführen. Teils wird eine ergänzende Vertragsauslegung bereits deshalb ausgeschlossen, weil die ersatzlose Streichung der unwirksamen Klausel keine systemwidrige Lücke hinterlassen würde. Die ersatzlose Streichung der Entwicklungs- und Anpassungsklausel führe nicht dazu, dass der Dienstherr auf Dauer den bisherigen Aufgabenbereich des Chefarztes nicht ändern könne. Zur Durchsetzung der von dem Dienstherrn angestrebten Organisationsmaßnahmen sei er auf die arbeitsvertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten zu verweisen, nämlich einvernehmliche Änderungen oder - aus betriebsbedingten oder verhaltensbedingten Gründen - eine Änderungskündigung; daneben sind Modifikationen möglich, wenn die Geschäftsgrundlage gestört ist (§ 60 LVwVfG, § 313 BGB) oder wenn das disziplinarrechtliche Instrumentarium greift. Teils wird darauf hingewiesen, dass bei der ergänzenden Vertragsauslegung anders als bei der geltungserhaltenden Reduktion nicht nach dem „gerade noch Zulässigen" zu suchen sei. Vielmehr sei zu fragen, was die Parteien vereinbart hätten, wenn ihnen die gesetzlich angeordnete Unwirksamkeit der Abänderungsklausel bekannt gewesen wäre. Entscheidend sei dabei nicht die subjektive Vorstellung einer Vertragspartei, sondern welche Regelung von den Parteien in Kenntnis der Unwirksamkeit der vereinbarten Klausel nach dem Vertragszweck und angemessener Abwägung ihrer beiderseitigen Interessen nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) als redliche Vertragspartner gewählt worden wäre. Von diesem

Ausgangspunkt wird die Auffassung vertreten, dass es verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten gebe, um die infolge der unwirksamen Klausel entstandene Lücke auszufüllen, und regelmäßig kein Anhaltspunkt dafür bestehe, was die Parteien vereinbart hätten, wenn ihnen die gesetzlich angeordnete Unwirksamkeit der Abänderungsklausel bekannt gewesen wäre. Dabei wird vor allem darauf hingewiesen, dass die Variationsbreite der möglichen Änderungen groß und nicht nur finanziell zu messen sei (siehe zum Ganzen: BAG, Urteil vom 11.02.2009 - 10 AZR 222/08 -, juris; Urteil vom 19.12.2006 - 9 AZR 294/06 -, juris; BGH, Urteil vom 03.11.1999 - VIII ZR 269/98 -, juris; ArbG Heilbronn, Urteil vom 04.09.2008 - 7 Ca 214/08 -, juris; ArbG Hagen, Urteil vom 05.09.2006 - 5 (2) Ca 2811/05 -, juris; ArbG Paderborn, Urteil vom 12.04.2006 - 3 Ca 2300/05 -, juris; Gaul/Ludwig, BB 2010, 55; Häcker, ArbRB 2009, 51; Maus, KHR 2007, 6; Böhmann, MedR 2007, 465; derselbe, WissR, 2007, 403; Junker, BB 2007, 1274; Hümmerich/Bergwitz, BB 2005, 997).
Die salvatorische Klausel in § 12 Absatz 2 des Chefarztvertrags führt zu keinem anderen Ergebnis. Die §§ 305 ff. BGB können im Ergebnis nicht durch eine formularmäßige Klausel abbedungen werden. Eine solche Klausel ist selbst nach § 307 Abs. 1 Satz 1 und 2, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam (vgl. BAG, Urteil vom 25.05.2005 - 5 AZR 572/04 -, juris). Jedenfalls hat eine solche Klausel neben der - hier allerdings nicht gegebenen - Möglichkeit einer ergänzenden Vertragsauslegung keine eigenständige Bedeutung (vgl. Junker, BB 2007, 1274, 1281).
Unterstellt, die in § 4 des Chefarztvertrags enthaltene Entwicklungs- und Anpassungsklausel wäre anwendbar, wäre hier jedenfalls davon auszugehen, dass das einseitige Vertragsänderungsrecht vom Antragsgegner fehlerhaft ausgeübt worden ist. Im vorliegenden Fall sind die streitigen Organisationsmaßnahmen nicht - wie vertraglich vereinbart - „Im Benehmen mit der Abteilungsleiterin" vorgenommen bzw. beschlossen worden. Außerdem ist voraussichtlich dem Satzungsvorbehalt aus § 13 Abs. 1 Satz 2 und 3 Nr. 3, Abs. 2 Satz 2 bis 4 i. V. m. § 9 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 UKG nicht genügt worden. Offen bleiben kann dagegen, ob die vom Antragsgegner beschlossene Vertragsänderung billigem Ermessen entspricht, was zum einen voraussetzt, dass die Ausübung des Vertragsänderungsrechts nicht zu einer grundlegenden Störung des Gleichgewichts zwischen Leistung und Gegenleistung und damit zu einer Umgehung des Kündigungsschutzrechts führt, und dass zum anderen die wesentlichen Umstände des Falles abgewogen und die beiderseitigen Interessen berücksichtigt worden sind (zum Erfordernis des billigen Ermessens vgl. z. B. BAG, Urteil vom 12.01.2005 - 5 AZR 364/04 -, juris; Böhmann, MedR 2007, 465; Hümmerich/Bergwitz, BB 2005, 997; Reinecke, NJW 2005, 3383).
Unter dem Begriff des Benehmens ist eine Mitwirkungsform zu verstehen, die schwächer ist als das Einvernehmen oder die Zustimmung. Benehmen bedarf zwar keiner Willensübereinstimmung, verlangt wird jedoch ein Mindestmaß an Einflussmöglichkeit auf die Willensbildung des anderen. Dadurch soll sichergestellt werden, dass der von einem solchen Erfordernis Begünstigte eigene Vorstellungen vor einer endgültigen Entscheidung des anderen einbringen und damit deren Inhalt beeinflussen kann. Danach erschöpft sich die Herstellung des Benehmens nicht in einer bloßen Information oder Anhörung. Stärker als die Anhörung setzt das Benehmen eine Fühlungnahme voraus, die von dem Willen getragen wird, auch die Belange der anderen Seite zu berücksichtigen und sich mit ihr zu verständigen. Erhebliche Einwände oder Bedenken dürfen deshalb nicht einfach übergangen werden. Vielmehr ist auf den Ausgleich aufgetretener Differenzen hinzuwirken. Bei dennoch verbleibenden Meinungsunterschieden ist jedoch der Wille des

Regelungsbefugten ausschlaggebend. Als derart spezifische Form eines Zusammenwirkens hat das Benehmen schon bei der zu treffenden Sachentscheidung vorzuliegen, d. h. seine bezeichnenden Merkmale - Informierung, Abgabe und Entgegennahme der Äußerung, ggf. Bemühung um Konsens - müssen als äußere Akte prinzipiell bereits vor der entsprechenden Beschlussfassung über die angestrebten Änderungen erfolgen (vgl. z. B. BAG, Urteil vom 13.03.2003 - 6 AZR 557/01 -, juris; Urteil vom 24.08.1994 - 6 RKa 15/93 -, juris; Urteil vom 15.12.1976 - 5 AZR 600/75 -, juris; Hümmerich/Bergwitz, BB 2005, 997). Die Abrede, dass das Universitätsklinikum strukturelle und organisatorische Änderungen im Klinikum „Im Benehmen mit der Abteilungsleiterin" vornehmen kann, stellt somit ein Korrektiv der hinsichtlich der einzelnen Voraussetzungen und Reichweite unbestimmten Entwicklungs- und Anpassungsklausel in § 4 des Vertrages vom 22.02./14.03.2001 dar.
Nach dem eigenen Verständnis des Antragsgegners ist der maßgebende und bindende Organisationsbeschluss von seinem Klinikumsvorstand am 18.06.2008 gefasst worden (vgl. z. B. den Schriftsatz des seinerzeit beigeladenen Universitätsklinikums an den Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg im Verfahren - 9 S 2586/09 - vom 14.01.2010; ferner den Beschluss der Kammer vom 09.09.2009 - 8 K 1946/09 - sowie den Beschluss des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg vom 03.02.2010 - 9 S 2586/09 -, juris). Nach dem Vortrag der Antragstellerin hat diese von den am 18.06.2008 beschlossenen Organisationsmaßnahmen erstmals am 20.06.2008 Kenntnis erlangt; eine wie auch immer geartete Anhörung fand bis dahin nicht statt. Auch den einschlägigen Sitzungsunterlagen, die dem Klinikumsvorstand bei seiner Beschlussfassung am 18.06.2008, dem Aufsichtsrat bei seiner Beschlussfassung am 09.07.2008 und dem Fakultätsrat bei seiner Sitzung am 22.07.2008 vorgelegen haben, kann nichts entnommen werden, was darauf hindeuten könnte, dass das Benehmen mit der Antragstellerin gesucht worden wäre. Insbesondere enthält das vom Antragsgegner verfasste „Positionspapier zur Gründung eines Departments Allgemeine und Viszeralchirurgie", welches dem Gericht in zwei unterschiedlichen Versionen, jeweils ohne Datum, vorliegt, keinen Hinweis auf eine vorherige Anhörung oder gar Stellungnahme der Antragstellerin; es werden dort auch nicht die Folgen der Organisationsmaßnahmen für die Antragstellerin, deren betroffenen Interessen oder etwaige Alternativen dargestellt. Wie ausgeführt, soll das Erfordernis „im Benehmen" sicher stellen, dass der betroffene Chefarzt seine Vorstellungen über Inhalt und Umfang der angestrebten Maßnahmen wirksam einbringen kann, bevor ein endgültiger Beschluss gefasst wird. Dieser Zweck wurde hier verfehlt, ohne dass eine Heilung oder Nachholung in Betracht kommt. Nach der Auffassung des Antragsgegners ist der Organisationsbeschluss vom 18.06.2008 maßgebend und spätestens seit der Zustimmung seines Aufsichtsrates am 09.07.2008 und der im gleichen Monat erfolgten Einvernehmenserteilung durch die Medizinische Fakultät auch bindend. Rechtlich kommt es daher nicht auf den Umstand an, dass in der Folgezeit „die Umstrukturierung der Allgemein- und Viszeralchirurgie nunmehr seit über einem Jahr zwischen der Antragstellerin und dem Universitätsklinikum wiederholt und ausführlich - sowohl in persönlichen Gesprächen wie auch schriftlich - diskutiert wurde" (vgl. das Schreiben des Vorstandsvorsitzenden des Antragsgegners an die Universität U. vom 01.09.2009). Die Kammer vermag auch nicht der vom Antragsgegner vertretenen Ansicht zu folgen, dass es für das Benehmen rechtlich auf den Zeitpunkt des Bedingungseintritts ankomme, also außer auf die Zustimmung des Aufsichtsrats auch auf die Annahme eines Rufs auf eine W3-Professur für Onkologische Chirurgie. Für die Frage, ob die auferlegte Beteiligungspflicht erfüllt worden ist, ist auf den Zeitpunkt der Entscheidung abzustellen

und nicht auf den Zeitpunkt, an dem die bereits getroffene Entscheidung wirksam wird. Es liegt auf der Hand, dass die durch das Benehmen bezweckte Einflussnahme der Antragstellerin auf die Willensbildung des Antragsgegners geringer ausfällt, wenn die maßgebliche Entscheidung bereits getroffen wurde, die Zustimmung des Aufsichtsrates und das Einvernehmen der Medizinischen Fakultät bereits erteilt wurden und parallel zu den Gesprächen, die der Antragsgegner mit der Antragstellerin geführt hat, bereits das Besetzungsverfahren für den künftigen Leiter der neu geschaffenen Klinik für Onkologische Chirurgie im Gange ist. Außerdem könnte die Antragstellerin im Fall einer Nachholung des Benehmens keinen Einfluss mehr nehmen auf die bereits erfolgte Zustimmung des Aufsichtsrates und das bereits erteilte Einvernehmen der Medizinischen Fakultät. Insbesondere die nach § 7 Abs. 1 Satz 3 UKG zu Organisationsentscheidungen des Universitätsklinikums erforderliche Einvernehmensentscheidung der Medizinischen Fakultät kann nach Auffassung der Kammer sachgerecht überhaupt nur dann getroffen werden, wenn der Antragstellerin zuvor ausreichend Gelegenheit eingeräumt worden ist, ihre Interessen geltend zu machen (zur Bedeutung des Einvernehmens der Medizinischen Fakultät vgl. BVerfG, Beschluss vom 01.02.2010 - 1 BvR 1165/08 -, juris; Beschluss vom 02.07.2008 - 1 BvR 1165/08 -, juris; Beschluss vom 27.11.2007 - 1 BvR 1736/07 -, juris; OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 10.06.2010 - 15 B 2574/06 -, juris).
Nach § 13 Abs. 1 Satz 1 UKG werden im Rahmen dieses Gesetzes die Rechtsverhältnisse des Universitätsklinikums durch Satzung geregelt. In der Satzung sind die Grundsätze für die Gliederung des Universitätsklinikums in medizinische und sonstige Einrichtungen, ihre Aufgaben, Nutzung und weitere Untergliederung gemäß den Belangen der Krankenversorgung unter Berücksichtigung der Erfordernisse von Forschung und Lehre festzulegen (§ 13 Abs. 1 Satz 2 UKG). Darüber hinaus bestimmt die Satzung insbesondere Näheres über die Errichtung, Änderung, Aufhebung und die Leitung der dem Universitätsklinikum angehörenden Einrichtungen (§ 13 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 UKG). Nach § 13 Abs. 2 Satz 1 UKG wird die Satzung vom Wissenschaftsministerium erlassen. Für die Gliederung des Universitätsklinikums gelten die bis zu diesem Zeitpunkt getroffenen Festlegungen, die der Satzung als Anlage beizufügen sind (§ 13 Abs. 2 Satz 2 und 3 UKG). § 9 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 UKG regelt, dass der Aufsichtsrat über die Änderung der Satzung entscheidet. Änderungen der Satzung und der Gliederung bedürfen der Genehmigung des Wissenschaftsministeriums, wobei die Genehmigung aus rechtlichen Gründen oder dann versagt werden darf, wenn die Gliederung des Universitätsklinikums nicht mit den Zielen und Vorgaben des Landes in krankenversorgerischer Hinsicht übereinstimmt (§ 13 Abs. 2 Satz 4 und 5 UKG). Die Satzung wird gemäß der von der Universität aufgrund von § 8 Abs. 6 LHG getroffenen Regelung bekannt gemacht (§ 13 Abs. 2 Satz 6 UKG). Der Antragsgegner hat dem Gericht ein Exemplar der zur Zeit geltenden „Satzung des Universitätsklinikums U." mit Stand 15.11.2007 vorgelegt. Dieser Satzung ist die „Anlage zur Satzung des Universitätsklinikums U." beigefügt, die die weitere Überschrift „Gliederung gemäß § 7" trägt. Unter „2. Zentrum für Chirurgie" heißt es unter Ziff. 2.1. „Klinik für Allgemein-, Viszeral- und Transplantationschirurgie".
Zunächst ist davon auszugehen, dass die Organisationssatzung nach § 13 UKG die innere Aufbauorganisation des Klinikums regelt, soweit diese nicht bereits durch das Universitätsklinika-Gesetz vorgegeben ist (vgl. Sandberger, in: Hailbronner/Geis, Hochschulrecht in Bund und Ländern, Band 2, Baden-Württemberg, Rdnr. 223; derselbe, in: Haug, Das Hochschulrecht in Baden-Württemberg, 2. Auflage, Kapitel 4 Rdnr. 1169). Anlagen dienen der Entlastung des Vorschriftentextes und teilen dessen Rechtsqualität. Damit sieht die Satzung des Universitätsklinikums derzeit als Organisationseinheit eine

„Klinik für Allgemein-, Viszeral- und Transplantationschirurgie" vor. Fraglich ist, ob die in der Satzung getroffenen Festlegungen hinsichtlich der Gliederung des Klinikums auch ohne Satzungsänderung geändert werden können. Dafür könnte sprechen, dass nach § 13 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 UKG die Satzung u. a. Näheres über die Errichtung, Änderung, Aufhebung und die Leitung der dem Universitätsklinikum angehörenden Einrichtungen bestimmt. Außerdem wird in § 13 Abs. 2 Satz 4 UKG geregelt, dass Änderungen „der Satzung und der Gliederung" der Genehmigung des Wissenschaftsministeriums bedürfen. Könnte die Gliederung nur im Wege der Satzungsänderung geändert werden, hätte es dieser „und"-Konjunktion nicht bedurft.
Wenn allerdings die in der Anlage zur Satzung enthaltenen Festlegungen zur Gliederung des Universitätsklinikums dauerhaft geändert werden könnten, ohne dass dies entsprechende Änderungen der Satzung voraussetzen würde, würde dies die konkrete Gefahr in sich bergen, dass die normativ festgelegte Gliederung des Universitätsklinikums mit der Zeit immer weniger mit der tatsächlich vorhandenen Gliederung übereinstimmt und damit die Organisationssatzung letztlich ihre Regelungsfunktion einbüßen würde.
Diese Frage kann offen bleiben, da die Satzung selbst eine Abweichung von ihren Bestimmungen nur „in Einzelfällen" für zulässig erklärt, nämlich um neue Organisations- und Leitungsstrukturen zu erproben (§ 7 Abs. 4 der Satzung). Eine Organisationsmaßnahme, die bereits im Zeitpunkt der Beschlussfassung auf Dauer angelegt ist, erfolgt bereits begriffsnotwendig nicht „zur Erprobung". Im Gegensatz zu einer endgültigen Regelung soll bei einer Erprobungsregelung erst noch ermittelt werden, ob die konkrete Regelung notwendig oder erforderlich ist (vgl. z. B. § 45 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 StVO; § 20 LHeimG). Stellt sich also erst nach einer Erprobungsphase heraus, ob sich die Regelung - hier: die neue Organisationsstruktur - bewährt hat, so macht es in einem solchen Einzelfall auch keinen Sinn, die in der Satzung festgelegte Gliederung des Universitätsklinikums durch Satzungsbeschluss zu ändern, bevor nicht fest steht, dass sich die neue Organisationsstruktur bewährt hat und deshalb auf Dauer angelegt sein soll.
Nach Aktenlage spricht derzeit Überwiegendes dafür, dass die Organisationsmaßnahmen, die der Klinikumsvorstand des Antragsgegners am 18.06.2008 beschlossen hat, nicht lediglich erprobt werden sollten, sondern bereits auf Dauer angelegt waren. In den Behördenakten findet sich insbesondere kein Hinweis darauf, dass die streitigen Organisationsmaßnahmen nur vorläufiger Natur sein sollen; einer solchen Betrachtungsweise würde im Übrigen auch die geplante Bestellung eines Leiters für die geplante neue Klinik für Onkologische Chirurgie entgegenstehen. Der in dem „Positionspapier zur Gründung eines Departments Allgemeine und Viszeralchirurgie" enthaltene Hinweis, dass das Organisationsmodell „bei Eignung auf andere Kliniken des Chirurgischen Zentrums übertragen werden" soll, relativiert nicht die Endgültigkeit der konkret beschlossenen Errichtung eines Departments für Allgemeine und Viszeralchirurgie, sondern trifft lediglich eine Aussage darüber, unter welcher Voraussetzung eine Übertragung dieses Organisationsmodells auf andere Kliniken des Chirurgischen Zentrums in Betracht kommt.
Die Antragstellerin hat auch einen Anordnungsgrund, also die Dringlichkeit der Sache glaubhaft gemacht. Ohne den von ihr beantragten einstweiligen Rechtsschutz würde die Rechtsverwirklichung wesentlich erschwert werden. Würde - so wie beschlossen - das Department für Allgemeine und Viszeralchirurgie mit seiner neuen Leitung und Binnenstruktur, insbesondere mit dem neuen Leiter der neu geschaffenen Klinik für Onkologische Chirurgie, eingerichtet werden, wäre nach einem Hauptsacheerfolg eine vollständige Rückabwicklung aufgrund der inzwischen geschaffenen Fakten nur noch

schwer zu erreichen. Darüber hinaus ist es der Antragstellerin nicht zuzumuten, für die unter Umständen mehrjährige Dauer des Hauptsacheverfahrens so schwerwiegende Eingriffe in ihre vertraglich vermittelten Rechtspositionen hinzunehmen, wie sie nach dem Gesagten aufgrund der streitigen Organisationsmaßnahmen zu befürchten wären.
Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1, § 162 Abs. 3 i. V. m. § 154 Abs. 3 VwGO.
Zitiervorschlag:
VG Sigmaringen Beschl. v. 26.7.2010 – 8 K 273/10, BeckRS 2010, 51369

BeckRS 2009, 41756

OVG Münster, Beschluss vom 17.11.2009 - 16 A 3277/07

Titel:
Agentur für Arbeit, Versetzung, Mitbestimmungsrecht, Dienstvereinbarung, Entscheidungsbote, Entscheidungsbefugnis, eigene Maßnahme
Normenketten:
BPersVG §§ 75 I, 76 I Nr. 4, 77, 78
HE/GA Nr. 5
Rechtsgebiete:
Verwaltungsverfahren und -prozess, Arbeitsrecht, Sonstiges besonderes Verwaltungsrecht
Schlagworte:
Agentur für Arbeit, Versetzung, Mitbestimmungsrecht, Dienstvereinbarung, Entscheidungsbote, Entscheidungsbefugnis, eigene Maßnahme
ECLI:
ECLI:DE:OVGNRW:2009:1117.16A3277.07PVB.00
Rechtskraft:
nicht rechtskräftig

Fachsenat für Bundespersonalvertretungssachen
Die Beschwerde des Beteiligten gegen den Beschluss der Fachkammer für Bundespersonalvertretungssachen des Verwaltungsgerichts Köln vom 12. Oktober 2007 wird zurückgewiesen.
Es wird festgestellt, dass der Beteiligte verpflichtet ist, das Mitbestimmungsverfahren betreffend die Versetzung der Beschäftigten der Agentur für Arbeit C. gemäß Liste vom 20. Februar 2007 zur Agentur für Arbeit L. zum 1. März 2007 gemäß § 75 Abs. 1 Nr. 3 bzw. § 76 Abs. 1 Nr. 4 BPersVG nachzuholen.
Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen.
Gründe
I.
Die Zentrale der Bundesagentur für Arbeit (Zentrale) erließ unter dem 30. November 2006 eine Handlungsempfehlung/Geschäftsanweisung (HE/GA) „Optimierung der Inneren Verwaltung" mit Weisungscharakter. Ab dem 1. März 2007 wurde hierdurch die Erledigung bestimmter interner Verwaltungsaufgaben einschließlich der IT-Dienstleistungen aus den einzelnen Arbeitsagenturen abgezogen und zentralisiert. Insgesamt entstanden 45 sogenannte „Interne Services" und fünf Stützpunkte für diese Aufgaben. Die Beschäftigten, die diese Aufgaben bis dahin dezentral erfüllt hatten, wurden zu der Arbeitsagentur versetzt, bei welcher der gebündelte „Interne Service" angesiedelt worden

war. Ihr Dienstort und ihre Aufgaben änderten sich dadurch zunächst nicht. Die entsprechende Regelung unter Nummer 5 der HE/GA lautet auszugsweise:
„Die Internen Services und Stützpunkte werden zum 1. März 2007 gebildet. Gleichzeitig werden alle Mitarbeiter/innen der internen Verwaltung in den Arbeitsagenturen (AA) sowie der einzubeziehenden Aufgabenbereiche Personal, Infrastruktur und infrastrukturelle Dienste in den Regionaldirektionen (RD) unter Beibehaltung ihres Dienstortes zu der Arbeitsagentur (AA) versetzt, an deren Sitz der Interne Dienst eingerichtet wird. Zugleich gehen ihre Aufgaben, die entsprechenden Dienstposten/Tätigkeiten sowie die Stellen für Plankräfte auf den Internen Service über."
Der Antragsteller ist der Ansicht, die Versetzungen unterlägen nach §§ 75 Abs. 1 Nr. 3, 76 Abs. 1 Nr. 4 BPersVG seiner Mitbestimmung, also der Mitbestimmung des örtlichen Personalrats der abgebenden Dienststelle. Der Beteiligte stützte seine gegenteilige Ansicht zunächst auf die Dienstvereinbarung über die sozialverträgliche Flankierung personeller Maßnahmen im Zusammenhang mit der Neuausrichtung der Bundesanstalt für Arbeit vom 13. Oktober 2003 (DV). Die Versetzungen unterfielen - was unstreitig ist - dieser mit dem Hauptpersonalrat geschlossenen Dienstvereinbarung. Nach deren § 1 Abs. 1 Satz 3 sollte die Mitbestimmung der Personalvertretung nach §§ 75 Abs. 1, 76 Abs. 1 BPersVG im Rahmen der erfassten Einzelfälle verbraucht sein.
Der Antragsteller hat am 6. April 2007 das personalvertretungsrechtliche Beschlussverfahren eingeleitet. Er hat beantragt,
festzustellen, dass die Versetzung der in der Liste vom 20. Februar 2007 erfassten Beschäftigten zur Agentur für Arbeit L. zum 1. März 2007 gemäß § 75 Abs. 1 Nr. 3 bzw. § 76 Abs. 1 Nr. 4 BPersVG seiner Mitbestimmung unterliegt.
Der Beteiligte hat beantragt,
den Antrag abzulehnen.
Die Fachkammer für Bundespersonalvertretungssachen des Verwaltungsgerichts hat dem Antrag stattgegeben. Der Dienststellenleiter der Arbeitsagentur müsse sich trotz fehlender Entscheidungsbefugnis die Versetzung als eigene Maßnahme zurechnen lassen. Denn durch die HE/GA werde das Mitbestimmungsrecht der örtlichen Personalräte bewusst unbeachtet gelassen, ohne dass diesen hiergegen Rechtsschutzmöglichkeiten offen stünden. Die in § 1 Abs. 1 Satz 3 DV getroffene Regelung, das Mitbestimmungsrecht der Personalräte bei Versetzungen sei verbraucht, sei wegen fehlender Dispositionsbefugnis des Hauptpersonalrats unwirksam.
Gegen den ihm am 19. November 2007 zugestellten Beschluss hat der Beteiligte am 28. November 2007 Beschwerde erhoben und diese am 4. Januar 2008 begründet. Er trägt vor: Der Leiter der örtlichen Dienststelle habe keine auf den Einzelfall bezogene eigenverantwortliche Entscheidungsbefugnis gehabt. Deswegen werde der örtliche Personalrat auch nicht umgangen. Aus demselben Grund sei die Dienstvereinbarung über den Verbrauch des Mitbestimmungsrechts nicht zu beanstanden. Schließlich sei die Mitbestimmung des Antragstellers ausgeschlossen, weil § 78 Abs. 1 Nr. 2 BPersVG für die dort genannten Organisations- und Folgemaßnahmen eine abschließende Spezialregelung darstelle.
Der Beteiligte beantragt,
den angefochtenen Beschluss des Verwaltungsgerichts Köln zu ändern und den Antrag abzulehnen.
Der Antragsteller beantragt,
1. die Beschwerde zurückzuweisen,
2. festzustellen, dass der Beteiligte verpflichtet ist, das Mitbestimmungsverfahren

betreffend die Versetzung der Beschäftigten der Agentur für Arbeit C. gemäß Liste vom 20. Februar 2007 zur Agentur für Arbeit L. zum 1. März 2007 gemäß § 75 Abs. 1 Nr. 3 bzw. § 76 Abs. 1 Nr. 4 BPersVG nachzuholen.
Er verteidigt den angegriffenen Beschluss und verweist dazu vor allem auf die jüngste Rechtsprechung des Niedersächsischen Oberverwaltungsgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts zu parallel gelagerten Fällen, die seine Rechtsansicht bestätige.
Der Beteiligte beantragt,
den Antrag zu 2. des Antragstellers abzulehnen.
Der Fachsenat für Personalvertretungssachen des Bundes des Niedersächsischen Oberverwaltungsgerichts hat mit Beschluss vom 12. November 2008 - 17 LP 25/07 -, PersR 2009, 27, festgestellt, dass Versetzungen auf der Grundlage der HE/GA der Mitbestimmung des örtlichen Personalrats unterliegen. Zwar habe die HE/GA dem Dienststellenleiter der jeweiligen Arbeitsagentur grundsätzlich keinen eigenverantwortlichen Entscheidungsspielraum zugestanden. Gleichwohl müsse er die Versetzungen als eigene Maßnahmen im Sinne von § 69 Abs. 1 BPersVG gegen sich gelten lassen. Der Dienststellenleiter habe die allgemein getroffene Versetzungsentscheidung erst umgesetzt. Außerdem habe es ihm vor der Fertigung und Aushändigung der Versetzungsverfügungen oblegen zu prüfen, ob der Betroffene als Personalratsmitglied, Gleichstellungsbeauftragte oder Vertrauensperson der schwerbehinderten Menschen (Nr. 8 Abs. 2 HE/GA) besonderen Schutz vor Versetzung genieße. Schließlich sei es Aufgabe des Dienststellenleiters gewesen, sicher zu stellen, dass im Einzelfall die allgemeinen Auswahlgrundsätze über die personelle Auswahl bei Versetzungen eingehalten werden.
Den hiergegen gerichteten Antrag auf Zulassung der Rechtsbeschwerde hat das Bundesverwaltungsgericht mit Beschluss vom 30. März 2009 6 PB 31.08 , PersR 2009, 332 (Fundstelle Parallelverfahren) abgelehnt.
Nach Bekanntwerden der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts hat sich die Zentrale im April 2009 auf den Standpunkt gestellt, sie habe die betroffenen Beschäftigten selbst versetzt, nämlich unmittelbar durch die HE/GA. Die von den Arbeitsagenturen ausgefertigten Versetzungsschreiben seien rein deklaratorisch gewesen. Die Zentrale hat den Hauptpersonalrat am 29. April 2009 um rückwirkende Zustimmung zu den durch Nr. 5 HE/GA ausgesprochenen Versetzungen gebeten. Diese hat der Hauptpersonalrat am 15. Mai 2009 erteilt.
Diese Ansicht hat sich der Beteiligte zu eigen gemacht und in das Beschwerdeverfahren eingeführt. Er führt aus, der Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts beruhe auf der unrichtigen Tatsachenfeststellung des Niedersächsischen Oberverwaltungsgerichts, den Agenturen für Arbeit sei noch Umsetzungsspielraum bei der Versetzungsentscheidung verblieben.
Den im Beschwerdeverfahren erstmals gestellten Antrag zu 2. hält der Antragsteller für sachdienlich. Obwohl das Bundesverwaltungsgericht in einem gleich gelagerten Fall die Mitbestimmungspflichtigkeit der Versetzungen festgestellt habe, weigere sich die in jenem Verfahren beteiligte Agentur für Arbeit, das Mitbestimmungsverfahren nachzuholen. Der Antragsteller befürchtet, dass der Beteiligte sich ebenso verhalten werde. Der Antrag zu 2. solle ein weiteres Beschlussverfahren verhindern.
Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte und des beigezogenen Verwaltungsvorgangs Bezug genommen.
II.
1. Die zulässige Beschwerde des Beteiligten, über die der Senat im Einverständnis des

Antragstellers und des Beteiligten ohne mündliche Anhörung entscheidet, bleibt ohne Erfolg. Das Verwaltungsgericht hat zu Recht festgestellt, dass die Versetzungen der in der Beschlussformel näher bezeichneten Beschäftigten ohne Beteiligung des Antragstellers nach § 75 Abs. 1 Nr. 3 bzw. § 76 Abs. 1 Nr. 4 BPersVG dessen Mitbestimmungsrecht verletzt.
Nach den Beschlüssen des Bundesverwaltungsgerichts vom 30. März 2009 ist geklärt, dass Versetzungen auf der Grundlage der HE/GA der Mitbestimmung der örtlichen Personalräte unterliegen, wenn die Zentrale der Bundesagentur für Arbeit nicht im Wege des Selbsteintritts den nachgeordneten Agenturen für Arbeit die Zuständigkeit für die Versetzungen entzogen hat. Hierzu muss sie die Entscheidung im Einzelfall an sich gezogen haben und darf die nachgeordnete Dienststelle nur als Boten zu deren Übermittlung eingesetzt haben. An einer unmittelbar gestaltenden Anordnung der übergeordneten Dienststelle fehlt es indessen, wenn diese generelle Weisungen für Personalangelegenheiten erlässt, die von den nachgeordneten Dienststellen im Wege personeller Einzelmaßnahmen - mit oder ohne Entscheidungsspielraum - umzusetzen sind.
Vgl. BVerwG, Beschluss vom 30. März 2009 - 6 PB 31.08 -, Juris Rdn. 10 (= PersR 2009, 332).
Der Senat kann entgegen dem Beschwerdevorbringen nicht feststellen, dass die Zentrale jede einzelne Versetzung selbst unmittelbar durch Nr. 5 HE/GA vorgenommen hat und die jeweilige Dienststelle lediglich als ihr Entscheidungsbote aufgetreten ist. Der Dienststellenleitung oblag vielmehr die Umsetzung der HE/GA im Einzelfall durch Fertigung und Aushändigung der Versetzungsverfügung bzw. Einverständniserklärung zur Versetzung jeweils unter vorheriger Prüfung der Regelung in Ziffer 8 Abs. 2 HE/GA und Beachtung der durch die Dienstvereinbarung vom 13. Oktober 2003 mitbestimmten allgemeinen Auswahlgrundsätze über die personelle Auswahl bei Versetzungen (§ 78 Abs. 2 Nr. 8 BPersVG). Insoweit war noch Raum für eigene Umsetzungsmaßnahmen der aufnehmenden wie auch abgebenden Dienststellenleitungen, die vom jeweiligen örtlichen Personalrat zumindest einer Rechtmäßigkeitskontrolle hätte unterzogen werden können (vgl. § 77 Abs. 2 Nr. 1 BPersVG).
Vgl. OVG Nds, Beschluss vom 12. November 2008 - 17 LP 25/07 -, Juris Rdn. 33 (= PersR 2009, 27); BVerwG, Beschluss vom 30. März 2009, a. a. O. Rdn. 32 zum Inhalt der Rechtmäßigkeitskontrolle.
Nach der angeführten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts fehlt es an einer eigenen Maßnahme des Dienststellenleiters nicht schon, wenn die generelle Weisung - wie hier - ihm praktisch keinen eigenen Entscheidungsspielraum belässt. Die HE/GA ist zwar so strikt gefasst, dass jede einzelne Versetzung gleichsam vorprogrammiert ist. Die Regeln, nach denen sie vorzunehmen waren, mussten vom Dienststellenleiter aber noch auf die Beschäftigten angewendet werden. Ihm verblieb als Umsetzungsmaßnahme also der Anwendungsvorgang (Subsumtionsvorgang). Dieser weist die Qualität einer eigenen Maßnahme auf, die zumindest einer Rechtskontrolle durch den örtlichen Personalrat zugänglich ist.
Der Senat teilt die Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts, dass es bei bundesweit etwa 6.000 betroffenen Mitarbeitern im Einzelfall gute Gründe geben konnte, von der Versetzung abzusehen oder sie in Bezug auf den Dienstort zu modifizieren. Auch hierdurch war Raum für eine sinnvolle Beteiligung des Personalrats an der Versetzung eröffnet.
Vgl. BVerwG, Beschluss vom 30. März 2009, a. a. O. Rdn. 33.
Dem tritt die Beschwerde nicht mit Erfolg entgegen. Insbesondere zeigt sie nicht auf, dass das Bundesverwaltungsgericht von einer unrichtigen Tatsachengrundlage ausgegangen ist.

Nicht einmal der Wortlaut von Nr. 5 HE/GA,
„Gleichzeitig werden alle Mitarbeiter/innen ... unter Beibehaltung ihres Dienstortes zu der AA versetzt, an deren Sitz der Interne Service eingerichtet wird",
auf den sich der Beteiligte vorwiegend beruft, lässt auf einen Selbsteintritt der Zentrale schließen. Die HE/GA vom 30. November 2006 ist weitgehend rechtssatzförmig abgefasst. In Gesetzen oder anderen Normtexten ist es üblich, dass bei der Moduswahl der (beschreibende) Indikativ aus stilistischen Gründen dem Imperativ vorgezogen wird, ohne dass damit der Selbstvollzug der Norm einhergeht.
Vgl. Bundesministerium der Justiz, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. Auflage (2008), Teil B Rdn. 83: „imperatives Präsens".
Die indikative Beschreibung wirkt durch den Befehlscharakter, der Normwerken wie der HE/GA inne wohnt, als unbedingte Handlungsanweisung. Die sprachlich gefälligere Fassung nimmt ihr den anweisenden Gehalt nicht. Soll sich eine Norm ausnahmsweise ohne Umsetzungsakt selbst vollziehen, muss sich dieser Wille des Normgebers dem Normtext, dem Sachzusammenhang oder sonstigen Umständen entnehmen lassen. Hieran fehlt es bei der HE/GA. Die Zentrale ist vielmehr lange Zeit selbst davon ausgegangen, dass zur Umsetzung des neuen Organisationskonzepts eigene Maßnahmen der Dienststellenleiter notwendig würden. Anders ist nicht zu erklären, warum die Zentrale sich stets auf den Ausschluss („Verbrauch") des Mitbestimmungsrechts der Personalräte durch die Dienstvereinbarung aus dem Jahr 2003 berufen hat. Entsprechend der damals offenbar vorherrschenden Auffassung haben die Dienststellenleiter auch die Versetzung der einzelnen Mitarbeiter verfügt. Folgerichtig heißt es im Schreiben der Agentur für Arbeit L. vom 22. Februar 2007 an den Antragsteller: „In Anwendung der HE/GA vom 30.11.06 werden alle Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter ... zum Stützpunkt L. versetzt" (Hervorhebung durch den Senat).
Der Senat ist zu der Überzeugung gelangt, dass die Zentrale und ihr folgend der Beteiligte lediglich in Reaktion auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts die Versetzungen nunmehr als „deklaratorisch" bezeichnen. Sie erstreben auf diese Weise das in der Dienstvereinbarung zum Ausdruck gebrachte Ziel, die Mitbestimmung der Personalräte zu vermeiden, doch noch zu erreichen. Eine solche Auslegung lässt die HE/GA jedoch nicht zu. Der Beteiligte kann ihr keinen anderen als den objektiven und ursprünglich beabsichtigten Regelungsgehalt beilegen. Dass die Zentrale die Versetzungen möglicherweise selbst hätte vornehmen und so die Mitbestimmung der örtlichen Personalräte hätte ausschließen können, ändert nichts daran, dass sie mit der HE/GA diesen Weg der Umorganisation tatsächlich nicht beschritten hat.
2. Der Antrag des Antragstellers, festzustellen, dass der Beteiligte verpflichtet ist, das Mitbestimmungsverfahren in den im Antrag näher bezeichneten Versetzungsverfahren nachzuholen, ist zulässig und begründet.
Die im Beschwerdeverfahren vorgenommene Antragserweiterung ist zulässig. Sie erweist sich als sachdienlich im Sinne von § 83 Abs. 2 BPersVG i. V. m. §§ 87 Abs. 2 Satz 3, 2. HS, 81 Abs. 3 Satz 1 ArbGG. Der Beteiligte hat sich nicht dazu verpflichtet, das Mitbestimmungsverfahren in den betroffenen Versetzungsverfahren nachzuholen, wenn deren Mitbestimmungspflichtigkeit rechtskräftig festgestellt wird. Die Bescheidung des erweiterten Antrags im Beschwerdeverfahren lässt erwarten, dass hierdurch die Durchführung eines weiteren Beschlussverfahrens vermieden wird.
Der Beteiligte hat die Antragserweiterung im übrigen auch nicht als unzulässig gerügt.
Der Antrag zu 2. des Antragstellers ist auch im Übrigen zulässig. Rechtsschutzbedürfnis und Feststellungsinteresse an der begehrten Feststellung sind weder vor Einleitung des

Beschlussverfahrens noch später entfallen. Zwar sind die Versetzungen vollzogen; sie können aber wieder rückgängig gemacht werden. Durch einen etwaigen gesetzeswidrigen Vollzug der Maßnahme geht das Beteiligungsrecht nicht unter. Es wird bei fortwirkenden, abänderbaren oder rückgängig zu machenden Maßnahmen nicht durch seine Missachtung gegenstandslos. Wird in einem solchen Falle die Verletzung oder das Fortbestehen eines Mitbestimmungsrechts rechtskräftig festgestellt, hat der Dienststellenleiter entweder die mitbestimmungspflichtige Maßnahme, wenn sie von ihm ohne das gebotene Beteiligungsverfahren getroffen worden ist, kraft einer jedenfalls objektiv-rechtlich bestehenden Verpflichtung wieder rückgängig zu machen oder aber das nachzuholende Mitbestimmungsverfahren unverzüglich einzuleiten. Die nachträgliche Einleitung eines Mitbestimmungsverfahrens kann die Personalvertretung notfalls auch in einem Beschlussverfahren durchsetzen. Als Grundlage dafür kann die begehrte Feststellung dienen. An einem darauf abzielenden Antrag bestehen daher weiterhin ein Rechtsschutzbedürfnis und ein Feststellungsinteresse.
Vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 16. September 1994 - 6 P 32.92 -, Juris Rdn. 14 (= BVerwGE 96, 355), und vom 20. Januar 1993 - 6 P 18.90 -, PersR 1993, 307.
Der Feststellungsantrag ist auch begründet. Da die Versetzungen ohne Beteiligung des Antragstellers dessen Mitbestimmungsrecht verletzt haben, ist der Beteiligte verpflichtet, das Mitbestimmungsverfahren nachzuholen. Ein dem korrespondierender Verfahrensanspruch des Antragstellers ergibt sich aus § 75 Abs. 1 Nr. 3 bzw. § 76 Abs. 1 Nr. 4 i. V. m. § 69 Abs. 1 und 2 BPersVG. Diesen kann der Antragsteller gerichtlich feststellen lassen.
Vgl. zur Begründung des Verfahrensanspruchs im Einzelnen: BVerwG, Beschluss vom 15. März 1993 - 6 P 38/93 -, Juris Rdn. 26 ff (= JurPC 1996, 79).
Eine Kostenentscheidung entfällt im personalvertretungsrechtlichen Beschlussverfahren.
Die Rechtsbeschwerde war nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen hierfür nicht vorliegen.
Zitiervorschlag:
OVG Münster Beschl. v. 17.11.2009 – 16 A 3277/07, BeckRS 2009, 41756

BeckRS 2009, 39671

OVG Münster, Beschluss vom 06.10.2009 - 16 A 3278/07

Titel:
Bundespersonalvertretungssachen, Mitbestimmungsverfahren, Dienstort, Infrastruktur, infrastrukturelle Dienste, Dienststellenleiter
Normenkette:
BPersVG §§ 75 I Nr. 3, 76 I Nr. 4, 78 I Nr. 2
Rechtsgebiete:
Arbeitsrecht, Verwaltungsverfahren und -prozess, Sonstiges besonderes Verwaltungsrecht
Schlagworte:
Bundespersonalvertretungssachen, Mitbestimmungsverfahren, Dienstort, Infrastruktur, infrastrukturelle Dienste, Dienststellenleiter
ECLI:
ECLI:DE:OVGNRW:2009:1006.16A3278.07PVB.00
Rechtskraft:
nicht rechtskräftig

Fachsenat für Bundespersonalvertretungssachen
Die Beschwerde des Beteiligten gegen den Beschluss der Fachkammer für Bundespersonalvertretungssachen des Verwaltungsgerichts Köln vom 12. Oktober 2007 wird zurückgewiesen.
Es wird festgestellt, dass der Beteiligte verpflichtet ist, das Mitbestimmungsverfahren betreffend die Versetzung der Beschäftigten der Agentur für Arbeit C. H. gemäß Liste vom 21. Februar 2007, der Agentur für Arbeit C1. gemäß Liste vom 20. Februar 2007 und der Agentur für Arbeit C2. gemäß Liste vom 20. Februar 2007 zur Agentur für Arbeit L. zum 1. März 2007 gemäß § 75 Abs. 1 Nr. 3 bzw. § 76 Abs. 1 Nr. 4 BPersVG nachzuholen.
Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen.
Gründe
I.
Die Zentrale der ...agentur für ... (Zentrale) erließ unter dem 30. November 2006 eine Handlungsempfehlung/Geschäftsanweisung (HE/GA) „Optimierung der Inneren Verwaltung" mit Weisungscharakter. Ab dem 1. März 2007 wurde hierdurch die Erledigung bestimmter interner Verwaltungsaufgaben einschließlich der IT-Dienstleistungen aus den einzelnen Arbeitsagenturen abgezogen und zentralisiert. Insgesamt entstanden 45 sogenannte „Interne Services" und fünf Stützpunkte für diese Aufgaben. Die Beschäftigten, die diese Aufgaben bis dahin dezentral erfüllt hatten, wurden zu der Arbeitsagentur versetzt, bei welcher der gebündelte „Interne Service" angesiedelt worden war. Ihr Dienstort und ihre Aufgaben änderten sich dadurch zunächst nicht. Die entsprechende Regelung unter Nummer 5 der HE/GA lautet auszugsweise:
„Die Internen Services und Stützpunkte werden zum 1. März 2007 gebildet. Gleichzeitig werden alle Mitarbeiter/innen der internen Verwaltung in den Arbeitsagenturen (AA) sowie der einzubeziehenden Aufgabenbereiche Personal, Infrastruktur und infrastrukturelle Dienste in den Regionaldirektionen (RD) unter Beibehaltung ihres Dienstortes zu der Arbeitsagentur (AA) versetzt, an deren Sitz der Interne Dienst eingerichtet wird. Zugleich gehen ihre Aufgaben, die entsprechenden Dienstposten/Tätigkeiten sowie die Stellen für Plankräfte auf den Internen Service über."
Der Antragsteller ist der Ansicht, die Versetzungen unterlägen nach §§ 75 Abs. 1 Nr. 3, 76 Abs. 1 Nr. 4 BPersVG seiner Mitbestimmung, also der Mitbestimmung des örtlichen Personalrats der aufnehmenden Dienststelle. Der Beteiligte stützte seine gegenteilige Ansicht zunächst auf die Dienstvereinbarung über die sozialverträgliche Flankierung personeller Maßnahmen im Zusammenhang mit der Neuausrichtung der Bundesanstalt für Arbeit vom 13. Oktober 2003 (DV). Die Versetzungen unterfielen - was unstreitig ist - dieser mit dem Hauptpersonalrat geschlossenen Dienstvereinbarung. Nach deren § 1 Abs. 1 Satz 3 sollte die Mitbestimmung der Personalvertretung nach §§ 75 Abs. 1, 76 Abs. 1 BPersVG im Rahmen der erfassten Einzelfälle verbraucht sein.
Der Antragsteller hat am 11. April 2007 das personalvertretungsrechtliche Beschlussverfahren eingeleitet.
Er hat beantragt,
festzustellen, dass die Versetzung der Beschäftigten der Agentur für Arbeit C. H. gemäß Liste vom 21. Februar 2007, der Agentur für Arbeit C1. gemäß Liste vom 20. Februar 2007 und der Agentur für Arbeit C2. gemäß Liste vom 20. Februar 2007 zur Agentur für Arbeit L. zum 1. März 2007 gemäß § 75 Abs. 1 Nr. 3 bzw. § 76 Abs. 1 Nr. 4 BPersVG seiner Mitbestimmung unterliegt.
Der Beteiligte hat beantragt,
den Antrag abzulehnen.

Die Fachkammer für Bundespersonalvertretungssachen des Verwaltungsgerichts hat dem Antrag stattgegeben. Der Dienststellenleiter der Arbeitsagentur müsse sich trotz fehlender Entscheidungsbefugnis die Versetzung als eigene Maßnahme zurechnen lassen. Denn durch die HE/GA werde das Mitbestimmungsrecht der örtlichen Personalräte bewusst unbeachtet gelassen, ohne dass diesen hiergegen Rechtsschutzmöglichkeiten offen stünden. Die in § 1 Abs. 1 Satz 3 DV getroffene Regelung, das Mitbestimmungsrecht der Personalräte bei Versetzungen sei verbraucht, sei wegen fehlender Dispositionsbefugnis des Hauptpersonalrats unwirksam.
Gegen den ihm am 9. November 2007 zugestellten Beschluss hat der Beteiligte am 28. November 2007 Beschwerde erhoben und diese am 4. Januar 2008 begründet. Er trägt vor: Der Leiter der örtlichen Dienststelle habe keine auf den Einzelfall bezogene eigenverantwortliche Entscheidungsbefugnis gehabt. Deswegen werde der örtliche Personalrat auch nicht umgangen. Aus demselben Grund sei die Dienstvereinbarung über den Verbrauch des Mitbestimmungsrechts nicht zu beanstanden. Schließlich sei die Mitbestimmung des Antragstellers ausgeschlossen, weil § 78 Abs. 1 Nr. 2 BPersVG für die dort genannten Organisations- und Folgemaßnahmen eine abschließende Spezialregelung darstelle.
Der Beteiligte beantragt,
den angefochtenen Beschluss des Verwaltungsgerichts Köln zu ändern und den Antrag abzulehnen.
Der Antragsteller beantragt,
die Beschwerde zurückzuweisen,
festzustellen, dass der Beteiligte verpflichtet ist, das Mitbestimmungsverfahren betreffend die Versetzung der Beschäftigten der Agentur für Arbeit C. H. gemäß Liste vom 21. Februar 2007, der Agentur für Arbeit C1. gemäß Liste vom 20. Februar 2007 und der Agentur für Arbeit C2. gemäß Liste vom 20. Februar 2007 zur Agentur für Arbeit L. zum 1. März 2007 gemäß § 75 Abs. 1 Nr. 3 bzw. § 76 Abs. 1 Nr. 4 BPersVG nachzuholen.
Er verteidigt den angegriffenen Beschluss und verweist dazu vor allem auf die jüngste Rechtsprechung des Niedersächsischen Oberverwaltungsgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts zu parallel gelagerten Fällen, die seine Rechtsansicht bestätige.
Der Beteiligte beantragt,
den Antrag zu 2. des Antragstellers abzulehnen.
Der Fachsenat für Personalvertretungssachen des Bundes des Niedersächsischen Oberverwaltungsgerichts hat mit Beschluss vom 12. November 2008 - 17 LP 25/07 -, PersR 2009, 27, festgestellt, dass Versetzungen auf der Grundlage der HE/GA der Mitbestimmung des örtlichen Personalrats unterliegen. Zwar habe die HE/GA dem Dienststellenleiter der jeweiligen Arbeitsagentur grundsätzlich keinen eigenverantwortlichen Entscheidungsspielraum zugestanden. Gleichwohl müsse er die Versetzungen als eigene Maßnahmen im Sinne von § 69 Abs. 1 BPersVG gegen sich gelten lassen. Der Dienststellenleiter habe die allgemein getroffene Versetzungsentscheidung erst umgesetzt. Außerdem habe es ihm vor der Fertigung und Aushändigung der Versetzungsverfügungen oblegen zu prüfen, ob der Betroffene als Personalratsmitglied, Gleichstellungsbeauftragte oder Vertrauensperson der schwerbehinderten Menschen (Nr. 8 Abs. 2 HE/GA) besonderen Schutz vor Versetzung genieße. Schließlich sei es Aufgabe des Dienststellenleiters gewesen, sicher zu stellen, dass im Einzelfall die allgemeinen Auswahlgrundsätze über die personelle Auswahl bei Versetzungen eingehalten werden.
Den hiergegen gerichteten Antrag auf Zulassung der Rechtsbeschwerde hat das

Bundesverwaltungsgericht mit Beschluss vom 30. März 2009 6 PB 31.08, PersR 2009, 332 (Fundstelle Parallelverfahren) abgelehnt.
Nach Bekanntwerden der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts hat sich die Zentrale im April 2009 auf den Standpunkt gestellt, sie habe die betroffenen Beschäftigten selbst versetzt, nämlich unmittelbar durch die HE/GA. Die von den Arbeitsagenturen ausgefertigten Versetzungsschreiben seien rein deklaratorisch gewesen. Die Zentrale hat den Hauptpersonalrat am 29. April 2009 um rückwirkende Zustimmung zu den durch Nr. 5 HE/GA ausgesprochenen Versetzungen gebeten. Diese hat der Hauptpersonalrat am 15. Mai 2009 erteilt.
Diese Ansicht hat sich der Beteiligte zu Eigen gemacht und in das Beschwerdeverfahren eingeführt. Er führt aus, der Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts beruhe auf der unrichtigen Tatsachenfeststellung des Niedersächsischen Oberverwaltungsgerichts, den Agenturen für Arbeit sei noch Umsetzungsspielraum bei der Versetzungsentscheidung verblieben.
Den im Beschwerdeverfahren erstmals gestellten Antrag zu 2. hält der Antragsteller für sachdienlich. Obwohl das Bundesverwaltungsgericht in einem gleich gelagerten Fall die Mitbestimmungspflichtigkeit der Versetzungen festgestellt habe, weigere sich die in jenem Verfahren beteiligte Agentur für Arbeit, das Mitbestimmungsverfahren nachzuholen. Der Antragsteller befürchtet, dass der Beteiligte sich ebenso verhalten werde. Der Antrag zu 2. solle ein weiteres Beschlussverfahren verhindern.
Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte und des beigezogenen Verwaltungsvorgangs Bezug genommen.
II.
1. Die zulässige Beschwerde des Beteiligten bleibt ohne Erfolg. Das Verwaltungsgericht hat zu Recht festgestellt, dass die Versetzungen der in der Beschlussformel näher bezeichneten Beschäftigten ohne Beteiligung des Antragstellers nach § 75 Abs. 1 Nr. 3 bzw. § 76 Abs. 1 Nr. 4 BPersVG dessen Mitbestimmungsrecht verletzt.
Nach den Beschlüssen des Bundesverwaltungsgerichts vom 30. März 2009 ist geklärt, dass Versetzungen auf der Grundlage der HE/GA der Mitbestimmung der örtlichen Personalräte unterliegen, wenn die Zentrale der Bundesagentur für Arbeit nicht im Wege des Selbsteintritts den nachgeordneten Agenturen für Arbeit die Zuständigkeit für die Versetzungen entzogen hat. Hierzu muss sie die Entscheidung im Einzelfall an sich gezogen haben und darf die nachgeordnete Dienststelle nur als Boten zu deren Übermittlung eingesetzt haben. An einer unmittelbar gestaltenden Anordnung der übergeordneten Dienststelle fehlt es indessen, wenn diese generelle Weisungen für Personalangelegenheiten erlässt, die von den nachgeordneten Dienststellen im Wege personeller Einzelmaßnahmen - mit oder ohne Entscheidungsspielraum - umzusetzen sind. Vgl. BVerwG, Beschluss vom 30. März 2009 - 6 PB 31.08 -, Juris Rdn. 10 (= PersR 2009, 332).
Der Senat kann entgegen dem Beschwerdevorbringen nicht feststellen, dass die Zentrale jede einzelne Versetzung selbst unmittelbar durch Nr. 5 HE/GA vorgenommen hat und die jeweilige Dienststelle lediglich als ihr Entscheidungsbote aufgetreten ist. Der Dienststellenleitung oblag vielmehr die Umsetzung der HE/GA im Einzelfall durch Fertigung und Aushändigung der Versetzungsverfügung unter vorheriger Prüfung der Regelung in Ziffer 8 Abs. 2 HE/GA und Beachtung der durch die Dienstvereinbarung vom 13. Oktober 2003 mitbestimmten allgemeinen Auswahlgrundsätze über die personelle Auswahl bei Versetzungen (§ 78 Abs. 2 Nr. 8 BPersVG). Insoweit war noch Raum für eine eigene Umsetzungsmaßnahme der Dienststellenleitung, die vom örtlichen Personalrat zumindest

einer Rechtmäßigkeitskontrolle hätte unterzogen werden können (vgl. § 77 Abs. 2 Nr. 1 BPersVG).
Vgl. OVG Nds, Beschluss vom 12. November 2008 - 17 LP 25/07 -, Juris Rdn. 33 (= PersR 2009, 27); BVerwG, Beschluss vom 30. März 2009, a. a. O. Rdn. 32 zum Inhalt der Rechtmäßigkeitskontrolle.
Nach der angeführten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts fehlt es an einer eigenen Maßnahme des Dienststellenleiters nicht schon, wenn die generelle Weisung - wie hier - ihm praktisch keinen eigenen Entscheidungsspielraum belässt. Die HE/GA ist zwar so strikt gefasst, dass jede einzelne Versetzung gleichsam vorprogrammiert ist. Die Regeln, nach denen sie vorzunehmen waren, mussten vom Dienststellenleiter aber noch auf die Beschäftigten angewendet werden. Ihm verblieb als Umsetzungsmaßnahme also der Anwendungsvorgang (Subsumtionsvorgang). Dieser weist die Qualität einer eigenen Maßnahme auf, die zumindest einer Rechtskontrolle durch den örtlichen Personalrat zugänglich ist.
Der Senat teilt die Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts, dass es bei bundesweit etwa 6.000 betroffenen Mitarbeitern im Einzelfall gute Gründe geben konnte, von der Versetzung abzusehen oder sie in Bezug auf den Dienstort zu modifizieren. Auch hierdurch war Raum für eine sinnvolle Beteiligung des Personalrats an der Versetzung eröffnet.
Vgl. BVerwG, Beschluss vom 30. März 2009, a. a. O. Rdn. 33.
Dem tritt die Beschwerde nicht mit Erfolg entgegen. Insbesondere zeigt sie nicht auf, dass das Bundesverwaltungsgericht von einer unrichtigen Tatsachengrundlage ausgegangen ist. Nicht einmal der Wortlaut von Nr. 5 HE/GA,
„Gleichzeitig werden alle Mitarbeiter/innen ... unter Beibehaltung ihres Dienstortes zu der AA versetzt, an deren Sitz der Interne Service eingerichtet wird“,
auf den sich der Beteiligte vorwiegend beruft, lässt auf einen Selbsteintritt der Zentrale schließen. Die HE/GA vom 30. November 2006 ist weitgehend rechtssatzförmig abgefasst. In Gesetzen oder anderen Normtexten ist es üblich, dass bei der Moduswahl der (beschreibende) Indikativ aus stilistischen Gründen dem Imperativ vorgezogen wird, ohne dass damit der Selbstvollzug der Norm einhergeht.
Vgl. Bundesministerium der Justiz, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. Auflage (2008), Teil B Rdn. 83: „imperatives Präsens“.
Die indikative Beschreibung wirkt durch den Befehlscharakter, der Normwerken wie der HE/GA inne wohnt, als unbedingte Handlungsanweisung. Die sprachlich gefälligere Fassung nimmt ihr den anweisenden Gehalt nicht. Soll sich eine Norm ausnahmsweise ohne Umsetzungsakt selbst vollziehen, muss sich dieser Wille des Normgebers dem Normtext, dem Sachzusammenhang oder sonstigen Umständen entnehmen lassen. Hieran fehlt es bei der HE/GA. Die Zentrale ist vielmehr lange Zeit selbst davon ausgegangen, dass zur Umsetzung des neuen Organisationskonzepts eigene Maßnahmen der Dienststellenleiter notwendig würden. Anders ist nicht zu erklären, warum die Zentrale sich stets auf den Ausschluss („Verbrauch“) des Mitbestimmungsrechts der Personalräte durch die Dienstvereinbarung aus dem Jahr 2003 berufen hat. Entsprechend der damals offenbar vorherrschenden Auffassung haben die Dienststellenleiter auch die Versetzung der einzelnen Mitarbeiter verfügt. Folgerichtig heißt es im Schreiben der Agentur für Arbeit L. vom 22. Februar 2007 an den Antragsteller: „In Anwendung der HE/GA vom 30.11.06 werden alle Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter ... zum Stützpunkt L. versetzt“ (Hervorhebung durch den Senat).
Der Senat ist zu der Überzeugung gelangt, dass die Zentrale und ihr folgend der Beteiligte lediglich in Reaktion auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts die

Versetzungen nunmehr als „deklaratorisch" bezeichnen. Sie erstreben auf diese Weise das in der Dienstvereinbarung zum Ausdruck gebrachte Ziel, die Mitbestimmung der Personalräte zu vermeiden, doch noch zu erreichen. Eine solche Auslegung lässt die HE/GA jedoch nicht zu. Der Beteiligte kann ihr keinen anderen als den objektiven und ursprünglich beabsichtigten Regelungsgehalt beilegen. Dass die Zentrale die Versetzungen möglicherweise selbst hätte vornehmen und so die Mitbestimmung der örtlichen Personalräte hätte ausschließen können, ändert nichts daran, dass sie mit der HE/GA diesen Weg der Umorganisation tatsächlich nicht beschritten hat.
2. Der Antrag des Antragstellers, festzustellen, dass der Beteiligte verpflichtet ist, das Mitbestimmungsverfahren in den im Antrag näher bezeichneten Versetzungsverfahren nachzuholen, ist zulässig und begründet.
Die im Beschwerdeverfahren vorgenommene Antragserweiterung ist zulässig. Sie erweist sich als sachdienlich im Sinne von § 83 Abs. 2 BPersVG i. V. m. §§ 87 Abs. 2 Satz 3, 2. HS, 81 Abs. 3 Satz 1 ArbGG. Der Beteiligte hat sich nicht dazu verpflichtet, das Mitbestimmungsverfahren in den betroffenen Versetzungsverfahren nachzuholen, wenn deren Mitbestimmungspflichtigkeit rechtskräftig festgestellt wird. Die Bescheidung des erweiterten Antrags im Beschwerdeverfahren lässt erwarten, dass hierdurch die Durchführung eines weiteren Beschlussverfahrens vermieden wird.
Der Beteiligte hat die Antragserweiterung im Übrigen in der mündlichen Anhörung auch nicht als unzulässig gerügt.
Der Antrag zu 2. des Antragstellers ist auch im Übrigen zulässig. Rechtsschutzbedürfnis und Feststellungsinteresse an der begehrten Feststellung sind weder vor Einleitung des Beschlussverfahrens noch später entfallen. Zwar sind die Versetzungen vollzogen; sie können aber wieder rückgängig gemacht werden. Durch einen etwaigen gesetzeswidrigen Vollzug der Maßnahme geht das Beteiligungsrecht nicht unter. Es wird bei fortwirkenden, abänderbaren oder rückgängig zu machenden Maßnahmen nicht durch seine Missachtung gegenstandslos. Wird in einem solchen Falle die Verletzung oder das Fortbestehen eines Mitbestimmungsrechts rechtskräftig festgestellt, hat der Dienststellenleiter entweder die mitbestimmungspflichtige Maßnahme, wenn sie von ihm ohne das gebotene Beteiligungsverfahren getroffen worden ist, kraft einer jedenfalls objektiv-rechtlich bestehenden Verpflichtung wieder rückgängig zu machen oder aber das nachzuholende Mitbestimmungsverfahren unverzüglich einzuleiten. Die nachträgliche Einleitung eines Mitbestimmungsverfahrens kann die Personalvertretung notfalls auch in einem Beschlussverfahren durchsetzen. Als Grundlage dafür kann die begehrte Feststellung dienen. An einem darauf abzielenden Antrag bestehen daher weiterhin ein Rechtsschutzbedürfnis und ein Feststellungsinteresse.
Vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 16. September 1994 - 6 P 32.92 -, Juris Rdn. 14 (= BVerwGE 96, 355), und vom 20. Januar 1993 - 6 P 18.90 -, PersR 1993, 307.
Der Feststellungsantrag ist auch begründet. Da die Versetzungen ohne Beteiligung des Antragstellers dessen Mitbestimmungsrecht verletzt haben, ist der Beteiligte verpflichtet, das Mitbestimmungsverfahren nachzuholen. Ein dem korrespondierender Verfahrensanspruch des Antragstellers ergibt sich aus § 75 Abs. 1 Nr. 3 bzw. § 76 Abs. 1 Nr. 4 i. V. m. § 69 Abs. 1 und 2 BPersVG. Diesen kann der Antragsteller gerichtlich feststellen lassen.
Vgl. zur Begründung des Verfahrensanspruchs im Einzelnen: BVerwG, Beschluss vom 15. März 1993 - 6 P 38/93 -, Juris Rdn. 26 ff (= JurPC 1996, 79).
Eine Kostenentscheidung entfällt im personalvertretungsrechtlichen Beschlussverfahren.
Die Rechtsbeschwerde war nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen hierfür nicht

vorliegen.
Zitiervorschlag:
OVG Münster Beschl. v. 6.10.2009 – 16 A 3278/07.PVB, BeckRS 2009, 39671

BeckRS 2009, 36050

VG Frankfurt (Oder), Urteil vom 09.07.2009 - 4 K 558/07

Titel:
Schadensersatz, Amtspflichtverletzung, Haftungsfreistellung, Zeitgesetz, Anwendbarkeit, Entstehungstatbestand, Grundstücksverkehrsgenehmigung
Normenketten:
BrandbgHfrG § 1
GVO § 1 II Nr. 4
StGB § 2 IV
EGBGB § 170
VermG §§ 31 V 3, 33 III
Rechtsgebiete:
Vermögensrecht der ehemaligen DDR, Verwaltungsverfahren und -prozess, Grundbuchrecht/FGR
Schlagworte:
Schadensersatz, Amtspflichtverletzung, Haftungsfreistellung, Zeitgesetz, Anwendbarkeit, Entstehungstatbestand, Grundstücksverkehrsgenehmigung
ECLI:
ECLI:DE:VGFRANK:2009:0709.4K558.07.0A
Rechtskraft:
rechtskräftig

Text1

Verwaltungsgericht Frankfurt (Oder)
4 K 558/07
Im Namen des Volkes
Urteil
Verkündet am 09.07.2009
K., Verwaltungsgerichtsangestellte als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle
In dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren
des Landkreis M.-O., vertreten durch den Landrat - Rechtsamt -, P-platz ..., S., Klägers,
Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. E.k und Partner GbR, Sch-straße ..., H., Az.: ...
gegen
das Ministerium für Wirtschaft des Landes B., H1-M-Allee ..., P., Az.: ..., Beklagten,
hat die 4. Kammer des Verwaltungsgerichts Frankfurt (Oder) aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 9. Juli 2009 durch den Vizepräsidenten des Verwaltungsgerichts Fischer, den Richter am Verwaltungsgericht Bierbaum, den Richter am Verwaltungsgericht Schauer, den ehrenamtlichen Richter Herr ... und den ehrenamtlichen Richter Herr ... für Recht erkannt:

Die Klage wird abgewiesen.
Der Kläger trägt die Kosten des Verfahrens.
Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar.
Der Kläger kann die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe des beizutreibenden Betrages abwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Tatbestand:

Der Kläger begehrt vom Beklagten die Erstattung von Leistungen nach dem Haftungsfreistellungsgesetz (BbgHfrG), weil er von dem Restitutionsberechtigten ... wegen einer Amtspflichtverletzung auf Schadensersatz in Höhe von 240.000 DM in Anspruch genommen wurde.
Mit Schreiben vom 03. September 1990 beantragte Frau ... (Mutter des Restitutionsberechtigten ...) die Rückübertragung des Grundstückes in ....
Herr ... fragte mit Schreiben vom 21. Januar 1991 beim Liegenschaftsamt ... an, wer Eigentümer dieses Grundstückes sei und bat um Zusendung des Grundbuchauszuges.
Mit Bescheid vom 16. März 1992 übertrug der Landkreis ... das Eigentum an dem genannten Grundstück Frau .... Erbe des in der ehemaligen DDR belegenen Grundvermögens war jedoch ausweislich des Erbscheines des Amtsgerichts ... vom 09. Februar 1992 vielmehr Herr ...
Mit Schreiben vom 04. April 1992 bestätigte der Beklagte Herrn ..., dass sein „Antrag vom 23. Januar 1991" am 29. September 1991 eingegangen und registriert worden sei.
Am 01. Juni 1992 veräußerte Frau ... das Grundstück für 240.000 DM an die Eheleute ...
Mit Schreiben vom 18. Juni 1992, eingegangen beim Amt zur Regelung offener Vermögensfragen des damaligen Landkreises ... am 22. Juni 1992, beantragte Herr ... die Rückübertragung des Grundstücks.
Das Amt zur Regelung offener Vermögensfragen ... ersuchte mit Schreiben vom 22. Juni 1992 das Grundbuchamt im Hinblick auf den Restitutionsbescheid vom 16. März 1992 um die Eigentumsumschreibung des Grundstücks auf Frau .... Frau ... wurde darauf am 18. September 1992 als Eigentümerin des Grundstücks im Grundbuch eingetragen.
Der Landkreis ... erteilte am 24. Juli 1992 zu dem zwischen Frau ... und den Eheleuten ... am 01. Juni 1992 geschlossenen Grundstückskaufvertrag eine Grundstücksverkehrsgenehmigung, worauf die Eheleute ... am 05. Oktober 1993 als Eigentümer im Grundbuch eingetragen wurden. Ebenfalls am 05. Oktober 1993 wurde ein Veräußerungsverbot im Grundbuch eingetragen, welches durch eine von ... erwirkte einstweilige Verfügung des Kreisgerichts ... vom 22. Juli 1993 angeordnet worden war.
Am 08. September 1993 legte ... Widerspruch gegen den Restitutionsbescheid vom 16. März 1992 ein. Sein Antrag auf Rückübertragung wurde mit Bescheid vom 14. Oktober 1996 abgelehnt. Dagegen erhob er mit Schreiben vom 13. November 1996 Widerspruch.
Mit Widerspruchsbescheid vom 24. März 1999 hob das Landesamt zur Regelung offener Vermögensfragen ... den zugunsten von Frau ... erlassenen Restitutionsbescheid vom 16. März 1992 auf. Gleichzeitig wurde der gegen den Bescheid vom 14. Oktober 1996 eingelegte Widerspruch zurückgewiesen, da eine Rückübertragung aufgrund der wirksamen Veräußerung des Grundstückes an die Eheleute ... nicht mehr möglich sei.
... hat am 03. Mai 1999 gegen den ablehnenden Teil des Widerspruchsbescheides vor dem Verwaltungsgericht Frankfurt (Oder) Klage erhoben, die er mit Schriftsatz vom 24. Februar 2000 wieder zurücknahm.
Mit Urteil des Brandenburgischen Oberlandesgerichts vom 30. Januar 1996 wurde ... zur Zahlung von 240.000 DM nebst Zinsen an ihren Sohn ... verurteilt. ... konnte indessen

diesen Anspruch nicht vollstrecken, weil seine Mutter kein pfändbares Vermögen hatte.
... erhob vor dem Landgericht Frankfurt (Oder) Klage gegen den Beklagten. Das Landgericht Frankfurt (Oder) verurteilte den Beklagten am 18. Oktober 2000 zur Zahlung von Schadensersatz in Höhe von 240.000 DM nebst Zinsen an ... Diese Zahlungspflicht beruhe auf einer Amtspflichtverletzung des Rechtsvorgängers des Beklagten. Denn das Amt zur Regelung offener Vermögensfragen habe gegen seine Benachrichtigungspflicht verstoßen, indem es unterlassen habe, Herrn ... von der Antragsstellung seiner Mutter zu informieren. Des Weiteren habe das Amt zur Regelung offener Vermögensfragen seine Pflicht zu einer umfassenden Sachverhaltsaufklärung verletzt, indem es unterlassen habe, die Eigentumsverhältnisse vor der Überführung des Grundstückes in Volkseigentum zu ermitteln. Des weiteren habe das Amt zur Regelung offener Vermögensfragen sein zu Unrecht gestelltes Eintragungsersuchen vom 22. Juni 1992 nicht zurückgenommen, obwohl spätestens mit Eingang des Restitutionsantrages des Herrn ... vom 18. Juni 1992 hätte klar sein müssen, dass der Restitutionsbescheid vom 16. März 1992 mangels erforderlicher Beteiligung des Herrn ... noch nicht bestandskräftig geworden sei und damit noch kein Eigentumsübergang auf die Mutter des Herrn ... stattgefunden habe.
Der Kläger beantragte erstmals mit Schreiben vom 14. Juni 2000 die Haftungsfreistellung wegen des eventuell an Herrn ... zu leistenden Schadensersatzes.
Der Beklagte teilte dem Kläger mit Schreiben vom 17. Januar 2001 mit, dass der Antrag unbegründet sei, weil keine Schadenszufügung durch eine investitionsfördernde Entscheidung erkennbar sei. Darauf nahm der Kläger den Antrag mit Schreiben vom 07. Februar 2001 zurück.
Da der Haftpflichtversicherer des Klägers, der Kommunale Schadensausgleich (KSA), nach erneuter Prüfung weiterhin der Ansicht war, dass ein Anspruch bestehe, beantragte der Kläger mit Schreiben vom 22. Dezember 2004 erneut die Haftungsfreistellung.
Mit Bescheid vom 27. März 2007 lehnte der Beklagte den Antrag ab und führte zur Begründung aus, dass der durch die Eintragung der Eheleute ... ins Grundbuch am 05. Oktober 1993 entstandene Schaden nicht auf der Grundstücksverkehrsgenehmigung vom 24. Juli 1992 beruhe, weil er bei pflichtgemäßem Handeln ebenfalls entstanden wäre. Denn gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 4 GVO in der damals geltenden Fassung sei die Genehmigung zu erteilen gewesen, wenn der Veräußerer aufgrund einer Entscheidung nach dem Vermögensgesetz in das Grundbuch eingetragen worden sei. Da ... am 18. September 1992 in das Grundbuch eingetragen worden sei, hätte sie jedenfalls ab diesem Zeitpunkt einen Anspruch auf Erteilung einer Genehmigung des Kaufvertrages vom 01. Juni 1992 gehabt.
Dementsprechend habe auch das Landgericht Frankfurt (Oder) zur Begründung des Amtshaftungsanspruches ausschließlich auf das Fehlverhalten des Amtes zur Regelung offener Vermögensfragen abgestellt, nicht jedoch auf einer Amtspflichtverletzung der Genehmigungsbehörde.
Der Kläger hat am 30. April 2007 die vorliegende Klage erhoben.
Er trägt vor: Das BbgHfrG sei in zeitlicher Hinsicht anwendbar. Dementsprechend stelle das Land Brandenburg jährlich im Haushaltsplan entsprechende Haushaltstitel zur Verfügung.
Es handle sich dabei um ein sogenanntes „Zeitgesetz". Dieses ende nicht mit seinem Außerkrafttreten, sondern seine Anwendbarkeit scheide nur dann aus, wenn der seine Tatbestandsmerkmale ausfüllende Sachverhalt sich außerhalb der zeitlichen Geltungsdauer zugetragen habe. Es handle sich um eine Regelung wie in § 2 Abs. 4 StGB.
Das Bbg HfrG knüpfe im Hinblick auf seinen Sinn und Zweck - Beschleunigung der

investitionsfördernden Verwaltungsverfahren durch Ermutigung der entscheidenden Behörden - an die Antragsfristen nach dem Investitionsvorranggesetz an und bezwecke, dass alle innerhalb von einem halben Jahr nach Ablauf der Antragsfrist zu erlassenden Bescheide unter seinen zeitlichen Anwendungsbereich fielen.
Für die Anwendbarkeit des BbgHfrG in zeitlicher Hinsicht spreche im Übrigen auch der allgemeine Rechtsgedanke des Artikels 170 EGBGB sowie die in der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelten Grundsätze des intertemporalen Rechts, wonach materiell-rechtliche Rechtsverhältnisse in Bezug auf Wirkung und Inhalt im allgemeinen dem Recht unterstünden, das zum Zeitpunkt der Verwirklichung des jeweiligen Tatbestandes gegolten habe.
§ 1 BbgHfrG könne auch nicht so ausgelegt werden, dass ein Erstattungsanspruch die Erfüllung der Schadensersatzforderung vor dem Außerkrafttreten des Gesetzes voraussetze. Eine solche am Wortlaut orientierte Auslegung verbiete sich, weil ansonsten der vom Gesetzgeber bezweckte Beschleunigungseffekt vollständig verfehlt würde, da in diesem Fall ein Erstattungsanspruch im Hinblick auf die oftmals mehrjährige Dauer von Verwaltungs- und Gerichtsverfahren häufig ausgeschlossen sei.
Der geleistete Schadensersatz beruhe auf einer rechtswidrigen investitionsfördernden Entscheidung, nämlich der Grundstücksverkehrsgenehmigung vom 24. Juli 1992. Diese sei rechtwidrig gewesen, weil im Zeitpunkt ihrer Erteilung die Mutter des Herrn ... noch nicht als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen gewesen sei. Erst diese Grundstücksverkehrsgenehmigung habe den Vollzug des zwischen ... und den Eheleuten ... geschlossenen Kaufvertrages ermöglicht, wodurch der Restitutionsanspruch des ... erloschen sei.
Diesbezüglich greife auch der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens nicht ein. Vorliegend reiche eine äquivalente Kausalität für den Schadenseintritt aus. Nach einer grundbuchlichen Eintragung von ... am 18. September 1992 wäre die Erteilung der Grundstücksverkehrsgenehmigung trotz § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 GVO (a.F.) nicht möglich gewesen, da der zweite Restitutionsantrag des ... vom 18. Juni 1992 dem entgegengestanden hätte.
Der Erstattungsanspruch nach dem BbgHfrG bestehe unabhängig von einer Mitgliedschaft im KSA.
Die Leistungen des KSA an ihn - den Kläger - würden den Beklagten nicht von seiner Leistungspflicht befreien.
Der Kläger macht mit Schriftsatz vom 30. Juli 2007 Seite 11 - 16 nähere Angaben zur Höhe des geltend gemachten Betrages.
Der Kläger beantragt,
1.) den Beklagten unter Aufhebung des Bescheides vom 27. März 2007 zu verpflichten, ihm den beantragten positiven Bescheid über die Erstattung des Herrn ... zu leistenden Schadensersatzes einschließlich Zinsen und Verfahrenskosten und damit über die Erstattung eines Betrages in Höhe von insgesamt 137.009,87 Euro zu erteilen,
2.) den Beklagten zu verurteilen, an ihn aus dem Betrag von 137.009,87 Euro Zinsen ab Rechtshängigkeit in Höhe von 5% Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz zu zahlen.
Der Beklagte beantragt,
die Klage abzuweisen.
Er verteidigt den angefochtenen Bescheid und trägt ergänzend vor: Das BbgHfrG sei vorliegend anwendbar. Auf den Zeitpunkt der Antragstellung komme es nicht an. Zuständig für die Erteilung von Grundstücksverkehrsgenehmigungen sei nicht das Amt zur Regelung offener Vermögensfragen gewesen, sondern das Amt für Landwirtschaft und

Grundstücksverkehr. Dieses habe im Falle einer Grundbucheintragung keine weiteren Nachforschungen bzgl. eventueller Rückübertragungsanträge oder darauf bezogener Mitteilungen mehr anstellen müssen. Die Überprüfung von Restitutionsbescheiden sei nicht Aufgabe der Grundstücksverkehrsgenehmigungsbehörde.
Die Mitgliedschaft des Klägers im KSA habe im Übrigen zur Folge, dass der mit dem BbgHfrG bezweckte Finanzausgleich vorliegend ausscheide.
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Streitakte und die beigezogenen Verwaltungsvorgänge des Beklagten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Verpflichtungsklage ist nicht begründet.
Der Kläger hat keinen Anspruch auf die Erstattung des an Herrn ... geleisteten Schadensersatzes in Höhe von insgesamt 137.009,87 Euro nebst Zinsen. Der den Erstattungsantrag des Klägers ablehnende Bescheid des Beklagten vom 27. März 2007 ist rechtmäßig und verletzt den Kläger nicht in seinen Rechten (§ 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO).
Für den geltend gemachten Anspruch gibt es keine Rechtsgrundlage (mehr).
Der Kläger kann sich nicht mehr auf das BbgHfrG berufen. Denn die Geltungsdauer dieses Gesetzes wurde durch Verordnung zur Verlängerung des Haftungsfreistellungsgesetzes vom 10. Mai 1996 (GVbl. II Nr. 24 vom 05. Juni 1996, Seite 399) letztmalig bis zum Ablauf des 30. Juni 1999 verlängert. Das den Kläger zum Schadensersatz an ... verpflichtende Urteil des Landgerichts Frankfurt (Oder) erging hingegen erst nach Außerkrafttreten des Gesetzes, nämlich am 18. Oktober 2000. Die begehrte Erstattung kann sich somit nicht mehr aus dem außer Kraft getretenen Gesetz ergeben.
Sofern das Ministerium der Justiz und für Bundes- und Europaangelegenheiten in der Kabinettvorlage Nr. 4444/99 vom 23. April 1999, Seite 5 das Gesetz weiterhin für zeitlich anwendbar hält, findet dies in der gesetzlichen Formulierung jedenfalls keine Stütze. Wäre ein entsprechender Regelungsgehalt gewollt gewesen, hätte dies so im Gesetz formuliert werden müssen, ohne eine Regelung über das Außerkrafttreten zu einem bestimmten Datum im Gesetz zu treffen.
Der Hinweis des Klägers auf § 2 Abs. 4 StGB hilft vorliegend nicht weiter. Nach dieser Vorschrift ist ein Gesetz, das nur für eine bestimmte Zeit gelten soll, auf Taten, die während seiner Geltung begangen sind, auch dann anzuwenden, wenn es außer Kraft getreten ist. Dadurch wird gesetzlich vorgeschrieben, dass auch außer Kraft getretene Vorschriften im Hinblick auf die Strafbarkeit weiter angewandt werden sollen. Eine solche gesetzliche Regelung, die vorschreibt, dass das Haftungsfreistellungsgesetz ungeachtet seines Außerkrafttretens weiterhin anwendbar sein soll, fehlt jedoch vorliegend.
Die Definition des Klägers von einem Zeitgesetz, wonach dieses nicht mit seinem Außerkrafttreten ende, sondern nur dann ausscheide, wenn der seine Tatbestandmerkmale ausfüllende Sachverhalt sich außerhalb der zeitlichen Geltungsdauer zugetragen habe, ist nicht zutreffend. Zeitgesetze haben eine klar abgegrenzte Geltungsdauer und sind zum einen Rechtsvorschriften mit ausdrücklich angegebenem Verfallsdatum - wie im vorliegenden Fall - oder sind zum anderen Gesetze, die an das Erreichen eines Regelungszwecks gebunden sind und nur solange geltendes Recht sind, bis die darin bezeichneten Maßnahmen abgewickelt sind und automatisch außer Kraft treten, sobald der Zweck verwirklicht ist, wobei das Geltungsende nicht ausdrücklich bestimmt wird (Handbuch der Rechtsförmlichkeit, herausgegeben vom Bundesministerium der Justiz, 2. Auflage 1999, Rdnr. 487 - 489). Auch aus der Gesetzesbegründung in der Drucksache 1/828 sowie aus den Diskussionen im Landtag kann der Kläger nichts für sich herleiten. Maßgeblich ist die letztlich im Gesetz gewählte Formulierung. Das Gesetz kann nicht im

Hinblick auf den mutmaßlichen Sinn und Zweck über seinen ausdrücklichen Wortlaut und eindeutig geregelten zeitlichen Anwendungsbereich hinaus ausgedehnt werden.
Wie die Landesregierung ausweislich der Kabinettvorlage Nr. 4444/99 zutreffend erkannt hat, war eine weitere Verlängerung des Haftungsfreistellungsgesetzes unter anderem deshalb entbehrlich, weil die Mehrzahl der brandenburger Gemeinden und Gemeindeverbände - wie auch der Kläger - im KSA der neuen Bundesländer zusammengeschlossen sind (Kabinettvorlage 4444/99, Seite 4). Der KSA übernimmt auch den Ausgleich von Schadensersatzansprüchen der vorliegenden Art, was sich aus dem Schreiben des Ministeriums des Innern vom 04. März 1999 an das Ministerium für Wirtschaft, Mittelstand und Technologie und das Ministerium der Finanzen ergibt, (Blatt 112 d. Akte).
Eine weitere Anwendbarkeit des Haftungsfreistellungsgesetzes ergibt sich auch nicht aus Artikel 170 EGBGB bzw. daraus folgenden allgemeinen Rechtsgedanken bzw. den Grundsätzen des intertemporalen Rechts.
Gem. Artikel 170 EGBGB bleiben für ein Schuldverhältnis, das vor dem Inkrafttreten des BGB entstanden ist, die bisherigen Gesetze maßgebend.
Nach den Grundsätzen des intertemporalen Rechts unterstehen materiell-rechtliche Rechtsverhältnisse in Bezug auf Wirkung und Inhalt im allgemeinen dem Recht, das zu der Zeit galt, als sich ihr Entstehungstatbestand verwirklichte (BGHZ 44, 192, BGHZ 10, 391, BGHZ 9, 101; BFH-Urteil vom 18. Mai 1988 - XR 63/82).
Diese Grundsätze gelten indessen nur für die Problematik, inwieweit neues Recht auch für in der Vergangenheit abgeschlossene Schuldverhältnisse bzw. für aus der Vergangenheit herrührende Rechtsverhältnisse gilt. Sie helfen hier nicht weiter, da das Haftungsfreistellungsgesetz ersatzlos außer Kraft getreten ist. Neues Recht ist nicht an dessen Stelle getreten.
Abgesehen davon hat sich der Entstehungstatbestand des § 1 BbgHfrG auch nicht vor seinem Außerkrafttreten verwirklicht.
Gemäß § 1 der genannten Vorschrift war den Gemeinden und Gemeindeverbänden aufgrund rechtlicher Verpflichtung geleisteter Schadensersatz wegen rechtswidriger Schadenszufügung bei investitionsfördernden Entscheidungen, außer bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit, vom Land zu erstatten.
Dieser Sachverhalt war vor dem 30. Juni 1999 überhaupt nicht verwirklicht, weil der Schadensersatz erst nach dem Außerkrafttreten des Gesetzes geleistet wurde, nämlich erst aufgrund des Urteils des Landgerichts Frankfurt (Oder) vom 18. Oktober 2000. Die gegen diese am eindeutigen Gesetzeswortlaut orientierte Auslegung gerichtete Argumentation des Klägers mit Hinweis auf Sinn und Zweck des Gesetzes geht bereits deshalb fehl, weil ein Bedürfnis für eine Weitergeltung des Gesetzes nicht besteht. Denn der Kläger erhält Schadensausgleich durch den KSA.
Selbst wenn man das BbgHfrG zeitlich für weiter anwendbar hält, liegt keine rechtswidrige Schadenszufügung durch eine investitionsfördernde Entscheidung vor.
Eine investitionsfördernde Entscheidung liegt unter anderem bei Erteilung einer Grundstücksverkehrsgenehmigung nach § 1 GVO vor (vgl. § 1 Satz 2 BbgHfrG).
Zunächst ist festzuhalten, dass das Landgericht Frankfurt (Oder) in seinem Urteil vom 18. Oktober 2000 zur Begründung der Amtspflichtverletzung überhaupt nicht auf die Erteilung der Grundstücksverkehrsgenehmigung abgestellt hat.
Es hat den durch die Amtspflichtverletzung eingetretenen Schaden darin gesehen, dass das Amt zur Regelung offener Vermögensfragen im Rückübertragungsverfahren die Rechtsnachfolge nicht richtig ermittelt und demzufolge den eigentlichen Berechtigten, ...,

nicht beteiligt hat und des weiteren sein beim Grundbuchamt gestelltes Eintragungsersuchen zu Gunsten von ... nicht zurückgenommen hat, obwohl es zu diesem Zeitpunkt davon hätte Kenntnis haben müssen, dass mangels Bestandskraft des Bescheides vom 16. März 1992 auch kein Eigentumsübergang auf ... stattgefunden hatte und eine Rückübertragung zu Gunsten von ... noch möglich gewesen wäre.
Somit ist der Schaden bereits durch den rechtswidrigen Rückübertragungsbescheid vom 16. März 1992 eingetreten. Die daraufhin erteilte Grundstücksverkehrsgenehmigung, hat diesen Schaden nur noch weiter vertieft und endgültig gemacht.
Zutreffend verweist der Beklagte auf den Grundsatz des rechtmäßigen Alternativverhaltens (vgl. Palandt-Heinrichs, BGB, Vorbemerkungen zu § 249 Rdnr. 105). Danach ist im Bereich von Amtshaftungsansprüchen der Einwand berechtigt, dass bei einem ordnungsgemäßen Verfahren eine gleichlautende behördliche bzw. gerichtliche Entscheidung hätte ergehen müssen (BGHZ 36, 144,154;BGH NJW 1959, 1316, 1317; BGH NJW 1971, 1176).
Die Grundstücksverkehrsgenehmigung hätte letztlich erteilt werden müssen, nachdem der Restitutionsbescheid zugunsten von ... ergangen und diese im Grundbuch eingetragen worden war. Maßgeblich ist § 1 Abs. 2 Nr. 4 GVO in der Fassung der Bekanntmachung des Gesetzes vom 14. Juli 1992 (BGBl. I, Seite 1257, 1266, 1267).
Danach war die Grundstücksverkehrsgenehmigung zu erteilen, wenn der Veräußerer aufgrund einer Entscheidung nach § 31 Abs. 5 Satz 3 oder § 33 Abs. 3 VermG in das Grundbuch eingetragen worden ist.
Zum Zeitpunkt der Erteilung der Grundstücksverkehrsgenehmigung unter dem 24. Juli 1992 war ... noch nicht im Grundbuch eingetragen, weshalb die Genehmigung rechtswidrig war. Sie wurde jedoch am 18. September 1992 im Grundbuch eingetragen. Ab diesem Zeitpunkt hätte somit die Grundstücksverkehrsgenehmigung ohnehin erteilt werden müssen. Deshalb wurde der Schaden dadurch nicht zurechenbar verursacht, weshalb insoweit keine Amtspflichtverletzung gemäß Artikel 34 GG i. V. m. § 839 BGB gegeben ist. Auf die frühere rechtswidrige Erteilung kommt es somit nicht mehr an. Der Einwand des Klägers, wonach das Amt zur Regelung offener Vermögensfragen im Fall einer eventuellen späteren Entscheidung über den Grundstücksverkehrsgenehmigungsantrag diesem Antrag im Hinblick auf den zweiten Restitutionsantrag von ... vom 18. Juni 1992 nicht stattgegeben hätte, greift nicht durch, weil das Amt zur Regelung offener Vermögensfragen für die Erteilung der Grundstücksverkehrsgenehmigung überhaupt nicht zuständig war. Dies war vielmehr das Amt für Landwirtschaft und Grundstücksverkehr. Dieses brauchte nach einer Grundbucheintragung nicht mehr die Rechtslage nach dem Vermögensgesetz zu prüfen.
Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO.
Die Entscheidung zur Vollstreckbarkeit beruht auf § 167 VwGO i. V. m. §§ 708 Nr. 11, 711 ZPO.
Zitiervorschlag:
VG Frankfurt (Oder) Urt. v. 9.7.2009 – 4 K 558/07, BeckRS 2009, 36050

BeckRS 2009, 35788

VG Gelsenkirchen, Urteil vom 24.06.2009 - 3 K 1256/09

Titel:
Beihilfefähigkeit, Ausschluss verschreibungspflichtiger (u.a. Viagra, Cialis) und nicht verschreibungspflichtiger Medikamente, Ermächtigungsgrundlage, Gesetzesrang, einheitlicher Verordnungsrang, Normenklarheit, Normenwahrheit, Beihilfefähigkeit,

Ausschluss verschreibungspflichtiger Medikamente, einheitlicher Verordnungsrang, Normenklarheit, Normenwahrheit

Normenketten:

NWBVO § 4 I Nr. 7

NWLBG § 88

Amtlicher Leitsatz:

1. Unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist ein durch den parlamentarischen Gesetzgeber mit Gesetzeskraft versehener Teil einer Verordnung im Hinblick auf die rechtsstaatlichen Erfordernisse der Normenklarheit und Normenwahrheit weiterhin nur als Verordnung zu qualifizieren. (amtlicher Leitsatz)

Rechtsgebiete:

Sonstiges besonderes Verwaltungsrecht, Verwaltungsverfahren und -prozess

Schlagworte:

Beihilfefähigkeit, Ausschluss verschreibungspflichtiger (u.a. Viagra, Cialis) und nicht verschreibungspflichtiger Medikamente, Ermächtigungsgrundlage, Gesetzesrang, einheitlicher Verordnungsrang, Normenklarheit, Normenwahrheit, Beihilfefähigkeit, Ausschluss verschreibungspflichtiger Medikamente, einheitlicher Verordnungsrang, Normenklarheit, Normenwahrheit

ECLI:

ECLI:DE:VGGE:2009:0624.3K1256.09.00

Rechtskraft:

nicht rechtskräftig

3. Kammer

Hauptschlagwort: Beihilfefähigkeit, Ausschluss verschreibungspflichtiger (u. a. Viagra, Cialis) und nicht verschreibungspflichtiger Medikamente, Ermächtigungsgrundlage, Gesetzesrang, einheitlicher Verordnungsrang, Normenklarheit, Normenwahrheit

Normenkette:

Leitsatz:

Soweit der Kläger die Klage zurückgenommen hat, wird das Verfahren eingestellt.

Der Beklagte wird unter teilweiser Änderung der Bescheide des Landesamtes für Besoldung und Versorgung vom 24. August 2007, 4. Dezember 2007 und 16. April 2008 sowie unter Aufhebung des Widerspruchsbescheides vom 16. Februar 2009 verpflichtet, dem Kläger eine Beihilfe zu den Präparaten Cialis, Caverject Impuls, Viagra, Vividrin und Conjunktisan in Höhe von 440,90 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu gewähren.

Die Kosten des Verfahrens trägt der Beklagte.

Die Kostenentscheidung ist vorläufig vollsteckbar.

Der Beklagte darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe des beizutreibenden Betrages abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Berufung und die Sprungrevision werden zugelassen.

Tatbestand:

Der am ... geborene Kläger ist als pensionierter Steueroberamtsrat beihilfeberechtigt. Am 24. Januar 2007 erfolgte beim Kläger im N. in I. eine Prostatovesikulektomie, da beim ihm ein Prostatakarzinom festgestellt worden war.

Nachdem dem Kläger bereits im Februar 2007 durch das Landesamt für Besoldung und

Versorgung -LBV- die Gewährung einer Beihilfe zu dem verordneten Präparat Cialis versagt und dagegen beim erkennenden Gericht nachfolgend Klage -3 K 1377/07- erhoben worden war, beantragte er im August 2007 erneut die Gewährung einer Beihilfe zu dem ärztlich verordneten und am 2. April 2007 sowie am 8. Mai 2007 beschafften Präparat Cialis in Höhe von 150,00 EUR und 166,70 EUR.
Mit Beihilfebescheid vom 24. August 2007 wurde die Beihilfefähigkeit (u. a.) dieses Medikaments unter Hinweis auf Anlage 2 zu § 4 Abs. 1 Nr. 7 BVO NW abgelehnt.
Auf den hiergegen vom Kläger unter dem 17. September 2007 eingelegten Widerspruch teilte das LBV mit, dass der Widerspruch bis zum Abschluss des laufenden Klageverfahrens in gleicher Sache zurückgestellt werde.
Mit Bescheid des LBV vom 4. Dezember 2007 wurde der weitere Antrag des Klägers auf Gewährung einer Beihilfe zu dem am 28. August 2007 angeschafften und zuvor verordneten Präparat Caverject Impuls zum Preis von 184,52 EUR unter Hinweis auf Anlage 2 zu § 4 Abs. 1 Nr. 7 BVO NW abgelehnt.
Bezüglich des am 14. Dezember 2007 eingelegten Widerspruchs informierte das LBV den Kläger dahingehend, dass auch dieser Widerspruch bis zum Abschluss des laufenden Klageverfahrens in gleicher Sache zurückgestellt werde. Ergänzend legte der Kläger ein ärztliches Attest des Urologen Dr. L. vom 23. Oktober 2007 vor, wonach das Präparat Caverject Impuls nach der radikalen Prostatekomie zum Schwellkörpertraining verordnet worden ist.
Am 1. Februar 2008, 11. Februar 2008, 7. März 2008 und 12. März 2008 beschaffte sich der Kläger die ärztlich verordneten Präparate Hya-Opthol, Viagra, Vividrin und Conjunktisan zum Preise von 7,50 EUR, 60,32 EUR, 6,40 EUR und 61,93 EUR.
Auf den entsprechenden Beihilfeantrag des Klägers lehnte der Beklagte mit Bescheid vom 16. April 2008 die Beihilfefähigkeit des Präparats Viagra unter Hinweis auf Anlage 2 zu § 4 Abs. 1 Nr. 7 BVO NW und die Beihilfefähigkeit der nichtverschreibungspflichtigen Präparate Vividrin und Conjunktisan unter Bezugnahme auf § 4 Abs. 1 Nr. 7b BVO ab. Eine Beihilfe zu dem Präparat Hya-Opthal wurde mit der Begründung verweigert, es handele sich um kein zugelassenes Arzneimittel sondern um ein Medizinprodukt, das gem. § 4 Abs. 1 Nr. 7 BVO nicht beihilfefähig sei.
Dagegen legte der Kläger mit Schreiben vom 18. April 2008 und der Bevollmächtigte des Klägers nochmals mit Schriftsatz vom 16. Mai 2008 Widerspruch ein. Auf den Inhalt der Schreiben wird Bezug genommen.
Daraufhin teilte der Beklagte mit Schreiben vom 29. April 2008 mit, dass der Widerspruch hinsichtlich des Präparats Cialis bis zum Abschluss Klageverfahrens zurückgestellt werde. Hinsichtlich der weiteren Präparate wurde ausgeführt, dass im Hinblick auf die aktuelle Rechtsprechung im Finanzministerium zur Zeit die Arzneimittelregelung des § 4 Abs. 1 Nr. 7 BVO NW diskutiert werde. Insoweit würden entsprechende Widersprüche nicht beschieden werden. Nach weiteren Weisungen des Finanzministeriums würde unaufgefordert ein Bescheid ergehen.
Mit Schreiben vom 16. Dezember 2008 fragte der Prozessbevollmächtigte beim Beklagten nach, ob nunmehr eine Abhilfe des Beklagten unter Berücksichtigung des Beschlusses des Bundesverwaltungsgerichts vom 2. Oktober 2008 beabsichtigt sei. So habe das BVerwG die Revision gegen das stattgebende Urteil des OVG NW vom 24. September 2008 abgelehnt und ausgeführt, dass es für den Ausschluss von Aufwendungen für ein ärztlich verschriebenes Medikament zur Behandlung einer erektilen Dysfunktion an einer ausreichenden Ermächtigungsgrundlage in § 88 LBG NW fehle. Von daher fehle es auch an einer Ermächtigungsgrundlage für den Ausschluss nicht verschreibungspflichtiger

Medikamente.
Dazu merkte der Beklagte mit Schreiben vom 2. Februar 2009 an, dass sich die angeführte Entscheidung des OVG NW auf eine zwischenzeitlich nicht mehr gültige Regelung beziehe. Insoweit könne das Urteil auf Sachverhalte, die nach den ab 1. Januar 2007 geltenden Vorschriften zu beurteilen seien, nicht angewandt werden.
Mit Widerspruchsbescheid vom 16. Februar 2009 wies der Beklagte die Widersprüche des Klägers gegen die Bescheide vom 24. August 2007, 4. Dezember 2007 und 16. April 2008 als unbegründet zurück. Auf den Inhalt des Bescheides wird Bezug genommen.
Hiergegen hat der Kläger am 13. März 2009 die vorliegende Klage erhoben, zu deren Begründung er im Wesentlichen vorträgt, dass der auf § 4 Abs. 1 Nr. 7 BVO NW gestützte Ausschluss nichtverschreibungspflichtiger Medikamente und der auf Anlage 2 Nr. 4b zu § 4 Abs. 1 Nr. 7 BVO NW gestützte Ausschluss von Arzneimittel zur Behandlung der erektilen Dysfunktion nicht von der Ermächtigungsgrundlage des § 88 Abs. 5 LBG NW gedeckt sei. Er verweist auf die Urteile des VG Aachen vom 3. Mai 2007 -1 K 562/06, des VG Düsseldorf vom 25. Juni 2008 -26 K 1630/08-, des VG Gelsenkirchen vom 14. November 2008 -3 K 254/08- und vom 18. Dezember 2008 -3 K 1377/07-, des VG Minden vom 19. Januar 2009 -4 K 1778/07- und vom 2. Februar 2009 -4 K 2099/07-, des OVG NW vom 31. August 2007 -6 A 2321/06- und auf die Beschlüsse des BVerwG vom 29. September 2008 und vom 2. Oktober 2008 (-2 B 128,07-, -2 B 138.07-, 2 B 140.07-, -2 B 143.07-). Mit Urteil der Kammer vom 18. Dezember 2008 ist dem Kläger im Verfahren 3 K 1377/07 eine Beihilfe zu dem Präparat Cialis zuerkannt worden.
Mit weiterem Schriftsatz vom 3. Juni 2009 hat der Prozessbevollmächtigte ergänzend Stellung genommen. Auf den Inhalt wird Bezug genommen.
Das ursprünglich Begehren des Klägers, ihm auch eine Beihilfe zu dem Präparat „Hya-Opthal" zu gewähren, hat er mit Schreiben seines Prozessbevollmächtigten vom 22. Juni 2009 zurückgenommen.
Der Kläger beantragt schriftsätzlich,
den Beklagten unter teilweiser Aufhebung der Bescheide des Landesamtes für Besoldung und Versorgung vom 24. August 2007, 4. Dezember 2007, 16. April 2008 und unter Aufhebung des Widerspruchsbescheides vom 16. Februar 2009 zu verpflichten, dem Kläger eine Beihilfe zu den Aufwendungen für die ärztlich verordneten Präparate Cialis, Caverject Impuls, Viagra, Vividrin und Conjunktisan in Höhe von insgesamt 440,90 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu gewähren.
Der Beklagte beantragt,
die Klage abzuweisen.
Zur Begründung wird auf die Ausführungen in den angefochtenen Bescheiden verwiesen und ergänzend ausgeführt: Gem. Art. 1 des Gesetzes zur Erhebung von § 4 Absatz 1 Nummer 7 und Anlage 2 der Beihilfenverordnung in Gesetzesrang würden die Regelungen des § 4 Absatz 1 Nummer 7 und der Anlage 2 der Beihilfenverordnung in der Fassung des Artikel I Nummer 3 Buchstabe a Doppelbuchstabe bb und Nummer 14 der 21. Verordnung zur Änderung der Beihilfenverordnung vom 22. November 2006 mit Wirkung vom 1. Januar 2007 mit Gesetzeskraft gelten. Das Gesetz sei am 27. Februar 2009 im Gesetz- und Verordnungsblatt NW veröffentlicht und gemäß Art. 2 des Gesetzes am Tag nach der Verkündung in Kraft getreten. Mit Verkündung des Gesetzes sei der Argumentation des Klägers, der Ausschluss der Aufwendungen für verschreibungspflichtige und nicht verschreibungspflichtige Medikamente von der Beihilfefähigkeit in § 4 Abs. 1 Nummer 7 und Anlage 2 BVO verstoße gegen höherrangiges Recht und ein durch § 88 LBG NW

gewährter Beihilfeanspruch könne durch eine Rechtsverordnung nicht wieder genommen werden, die Grundlage entzogen. Mit der neuen, rückwirkenden gesetzlichen Regelung des Ausschlusses nicht verschreibungspflichtiger Arzneimittel von der Beihilfefähigkeit in Art. 1 des Gesetzes zur Erhebung von § 4 Abs. 1 Nummer 7 und Anlage 2 BVO NW in Gesetzesrang habe der Gesetzgeber den von den Verwaltungsgerichten beanstandeten formellen Fehler, die Überschreitung des Rahmens der Ermächtigungsgrundlage, beseitigt. Die gesetzliche Regelung verstoße nach der Rechtsprechung des BVerwG (Beschluss vom 15. Oktober 2008 -2 B 50.08-) auch nicht gegen das Rückwirkungsverbot.
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Gerichtsakte und den beigezogenen Verwaltungsvorgang Bezug genommen.
Entscheidungsgründe:
Soweit die Klage zurückgenommen worden ist, wird das Verfahren eingestellt, § 92 Abs. 3 der Verwaltungsgerichtsordnung -VwGO-.
Im Übrigen ist die zulässige Verpflichtungsklage begründet. Der Kläger hat einen Anspruch auf Gewährung von Beihilfe zu den Kosten der ärztlich verordneten Präparate Cialis, Caverject Impuls, Viagra, Vividrin und Conjunktisan in Höhe von insgesamt 440,90 EUR. Die Bescheide des Beklagten vom 24. August 2007, 4. Dezember 2007 und 16. April 2008 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 16. Februar 2009 sind insoweit rechtswidrig und verletzten den Kläger in seinen Rechten, § 113 Abs. 5 VwGO.
Grundlage der rechtlichen Beurteilung ist die Verordnung über die Gewährung von Beihilfen in Krankheits-, Geburts- und Todesfällen (Beihilfenverordnung -BVO NW-) vom 27. März 1975 (GV.NW S. 332) in der hier anzuwendenden Fassung der 21. Verordnung zur Änderung der Beihilfenverordnung vom 22. November 2006 (GV.NW. S. 596) und der 22. Verordnung zur Änderung der Beihilfenverordnung vom 6. Dezember 2007 - GV.NW S. 657. Diese Fassungen galten im Zeitpunkt des Entstehens der Aufwendungen, der beihilferechtlich im Grundsatz für die rechtliche Beurteilung maßgeblich ist.
Vgl. dazu OVG NW, Urteile vom 25. Mai 1994 -6 A 1153/91- und vom 8. Dezember 2000 -12 A 2266/99-.
Gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 1 BVO i. V. m. § 4 Abs. 1 Nr. 7 Satz 1 BVO NW sind die notwendigen Aufwendungen in angemessenem Umfang unter anderem für schriftlich verordnete und beschaffte Arzneimittel zur Wiedererlangung der Gesundheit, zur Besserung oder Linderung von Leiden, zur Beseitigung oder Ausgleich angeborener oder erworbener Körperschäden beihilfefähig. Welche Maßnahmen notwendig sind, ergibt sich in der Regel aus dem, was der behandelnde Arzt verordnet.
Dem Kläger sind die streitgegenständlichen Präparate ärztlich verordnet worden und sie dienen unzweifelhaft allesamt der Behandlung von Erkrankungen im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 1 BVO NW. Die geltend gemachten Aufwendungen sind dem Grunde nach auch notwendig und der Höhe nach angemessen. Insbesondere stellt auch die erektile Dysfunktion nach einer Prostatovesikulektomie grundsätzlich eine behandlungsbedürftige Erkrankung dar.
Vgl. Bundesverwaltungsgericht - BVerwG -, Urteile vom 30. Oktober 2003 - 2 C 26.2 -, NJW 2004, 1339 und vom 28. Mai 2008 -2 C 24/07-, NVwZ 2008, 1378.
Mit der zum 1. Januar 2007 in Kraft getretenen 21. Änderungsverordnung vom 22. November 2006 hat der Verordnungsgeber „aufgrund des § 88 des Landesbeamtengesetzes" in § 4 Abs. 1 Nr. 7 Satz 2 a) BVO NW aber Aufwendungen für verschreibungspflichtige Arzneimittel von der Beihilfefähigkeit ausgeschlossen, die auch nach den Richtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen über die Verordnung von Arzneimittel in der vertragsärztlichen Versorgung (Arzneimittel-Richtlinien

- AMR-), mithin nach § 34 Abs. 1 Sätze 1 und 8 SGB V, von der Verordnung in der gesetzlichen Krankenversicherung ausgeschlossen sind.
In Anlage 2 zu dieser Ziffer sind insbesondere Aufwendungen für Arzneimittel zur Behandlung einer erektilen Dysfunktion von der Beihilfefähigkeit ausgenommen.
Zugleich hat der Verordnungsgeber in § 4 Abs. 1 Nr. 7 Satz 2 Buchstabe b) BVO NW geregelt, dass auch nichtverschreibungspflichtige Arzneimittel ab dem 18. Lebensjahr nicht (mehr) beihilfefähig sind, wobei dem Finanzministerium abweichend von Satz 2 in begründeten Ausnahmefällen sowie allgemein in Anlage 2 und in den Verwaltungsvorschriften zur Beihilfenverordnung zugebilligt worden ist zu bestimmen, zu welchen Arzneimitteln, die bei der Behandlung schwerwiegender Erkrankungen als Therapiestandard gelten oder die sich in der klinischen Erprobung befinden, gleichwohl Beihilfen gewährt werden können.
Unter Zugrundelegung dieser Regelungen hat der Beklagte die Beihilfefähigkeit der zur Behandlung der erektilen Dysfunktion verschreibungspflichtigen Präparate Cialis, Caverject Impuls und Viagra sowie die Beihilfefähigkeit der verordneten, aber nichtverschreibungspflichtigen Präparate Vividrin und Conjunktisan abgelehnt.
Auf die Ausschlussregelungen des § 4 Abs. 1 Nr. 7 Buchstabe a und b BVO NW kann sich der Beklagte jedoch nicht stützen, da sie von der Ermächtigungsgrundlage des § 88 Landesbeamtengesetz Nordrhein- Westfalen -LBG NW- in der bis zum 31. März 2009 gültigen Fassung (weiterhin) nicht gedeckt sind.
Die Kammer hat in zahlreichen, den Beteiligten bekannten Entscheidungen zur Frage des Ausschlusses von Präparaten zur Behandlung der erektilen Dysfunktion und des Ausschlusses nichtverschreibungspflichtiger Medikamente,
vgl. u. a. Urteile vom 13. Mai 2008 -3 K 1423/08-, vom 4. April 2008 -3 K 2659/07-, vom 18. April 2008 -3 K 2334/07-, vom 14. November 2008 -3 K 254/08-, vom 18. Dezember 2008 -3 K 1377/07- und vom 2. Februar 2009 -3 K 2174/08-,
und ebenso das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen -OVG NW- zur Behandlung der erektilen Dysfunktion,
vgl. u. a. OVG NW mit Urteil vom 31. August 2007 -6 A 2321/06 -,
ausgeführt, dass sich die Beihilfeausschlüsse nicht auf die Ermächtigung des § 88 Satz 5 Halbsatz 1 LBG NW stützen lassen, da dort im Einzelnen aufgeführt sei, zu welchen Aufwendungsarten die Beihilfe unabhängig von Notwendigkeit und Angemessenheit begrenzt werden könne. Aufwendungen für Arzneimittel seien aber nicht genannt. Angesichts des Ausnahmecharakters der Vorschrift sei die Aufzählung der Begrenzungsmöglichkeiten auch abschließend und könne nicht im Wege der erweiternden Auslegung auf Arzneimittel ausgedehnt werden. Da der neue Ausschlusstatbestand auch nicht als nähere Regelung der Merkmale „notwendig" und „angemessen" aufgefasst werden könne, fehle es mithin an einer notwendigen Ermächtigungsgrundlage mit der Folge, dass die Ausschlusstatbestände im Einzelfall keine Anwendung finden. Im Übrigen wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Entscheidungen der Kammer und des OVG NW Bezug genommen.
Nachfolgend hat auch das Bundesverwaltungsgericht in mehreren Entscheidungen, Beschluss vom 29. September 2008 (-2 B 128/07-) und Beschlüsse vom 2. Oktober 2008 (-2 B 138.07-, -2 B 140.07-, -2 B 143.07-),
bestätigt, dass § 88 LBG NW bei notwendigen und angemessenen Kosten nur zu Leistungsausschlüssen für „die Bereiche der zahnärztlichen Leistungen, der Beschäftigung von Pflegekräften und Hauspflegekräften, der Hilfsmittel, der Aufenthalte in Sanatorien und Heimen, der Heilkuren, der Behandlungen außerhalb des Wohnortes des

Beihilfeberechtigten sowie der Todesfälle" ermächtigt und mithin bestätigt, dass es zweifelsohne an einer Ermächtigung für den Ausschluss notwendiger und angemessener Medikamente fehle.
Soweit sich das beklagte Land nach Bekanntwerden der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgericht veranlasst gesehen hat, das Fehlen einer gesetzlichen Grundlage „rückwirkend auf eine gesetzliche Grundlage" zu stellen und unter Hinweis auf ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 26. Juni 2008 -2 C 2.07- die „inhaltsgleiche Regelung im Beihilferecht des Bundes als mit dem beamtenrechtlichen Fürsorgeprinzip vereinbar angesehen" bezeichnet hat,
vgl. Begründung zum Gesetzesentwurf vom 9. Dezember 2008, Drucksache Landtag NRW 14/8090,
sowie schließlich mit Gesetz vom 17. Februar 2009 (GV. NW S. 83) „Die Regelungen des § 4 Abs. 1 Nummer 7 und der Anlage 2" der Beihilfenverordnung in der Fassung der 21. Änderungsverordnung zur Beihilfenverordnung mit Wirkung vom 1. Januar 2007 mit „Gesetzeskraft" versehen hat, die wiederum durch Art. 23 des Gesetzes zur Änderung dienstrechtlicher Vorschriften vom 21. April 2009 (GV. NW S. 224) zum 1. April 2009 beseitigt wurde, kann diese Vorgehensweise nicht zu einer rückwirkenden Legitimierung, d. h. zur Schaffung einer nachträglichen Ermächtigungsgrundlage für den Ausschluss von Aufwendungen für Medikamente im Zeitraum 1. Januar 2007 - 31. März 2009 führen.
Zunächst ist hinsichtlich der erwähnten Gesetzesbegründung darauf hinzuweisen, dass sich das Bundesverwaltungsgericht in dem angeführten Urteil vom 26. Juni 2008 -2 C 2/07- auch unter Fürsorgegesichtspunkten kritisch mit der vergleichbaren Regelung in der Bundesbeihilfenverordnung auseinandergesetzt und nicht, wie es die Ausführungen zur Gesetzesbegründung glauben machen wollen, die Regelung im Bund „abgesegnet" hat. So hat es insbesondere ausdrücklich klargestellt, dass die Übertragung von Entscheidungskompetenzen auf den Gemeinsamen Bundesausschuss verfassungsrechtlichen Bedenken begegne, da im Hinblick auf die Systemunterschiede zwischen beamtenrechtlicher Beihilfe und der gesetzlichen Krankenversicherung die Entscheidungskompetenz etwaiger Leistungsausschlüsse nicht auf ein Gremium übertragen werden könne, in dem der Dienstherr nicht vertreten und die getroffenen Entscheidungen nicht am Maßstab der verfassungsrechtlich gewährleisteten Fürsorgepflicht des Dienstherrn ausgerichtet sei.
Letztlich kommt es aber darauf nicht entscheidungserheblich an, da § 4 Abs. 1 Nr. 7 BVO NW und Anlage 2 der Beihilfenverordnung auch für den Zeitraum 1. Januar 2007 - 31. März 2009 (weiterhin) als bloßes Verordnungsrecht zu qualifizieren sind, obgleich der parlamentarische Gesetzgeber diese Ziffer der Verordnung mit Gesetzeskraft versehen hat bzw. hat versehen wollen.
So ist dem für eine bestimmte Materie zuständigen Gesetzgeber im Rahmen der ihm zugewiesenen Kompetenzen zunächst grundsätzlich nicht verwehrt, eine dem Verordnungsgeber überlassene Regelungsbefugnis wieder - auch teilweise und/oder zeitweise- in Anspruch zu nehmen,
vgl. BVerfG, Urteil vom 15. November 1967 - 2 BWL 7/64 u. a. -, BVerfGE 22, 330; SaarlVerfGH, Urteil vom 17. Dezember 1996 - Lv 3/95 -, NVwZ-RR 1997, 449; Sendler, Verordnungsänderung durch Gesetz und „Entsteinerungsklausel", NJW 2001, 2859; BVerwG, Urteil vom 13. September 2006 -6 C 10/06-, NVwZ-RR 2007, 192 und nachfolgend BVerfG, Beschluss vom 27. Februar 2007 -1 BvR 3140/06-, NVwZ-RR 2007, 433.
Die durch Art. 80 Grundgesetz -GG- bzw. Art. 70 der Landesverfassung Nordrhein-

Westfalen legitimierte Ermächtigung der Exekutive zu eigener Rechtsetzung im Wege der Verordnung sowie ihre Wahrnehmung durch den Verordnungsgeber verbieten der Legislative nicht, ihre rechtsetzende Gewalt selbst auszuüben. Die von der Legislative übertragene Gewalt an die Exekutive beinhaltet insoweit auch die Möglichkeit der Aufhebung oder Änderung der Verordnungsermächtigung. Eine daneben verbleibende originäre Zuständigkeit des Gesetzgebers wird nicht vollständig verdrängt.
Vgl. Sendler, a. a. O., OVG NW, Urteil vom 12. November 2003 -1 A 1870/02-.
Bei einer Änderung der Verordnung ist der parlamentarische Gesetzgeber aber an die Grenzen der Ermächtigungsgrundlage gebunden und die Verordnungsveränderung durch förmliches Gesetz ist auch nur dann mit rechtsstaatlichen Grundsätzen vereinbar, wenn Überschrift und Einleitung eines Regelungswerkes nach zahlreichen Änderungen noch das hält, was es verspricht, d. h. zur Normklarheit gehört Normwahrheit. Unklarheiten über den Rang der im Verordnungstext enthaltenen Normen verletzen insbesondere das Postulat der Rechtsmittelklarheit, das als Bestandteil des Grundsatzes der Rechtssicherheit an der Verfassungsgarantie des Rechtstaatsprinzips teilnimmt.
Vgl. BVerfG, Beschluss vom 13. September 2005 -2 BvF 2/03-, BVerfGE 114, 196, DVBl 2005, 1503, NVwZ 2006, 191.
Vorliegend hat der Landesgesetzgeber zunächst keine Änderung dahingehend vorgenommen, dass er die Regelung in § 4 Abs. 1 Nr. 7 BVO NW nebst Anlage 2 inhaltlich verändert hätte. Er hat sich vielmehr darauf beschränkt, die bereits zuvor durch die 21. Änderungsverordnung in die Beihilfenverordnung eingefügten „..Regelungen des § 4 Abs. 1 Nummer 7 und der Anlage 2..." mit „Wirkung vom 1. Januar 2007 mit Gesetzeskraft" zu versehen. Durch diese Rechtssetzung hat er unter Hinweis auf die Unverzichtbarkeit der „Vorschriften der Beihilfenverordnung",
vgl. Begründung zum Gesetzesentwurf a. a. O.,
offensichtlich beabsichtigt, die dem Beihilfeberechtigten als Verordnung gegenübertretenden Regelungen teils mit Gesetzesrang und teils mit Verordnungsrang zu versehen, wobei er dem „Gesetzesteil" durch Art. 23 des Gesetzes zur Änderung dienstrechtlicher Vorschriften vom 21. April 2009 (GV NW S. 224) im Ergebnis nur eine Geltungsdauer von 27 Monaten zugebilligt hat.
Ein solch „gesetzgeberisches Monstrum",
vgl. zu diesen Konstellationen Külpmann, „Änderungen von Rechtsverordnungen durch den Gesetzgeber", NJW 2002, 3436,
aus Verordnung und Gesetz würde bei Annahme der Wirksamkeit mit hier einhergehender zeitlich befristeter Gültigkeit mit der irreführenden Bezeichnung „Beihilfenverordnung" zu einem missverständlichen, irreführenden Normgebilde führen, dessen Bezeichnung (Verordnung) und Kennzeichnung als Normsetzung aufgrund einer Ermächtigung zu ihrem tatsächlichen Rang (förmliches Gesetz) und den davon abhängigen Rechtsfolgen in Widerspruch stünde. Gälte der Inhalt der durch förmliches Gesetz veränderten Verordnung mit Gesetzesrang, wäre aus dem bereinigten Normtext nicht mehr zu erkennen, welche Teile in welchem Zeitraum Verordnungsrecht geblieben und welche durch Änderungsgesetze vom Gesetzgeber erlassen worden sind. Der Rechtscharakter der einzelnen Normteile wäre insoweit nur noch mit Rückgriff auf die Gesetzgebungsmaterialien und/oder auf die verkündeten Fassungen von Änderungsnormen erkennbar. Auf die Auskünfte in der Überschrift und den einleitenden Worten, die auf eine genau bezeichnete Ermächtigungsgrundlage -hier § 88 LBG NW- Bezug nehmen, wäre kein Verlass mehr und der wirkliche Status der einzelnen Bestimmungen könnte nur mit erheblichem Aufwand ermittelt werden. Ein solcher

Rechtszustand wäre mangels „Normenklarheit" und „Normenwahrheit" unter Zugrundelegung der oben angeführten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts mit rechtstaatlichen Grundsätzen nicht vereinbar. Denn eine Norm darf die von ihr Betroffenen nicht im Unklaren darüber lassen, welchen Rang sie hat und wie gegen sie effektiver Rechtsschutz zu suchen ist - sei es auf einem direkt auf die Kontrolle der Norm gerichteten Rechtsweg oder durch eine indirekte Anfechtung im Zusammenhang mit einem Rechtsmittel gegen den Vollzugsakt.
Vgl. BVerfG, Beschluss vom 27. September 2005 -2 BvL 11/02-, 2 BvL 12/02, 2 BvL 13/02, BVerfGE 114, 303-316
Um die aufgezeigten Schwierigkeiten zu vermeiden, hat das Bundesverfassungsgericht in seiner grundlegenden Entscheidung mit Gesetzesrang vom 13. September 2005 -2 BvF 1/03- (a. a. O.) das Verbot ausgesprochen, bei der parlamentarischen und exekutiven Rechtssetzung beide Rechtsformen so zu vermischen, dass eine klare Zuordnung nicht mehr möglich ist. Es hat im Falle der Einfügung einer Regelung durch den parlamentarischen Gesetzgeber in eine bestehende Verordnung als einzigen Lösungsweg angesehen, der geänderten Verordnung einen einheitlicher Rang zuzuweisen, d. h. das entstandene Normgebilde aus Gründen der Normenklarheit insgesamt als Verordnung zu qualifizieren. In diesem Zusammenhang hat das Bundesverfassungsgerichts im Beschluss vom 17. September 2005 (a. a. O.) u. a. ausgeführt:
„Die grundlegende Verschiedenheit der Kontroll- und Verwerfungskompetenzen von förmlichen Gesetzen und Verordnungen im behördlichen und gerichtlichen Verfahren (vgl. BayVGH, NJW 2001, S. 2905 <2906 f.> einerseits und die aufhebende Revisionsentscheidung BVerwGE 117, 313 <317 ff.> andererseits) verbietet es, bei der parlamentarischen und exekutiven Rechtssetzung beide Rechtsformen so zu vermischen, dass eine klare Zuordnung nicht mehr möglich ist (vgl. Lücke, in: Sachs, GG, Art. 80 Rn. 7; Kirchhof, EStG-KK, § 51 Rn. 14 f., 54; Ossenbühl, JZ 2003, S. 1066 <1067>; Seiler, in: Kirchhof/Söhn/ Mellinghoff, EStG, § 51 Rn. B 131, B 133, B 135; ders., ZG 2001, S. 50 <57 f.>; Studenroth, DÖV 1995, S. 525 <529>; vgl. auch Konzak, DVBl 1994, S. 1107 <1111>). Das Parlament kann nach der bisherigen Praxis beliebig mit förmlichem Gesetz ändernd in einen Verordnungstext eingreifen und dabei nicht nur Regelungen ändern, die mit dem Anliegen des Änderungsgesetzes im Zusammenhang stehen, sondern die Gelegenheit auch zu Änderungen wahrnehmen, die es aus anderen Gründen für zweckmäßig hält. Eine derartige Abgrenzung mit der Folge, dass gegen Regelungen in ein und derselben Norm der Rechtsschutz gegen bestimmte Regelungen einfach und schnell eröffnet ist, gegen andere hingegen von der Aussetzung und Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG abhängt, erweist sich als im Sinne des Art. 3 Abs. 1 GG nicht sachgerecht (vgl. BVerfGE 70, 35 <56 f.>).
Die praktischen Probleme werden in der Äußerung der Bundesregierung im vorliegenden Verfahren offenkundig, die den Rechtsschutz als „etwas zweifelhaft" ansieht und sowohl die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle als auch die Vorlage an das Bundesverfassungsgericht als verfassungsrechtlich nicht zu beanstandende Möglichkeiten anbietet.
Die aufgezeigten Schwierigkeiten vermeidet nur eine Lösung, die einerseits der geänderten Verordnung einen einheitlichen Rang zuweist und andererseits sicherstellt, dass der Gesetzgeber von dieser Praxis nur in den generellen Grenzen einer Verordnungsermächtigung Gebrauch macht. Ändert das Parlament wegen des sachlichen Zusammenhangs eines Reformvorhabens bestehende Verordnungen oder fügt in diese neue Regelungen ein, so ist das dadurch entstandene Normgebilde aus Gründen der

Normenklarheit insgesamt als Verordnung zu qualifizieren."
Da die rückwirkende Anordnung der Gesetzeskraft der rückwirkende Erlass eines Gesetzes ist,
vgl. BVerwG, Urteil vom 13. September 2006 -6 C 10/06- und nachfolgender Beschluss des BVerfG vom 27. Februar 2007 -1 BvR 3140/06-, a. a. O.,
d. h. es keinen Unterschied macht, ob eine Verordnung durch Gesetz geändert oder die Änderung der Verordnung nachträglich mit Gesetzesrang versehen werden soll,
muss unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes auch die mit (beabsichtigtem) Gesetzesrang versehene Regelung des § 4 Abs. 1 Nr. 7 BVO NW nebst Anlage 2 aus den o. g. Gründen weiterhin als Verordnung bzw. Verordnungsteil qualifiziert werden.
Soweit der Landesgesetzgeber die Regelung ausdrücklich als Gesetz gewollt hat, ist ebenfalls mit dem Bundesverfassungsgericht,
vgl. Beschluss vom 27. September 2005 -2 BvL 11/02-, 2 BvL 12/02, 2 BvL 13/02, a. a. O.,
unter Zugrundelegung der Intention des Art. 100 GG darauf hinzuweisen, dass sich der (nach-) konstitutionelle Gesetzgeber nicht auf die Wahrung seiner Autorität berufen kann, wenn er sich wie hier auf die Ebene der Verordnung begeben hat.
Zu unterscheiden ist die vorliegende Konstruktion allerdings von der Konstellation, in der der Gesetzgeber die Regelungen einer Verordnung insgesamt, mithin die gesamte Verordnung mit Gesetzesrang versehen und insoweit unter Berücksichtigung des Erfordernisses der Normenklarheit nachträglich aufgewertet hat.
So in dem vom BVerwG am 13. September 2006 -6 C 10/06- (a. a. O.) entschiedenen Fall. Vgl. zur Problematik der nachträglichen Rangänderung auch Schneider, Gesetzgebung, 3. Auflage 2002, Rdnr. 661 f., mit kritischen Anmerkungen und zwangsläufiger Unberücksichtigung der nachgehenden Entscheidung des BVerfG vom 13. September 2005 -2 BvF 2/03- a. a. O.
Der Qualifizierung als Verordnungsteil kann auch nicht entgegengehalten werden, der Gesetzgeber habe § 4 Abs. 1 Nr. 7 BVO NW nebst Anlage quasi unter Umgehung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aus der Beihilfenverordnung herausnehmen und zu einem selbstständigen, von der Beihilfenverordnung losgelösten Gesetz machen wollen. Denn abgesehen davon, dass im Text der Regelung weiterhin von Verwaltungsvorschriften „zu dieser Verordnung" die Rede und auch die Bezifferung der Regelung unverändert geblieben ist sowie nach dem Verkündungstext („Die Regelungen des § 4 Abs. 1 Nr. 7 und der Anlage 2 der Verordnung über die Gewährung von Beihilfen ...") unzweifelhaft die in der Beihilfenverordnung enthaltene Regelung mit Gesetzeskraft versehen werden sollte und die Gesetzesinitiative auch gerade mit der Unverzichtbarkeit der „Vorschriften der Beihilfenverordnung" begründet wurde,
vgl. Begründung zum Gesetzesentwurf a. a. O.,
hätte eine Herausnahme zwangsläufig zu einer entsprechenden Lücke in der Beihilfenverordnung geführt. Diese hätte mit außer Kraft treten des Gesetzes zum 1. April 2009 in der geltenden Beihilfenverordnung fortbestanden, da eine entsprechende (erneute) Beschränkung, wie in § 4 Abs. 1 Nr. 7 BVO NW vorgenommen, durch Art. 32 des Gesetzes zur Änderung dienstrechtlicher Vorschriften nicht wieder eingefügt wurde. Dass dies vom parlamentarischen Gesetzgeber nicht gewollt war bzw. nicht gewollt gewesen sein kann, liegt auf der Hand.
Der Bewertung als einheitliche Verordnung steht ferner nicht entgegen, dass der Gesetzgeber keine Rückkehr zum einheitlichen Verordnungsrang mittels der sog.

Entsteinerungsklausel angeordnet hat, da diese nach dem Verständnis des Bundesverfassungsgerichts allenfalls klarstellende Bedeutung hat. Das Bundesverfassungsgericht hat zu dieser Frage in der Entscheidung vom 13. September 2005 (a. a. O.) ferner ausgeführt:
„Die im Verfahren förmlicher Gesetzgebung in eine Verordnung eingefügten Teile stehen der abermaligen Änderung durch die Exekutive offen, die dabei allein an die Ermächtigungsgrundlage gebunden ist. Dies folgt daraus, dass es sich bei diesem Recht im Ergebnis um Recht im Range einer Verordnung handelt. Die Ermächtigung der Exekutive, den betreffenden Gegenstand selbst zu regeln, wird durch den Gesetzgeber nicht aufgehoben oder ausgesetzt. Es bedarf deshalb weder einer Herabstufung der durch die Änderung eingefügten Verordnungsteile (so Hans Schneider, a. a. O., Rn. 663 f.; Conradi, NVwZ 1994, S. 977; Külpmann, NJW 2002, S. 3436 <3438 f.>; Sendler, NJW 2001, S. 2859 <2860>; DVBl 2005, S. 423) noch einer besonderen, weiteren Ermächtigung der Exekutive, diese Teile erneut zu ändern (so BayVGH, NJW 2001, S. 2905 <2906>; BMJ, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 2. Aufl., 1999, Rn. 705; Uhle, DVBl 2004, S. 1272 <1275>). Die sogenannte Entsteinerungsklausel hat insoweit nur klarstellende Bedeutung."
Dass allein der vom Bundesverfassungsgericht aufgezeigte Weg hin zu einem einheitlichen Verordnungsrang,
vgl. so auch BVerwG im Urteil vom 19. Februar 2009 -2 C 18/07-,
mit der Folge der Entbehrlichkeit einer Entsteinerungsklausel mit Verfassungsrecht in Einklang zu bringen ist, dokumentiert sich vorliegend insbesondere darin, dass dem Finanzministerium u. a. in § 4 Nr. 7 Buchstabe b BVO NW die Kompetenz eingeräumt worden ist, „abweichend von Satz 2 und in den Verwaltungsvorschriften zu dieser Verordnung" Arzneimittel von der Verordnung ausschließen zu können. Mithin wäre bei Annahme, § 4 Abs. 1 Nr. 7 BVO NW wäre isoliert Gesetz geworden, der Exekutive in eigener Zuständigkeit grundgesetzwidrig die Befugnis eingeräumt, gesetzliche Regelungen zu modifizieren.
Nach alledem ist festzuhalten, dass das Gesetz vom 17. Februar 2009 zur Erhebung des § 4 Abs. 1 Nummer 7 und der Anlage 2 BVO NW in Gesetzesrang mit rechtstaatlichen Grundsätzen nicht vereinbar und die Regelung (weiterhin) als Teil der Beihilfenverordnung anzusehen ist. Mithin bleibt es dabei, dass es an einer Ermächtigung in § 88 LBG NW für den Ausschluss notwendiger und angemessener Medikamente in § 4 Abs. 1 Nr. 7 BVO NW fehlt. Zugleich ist festzustellen, dass der Gesetzgeber mit dem Versäumnis der Änderung der Ermächtigungsgrundlage des § 88 LBG NW in unzulässiger Weise auch die generellen Grenzen der Verordnungsermächtigung in § 88 LBG NW überschritten hat.
Vgl. zu dieser Problematik auch BVerfG, Beschluss vom 13. September 2005 a. a. O. unter Hinweis auf Schneider und Sendler, a. a. O.
Der geltend gemachte Zinsanspruch rechtfertigt sich aus §§ 291, 288 des Bürgerlichen Gesetzbuches in entsprechender Anwendung.
Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 154 Abs. 1, 155 Abs. 1 Satz 3 VwGO.
Soweit der Kläger seine Klage in Höhe von 5,25 EUR betreffend das Präparat Hya-Opothol zurückgenommen hat, hält die Kammer eine Kostenquotelung zulasten des Klägers nicht für angezeigt. So gehen mit der höheren Forderung mangels Gebührensprungs keine höheren Kosten einher und die Rücknahme betrifft zudem auch nur einen äußerst geringfügigen Teil in Höhe von 1,18 v. H. des zunächst geforderten Gesamtbetrages. Unter Berücksichtigung der gesetzlichen Wertung des § 155 Abs. 1 Satz 3 VwGO,
dazu, dass § 155 Abs. 1 Satz 3 VwGO auch bei der Rücknahme der Klage Anwendung

finden kann, vgl. etwa Neumann in Sodan/Ziekow, VwGO, 2. Aufl. 2006, § 155 Rdnr. 12, ist es daher ermessensgerecht, den Beklagten insgesamt mit den Kosten zu belasten.
Die vorläufige Vollstreckbarkeit der Kostenentscheidung beruht auf § 167 VwGO in Verbindung mit §§ 708 Nr. 11, 711 der Zivilprozessordnung.
Die Berufung ist gemäß § 124 Abs. 2 Nr. 3, § 124a VwGO und die Sprungrevision gemäß § 134 Abs. 2, § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO zuzulassen,
Zitiervorschlag:
VG Gelsenkirchen Urt. v. 24.6.2009 – 3 K 1256/09, BeckRS 2009, 35788

BeckRS 2009, 141208

OVG Berlin-Brandenburg (9. Senat), Beschluss vom 16.06.2009 – OVG 9 S 32.08

Titel:
Vertrauen in die Nichterhebung einer Abgabe; Bestandskraft eines Beitragsbescheides als Voraussetzung für die Umlage des Verbandsbeitrags; WasG BB § 80 Abs. 2 S. 1 schreibt bestimmten Maßstab vor
Normenketten:
WasG BB § 80 Abs. 1 S. 1
WasG BB § 80 Abs. 2 S. 1
Rechtsgebiete:
Verwaltungsverfahren und -prozess, Kommunalrecht
Schlagworte:
Gemeinde, Vollziehung, Beitragspflicht, Beschwerdeverfahren, Auslegung, Umlage, Bestandskraft, Aufhebung, Beitragsbescheid, Bewertung, Umlageverfahren, Umlagepflicht, Wahrscheinlichkeit, Voraussetzungen, aufschiebende Wirkung, ernstliche Zweifel, sofortige Vollziehung
vorgehend:
VG Cottbus, Beschluss vom 02.04.2008 - VG 6 L 457/07 (rechtskräftig)
ECLI:
ECLI:DE:OVGBEBB:2009:0616.OVG9S32.08.0A
Rechtskraft:
rechtskräftig

Tenor:

Die Beschwerde der Antragsteller gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Cottbus vom 2. April 2008 (6 L 457/07 - OVG 9 S 35.08 - Veranlagungsjahr 2004) wird zurückgewiesen.
Die Kosten der Beschwerde tragen die Antragsteller.
Unter Abänderung der erstinstanzlichen Streitwertfestsetzung wird der Streitwert für das erstinstanzliche Verfahren auf 463,50 Euro und für das Beschwerdeverfahren auf 421,16 EUR festgesetzt.
Die Beschwerde der Antragsteller gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Cottbus vom 19. März 2008 (6 L 459/07 - OVG 9 S 32.08 - Veranlagungsjahr 2006) wird zurückgewiesen.
Die Kosten der Beschwerde tragen die Antragsteller.
Unter Abänderung der erstinstanzlichen Streitwertfestsetzung wird der Streitwert

für das erstinstanzliche Verfahren auf 579,37 Euro und für das Beschwerdeverfahren auf 574,32 EUR festgesetzt.

Gründe:

I.

1 Die Antragssteller sind Eigentümer von Grundstücken in der Gemeinde H…, die zum Amt R… gehört; der Antragsgegner ist der Amtsdirektor des Amtes.

2 Die Gemeinde H… ist Mitglied des Wasser- und Bodenverbandes Kleine E…, einem Gewässerunterhaltungsverband. Die Gemeinde legt die von ihr zu zahlenden Verbandsbeiträge auf die Eigentümer und Erbbauberechtigten der grundsteuerpflichtigen Grundstücke um.

3 Nachdem die Gemeinde vom Verband zu Verbandsbeiträgen für 2004 und 2006 herangezogen worden war, zog der Antragsgegner die Antragsteller mit Umlagebescheiden vom 8. Oktober 2007 zu Umlagen für 2004 und 2006 in Höhe von 1.854,00 Euro und 2.317,50 Euro heran. Dabei legte er Umlagesätze von 0,08 Euro/Ar und 0,10 Euro/Ar zu Grunde. Auf Widersprüche der Antragsteller setzte der Antragsgegner eine verringerte Umlagefläche an, was zur Verminderung der Umlagen auf 1.837,84 Euro und 2.297,30 Euro führte.

4 Mit Änderungsbescheid vom 10. März 2008 nahm der Antragsgegner den Umlagebescheid für 2004 zurück, soweit er den Januar 2004 betraf; die Umlage für die verbliebenen Monate Februar bis Dezember 2004 belief sich auf 1.684,65 Euro.

5 Die Antragsteller erhoben gegen die Umlagebescheide Klage. Das Verwaltungsgericht hat die Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klagen abgelehnt, und zwar mit Beschluss vom 2. April 2008 (6 L 457/07) in Bezug auf den Umlagebescheid für 2004 und bereits mit Beschluss vom 19. März 2008 (6 L 459/07) in Bezug auf den Umlagebescheid für 2006. Der Beschluss vom 2. April 2008 ist den Antragstellern am 8. April 2008 zugegangen. Sie haben am 22. April 2008 Beschwerde erhoben und diese am 8. Mai 2008 begründet. Der Beschluss vom 19. März 2008 ist den Antragstellern am 3. April 2008 zugegangen. Sie haben am 17. April 2008 Beschwerde erhoben und diese am Montag, den 5. Mai 2008 begründet.

II.

6 Die Beschwerden haben keinen Erfolg.

7 Das Verwaltungsgericht ist davon ausgegangen, dass Umlagebescheide der hier in Rede stehenden Art nach § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 VwGO kraft Gesetzes sofort vollziehbar sind und die aufschiebende Wirkung wegen § 80 Abs. 5 und 4 Satz 3 VwGO nur anzuordnen ist, wenn die sofortige Vollziehung der Bescheides eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hat oder an der Rechtmäßigkeit der Bescheide ernstliche Zweifel bestehen, das heißt die Bescheide nach überschlägiger Prüfung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit rechtswidrig sind. Das Vorliegen dieser Voraussetzungen hat das Verwaltungsgericht verneint. Die fristgerecht dargelegten Beschwerdegründe, bei denen die Prüfung im Beschwerdeverfahren wegen § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO ansetzt, geben keinen Anlass zu einer anderen Bewertung.

8 Die Rückwirkung der im Wesentlichen gleichlautenden Umlagesatzungen vom 19. September 2007 und vom 16. April 2008 (im Folgenden: Umlagesatzungen 2007 II und 2008 - US 2007 II und 2008 -) auf den 1. Februar 2004 (vgl. § 7 US 2007 II und US 2008), ist entgegen der Beschwerde zunächst nicht deshalb mit überwiegender Wahrscheinlichkeit rechtswidrig, weil die Betroffenen mit ihr nicht

hätten rechnen müssen. Das Rechtsstaatsprinzip verbietet die Rückwirkung von Abgabensatzungen, wenn schutzwürdiges Vertrauen entgegensteht. Etwaigem Vertrauen in die Nichterhebung einer Abgabe fehlt indessen dann die Schutzwürdigkeit, wenn eine Gemeinde lediglich fehlerhaftes oder möglicherweise fehlerhaftes Satzungsrecht rückwirkend durch eine fehlerfreie Abgabensatzung ersetzt. Denn schon mit ihrem ersten Regelungsversuch hat die Gemeinde ihren Willen zur Abgabenerhebung unmissverständlich dokumentiert (vgl. BVerwG, Beschluss vom 8. Juli 2008 - 9 B 44.07 - juris). Etwas anderes gilt auch nicht, wenn die Erhebung der Abgabe - wie hier nach § 80 Abs. 2 Satz 1 BbgWG in der einschlägigen, vom 1. Februar 2004 bis zum 31. Dezember 2008 geltenden Fassung (a. F.) - im Ermessen der Gemeinde steht. In einem derartigen Fall steht es zwar auch im Ermessen der Gemeinde, ob sie fehlerhaftes oder möglicherweise fehlerfreies Satzungsrecht rückwirkend durch eine fehlerfreie Abgabensatzung ersetzt oder letztlich doch von der Abgabenerhebung absieht. Allein das Bestehen der zweiten Möglichkeit begründet indessen kein schutzwürdiges Vertrauen darin, dass von dieser Möglichkeit auch Gebrauch gemacht wird.

9 Die Rückwirkung der Umlagesatzungen 2007 II und 2008 ist weiter auch nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit rechtswidrig, weil im Nachhinein ein zusätzlicher Abgabentatbestand dergestalt geschaffen worden wäre, dass erstmals nicht nur die Umlage des Verbandsbeitrages, sondern auch die Umlage der Kosten des Umlageverfahrens vorgesehen worden wäre (vgl. § 2 US 2007 II und US 2008). Vielmehr ist diese Frage offen. Es ist bei überschlägiger Prüfung nicht ausgeschlossen, dass bereits in den Umlagesatzungen vom 17. März 2004, 24. September 2004, 16. Juni 2005 und 20. Oktober 2005 auch die Umlage der Verwaltungskosten des Umlageverfahrens geregelt worden ist. In den Satzungen ist jeweils die Erhebung von „Umlagen zur Umlage der von ihr [der Gemeinde] an den Wasser- und Bodenverband […] zu leistenden Beiträge" vorgesehen gewesen (vgl. jeweils § 2). Dieser Wortlaut („Umlage zur Umlage …") und die geregelten Umlagesätze (vgl. jeweils § 5), die jeweils über dem Satz des Verbandsbeitrages gelegen haben, haben möglicherweise hinreichend deutlich erkennen lassen, dass es schon seinerzeit nicht nur um die Umlage des Verbandsbeitrages ging, sondern auch um die Umlage der Verwaltungskosten. Dem wird im Hauptsacheverfahren weiter nachzugehen sein.

10 Die Regelungen des Umlagetatbestandes in den Umlagesatzungen 2007 II und 2008 sind nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit rechtswidrig, weil es in sich widersprüchlich wäre, dass die Umlagepflicht nach § 3 Abs. 1 Satz 1 US 2007 II und US 2008 „am" 31. Dezember jedes Kalenderjahr für das abgelaufene Kalenderjahr entsteht. Mit dem Argument, dass ein Kalenderjahr „am" 31. Dezember noch nicht abgelaufen sei, verkennt die Beschwerde, dass die Angabe „am 31. Dezember" je nach Zusammenhang auch „mit Ablauf des 31. Dezember" bedeuten kann. Das ist für Regelungen über das Außerkrafttreten von Gesetzen anerkannt (vgl. Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. Auflage, Rdnr. 477). Es ist nicht ersichtlich, warum hier etwas anderes gelten sollte.

11 Die Regelungen des Umlagetatbestandes in den Umlagesatzungen 2007 II und 2008 sind nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit rechtswidrig, weil nicht festgeschrieben worden ist, dass die Umlagepflicht nur dann am 31. Dezember für das abgelaufene Kalenderjahr entsteht, wenn zuvor ein bestandskräftiger Beitragsbescheid des Wasser- und Bodenverbandes in Bezug auf das Kalenderjahr

erlassen worden ist. Die Bestandskraft des Beitragsbescheides des Wasser- und Bodenverbandes ist nach § 80 Abs. 2 Satz 1 BbgWG a. F. nicht Voraussetzung für die Umlage des Verbandsbeitrages gewesen. Der Gesetzgeber hat die Finanzierung der Gewässerunterhaltung in § 80 BbgWG a. F. nicht etwa deshalb in ein Beitrags- und ein nachfolgendes Umlageverfahren aufgeteilt, weil er den Gemeinden eine besondere Zwischenfinanzierungsverantwortung auferlegen wollte. Vielmehr sollten die Gemeinden den Gewässerunterhaltungsverbänden lediglich den Aufwand für die unmittelbare Heranziehung der einzelnen Grundstückseigentümer und Erbbauberechtigten abnehmen, für den sie besser gerüstet sind als die Gewässerunterhaltungsverbände. Vor diesem Hintergrund ist § 80 BbgWG a. F. so auszulegen, dass der Zeitraum der gemeindlichen Zwischenfinanzierung möglichst kurz ausfallen kann; dem widerspräche eine Auslegung dahin, dass die Gemeinden den Verbandsbeitrag erst nach Bestandskraft des Beitragsbescheides auf die Grundstückseigentümer und Erbauberechtigten umlegen durften. Vielmehr hat es für die Entstehung der Verpflichtung zur Umlagepflicht jedenfalls ausgereicht, wenn - wie hier - überhaupt schon ein Beitragsbescheid erlassen worden war.

12 Die Regelungen des Umlagetatbestandes in den Umlagesatzungen 2007 II und 2008 sind auch nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit rechtswidrig, weil noch nicht einmal geregelt worden wäre, dass überhaupt ein Beitragsbescheid des Wasser- und Bodenverbandes erlassen worden sein muss, bevor die Umlagepflicht entstehen konnte. Vielmehr lassen sich § 2 Abs. 1 und § 3 Abs. 1 Satz 1 US 2007 II und 2008 mit dem Verwaltungsgericht geltungserhaltend im Sinne einer derartigen Regelung auslegen. Soweit die Beschwerde demgegenüber eine ausdrückliche Regelung verlangt, überspannt sie die Anforderungen an Klarheit und Bestimmtheit von Satzungsrecht. Satzungsrecht genügt den rechtsstaatlichen Anforderungen an Bestimmtheit und Klarheit, wenn sein Inhalt nach den üblichen juristischen Auslegungsmethoden zu ermitteln ist. Hierzu zählt auch eine Auslegung im Sinne der Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht. Dass der Wortlaut der Umlagesatzungen 2007 II und 2008 für eine solche Auslegung nicht offen wäre, tut die Beschwerde nicht dar; es ist im Übrigen auch sonst nicht ersichtlich.

13 Die Regelungen des Umlagemaßstabes in den Umlagesatzungen 2007 II und 2008 sind nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit rechtswidrig, weil § 5 US 2007 II und US 2008 eine Umlage des Verbandsbeitrages und eine Umlage der durch das Umlageverfahren entstehenden Verwaltungskosten nach einem undifferenzierten Flächenmaßstab vorsehen. Es ist mit Blick auf § 80 Abs. 2 Satz 1 BbgWG a. F. nicht überwiegend wahrscheinlich, dass die Gemeinde einen anderen Maßstab hätte wählen dürfen. Der Gesetzgeber hat die Gemeinden durch § 80 Abs. 2 Satz 1 BbgWG a. F. überhaupt erst dazu ermächtigt, die Beiträge zu den Gewässerunterhaltungsverbänden auf die Grundstückseigentümer umzulegen. Dabei hat der Gesetzgeber in § 80 Abs. 2 Satz 1 BbgWG a. F. eine bestimmte Form der Umlage ausdrücklich angesprochen, nämlich eine Umlage nach dem (undifferenzierten Flächen-)Maßstab des § 80 Abs. 1 Satz 1 BbgWG. Dagegen hat § 80 Abs. 2 Satz 1 BbgWG a. F. kein Wort enthalten, das - wie etwa das Wort „insbesondere" - die Ermächtigung in Richtung auf andere Umlageformen erweitert hätte. Dafür, dass eine solche Erweiterung vom Gesetzgeber gleichwohl gewollt gewesen wäre, lässt sich auch den Gesetzesmaterialien nichts entnehmen. Die Begründung des Entwurfs der Landesregierung für das Zweite Gesetz zur Entlastung der Kommunen von pflichtigen Aufgaben bringt vielmehr klar zum

Ausdruck, dass für die in § 80 Abs. 2 Satz 1 BbgWG a. F. geregelte Umlage der für die Beiträge der Gemeinden an die Gewässerunterhaltungsverbände verbindliche - also nicht differenzierte - Flächenmaßstab gelten sollte. Die Begründung des Gesetzentwurfs ist darüber hinaus wörtlich von einer „eindeutigen" Regelung des Umlagemaßstabes ausgegangen (vgl. LT-Drs. 3/6324, Einzelbegründung zur Aufhebung des § 7 KAG). Dies lässt schwerlich den Schluss zu, dass den Gemeinden gleichwohl ein Differenzierungsspielraum hinsichtlich des Flächenmaßstabs offen stehen sollte.

14 Soweit die Ausführungen der Beschwerdebegründung zum Umlagemaßstab dahin zu verstehen sein sollten, dass die Gemeinde bei Fehlen eines Spielraums für die Regelung eines differenzierten Flächenmaßstabs gehalten gewesen wäre, aus verfassungsrechtlichen Gründen gänzlich von der Erhebung der Umlage abzusehen, führt auch dies nicht dazu, dass die Umlagesatzungen 2007 II und 2008 mit überwiegender Wahrscheinlichkeit als rechtswidrig anzusehen wären. Gegen die Umlage des Verbandsbeitrages nach dem undifferenzierten Flächenmaßstab ist verfassungsrechtlich nichts einzuwenden; insoweit wird auf die diesbezüglichen Ausführungen des Verwaltungsgerichts Bezug genommen. Die Umlage der Verwaltungskosten des Umlageverfahrens nach dem undifferenzierten Flächenmaßstab kann zwar im Lichte des Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) verfassungsrechtlich problematisch sein, weil zwischen der Grundstücksgröße und dem Verwaltungsaufwand für die Umlage des Verbandsbeitrages nicht notwendigerweise eine Beziehung dahin besteht, dass der Verwaltungsaufwand proportional mit der Grundstücksgröße wächst (vgl. Urteil des Senats vom 22. November 2006 - 9 B 13.05 - juris; vgl. weiter den Entwurf der Landesregierung für ein Gesetz zur Änderung wasserrechtlicher Vorschriften, Einzelbegründung zur Änderung des § 80 BbgWG, LT-Drs. 4/5052). Eine etwa fehlende Beziehung zwischen Grundstücksgrößen und Verwaltungsaufwand zwingt indessen nur diejenigen Gemeinden dazu, von der Umlage der Verwaltungskosten des Umlageverfahrens abzusehen, in deren Gebiet die tatsächlichen Verhältnisse so beschaffen sind, dass die Umlage der Verwaltungskosten nach dem undifferenzierten Flächenmaßstab zu Gleichbehandlungsproblemen führt, die über solche Einzelfälle hinausgehen, denen zulässigerweise noch durch Billigkeitsentscheidungen Rechnung getragen werden kann (vgl. dazu § 80 Abs. 2 Satz 3 BbgWG a. F. in Verbindung mit § 12 Abs. 1 Nr. 4 Buchstabe b KAG und § 163 Satz 1 AO sowie in Verbindung mit § 12 Abs. 1 Nr. 5 Buchstabe a KAG und § 227 AO). Für das Vorliegen derartiger tatsächliche Verhältnisse geben die fristgerechten Beschwerdegründe hier nichts her.

15 Die Regelungen des Umlagemaßstabes in den Umlagesatzungen 2007 II und 2008 sind schließlich auch nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit rechtswidrig, weil Bemessungsgrundlage für die Umlage des Verbandsbeitrages und der durch das Umlageverfahren entstehenden Verwaltungskosten die „auf volle Ar" aufgerundete Grundstücksfläche ist (vgl. § 5 US 2007 II und US 2008). Darin liegt zwar eine Vergröberung gegenüber einem Abstellen auf Quadratmeter. Mit Blick auf die geringen Umlagesätze je Ar (für 2004: 8 Cent, für 2006: 10 Cent) ist indessen jedenfalls offen, ob diese Vergröberung dazu geführt hat, dass es über die Erheblichkeitsgrenze hinaus zu einer Verzerrung der relativen Umlagebelastungen oder zu überhöhten Umlagen gekommen ist.

1 Die Regelungen der Umlagesätze für 2004 und 2006 in den Umlagesatzungen 2007

6 II und 2008 sind nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit rechtswidrig, weil sie jenseits der Erheblichkeitsgrenze überhöht wären. Ihre betragsmäßige Höhe allein gibt nichts dafür her, sie ohne weitere Nachprüfung als mit überwiegender Wahrscheinlichkeit überhöht anzusehen. Demgegenüber dürfte es in der Tat rechtswidrig sein, dass in die Umlagesätze auch Anteile zur Deckung von Prozesskosten in Bezug auf das Umlageverfahren eingeflossen sind. Darüber hinaus könnte es rechtswidrig sein, dass die Höhe der Verwaltungskosten kalkulatorisch auch von der Eingruppierung/Einstufung desjenigen Mitarbeiters der Amtsverwaltung abhängig gemacht worden ist, der gerade die Umlagefälle der hier in Rede stehenden Gemeinde bearbeitet hat. In Bezug auf beide Punkte ist indessen nicht ersichtlich, dass sie dazu geführt hätten, dass die Umlagesätze jenseits der Erheblichkeitsgrenze überhöht sind.

17 Die Umlagebescheide für 2004 und 2006 sind nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit rechtswidrig, weil schon nach überschlägiger Prüfung erkennbar wäre, dass die Beitragspflicht der Gemeinde für diese Jahre mangels fehlerfreier Willensbildung im Wasser- und Bodenverband nicht entstanden ist, nachdem bestimmte Eigentümer grundsteuerbefreiter Grundstücke nicht als Mitglieder des Verbandes behandelt worden sind. Die inzwischen abgeschaffte Mitgliedschaft von Eigentümern grundsteuerbefreiter Grundstücke in den Gewässerunterhaltungsverbänden hat nach der Rechtsprechung des Senats grundsätzlich eine Aufnahme in das Mitgliedsverzeichnis vorausgesetzt (vgl. Urteil des Senats vom 10. September 2008 - 9 B 2.08 - juris; Beschluss des Senats vom 20. Mai 2009 - 9 S. 10.08 - juris). Mit Blick hierauf ist vorliegend nicht ersichtlich, dass bei der Willensbildung des Verbandes Mitglieder übergangen worden wären.

18 Die Kostenentscheidungen folgen aus §§ 154 Abs. 2 VwGO. Die Streitwertfestsetzungen für die Beschwerdeverfahren beruhen auf § 47 Abs. 1, § 53 Abs. 3 Nr. 2, § 52 Abs. 1 GKG, die Änderungen der Streitwertfestsetzung für die erstinstanzlichen Verfahren auf 63 Abs. 3 GKG. In Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes gegen Abgabenbescheide ist ein Viertel des einfachen Heranziehungsbetrages als Streitwert anzusetzen. Das gilt nach neuerer Rechtsprechung des Senats auch dann, wenn in dem Bescheid mehrere Personen als Gesamtschuldner herangezogen werden (vgl. Beschluss des Senats vom 10. Februar 2009 - 9 S 26.08 u. a. - juris).

19 Diese Beschlüsse sind unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO, § 68 Abs. 1 Satz 5 in Verbindung mit § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).

Zitiervorschlag:
OVG Berlin-Brandenburg Beschl. v. 16.6.2009 – OVG 9 S 32.08, BeckRS 2009, 141208

BeckRS 2009, 32794

OVG Koblenz, Urteil vom 26.03.2009 - 8 C 10729/08

Titel:
Baurecht
Normenketten:
BauGB §§ 1 VII, 1 II, 55
RhPfBauO § 3 III 1
Amtliche Leitsätze:
1. Wird in einem Bebauungsplan (hier: im Rahmen der Festsetzung immissionswirksamer flächenbezogener Schallleistungspegel (IFSP)) auf

außerstaatliche Regelungen wie DIN-Normen verwiesen, ist es zur Wahrung der rechtsstaatlichen Anforderungen an die ordnungsgemäße Verkündung erforderlich, diese Regelung nach Inhalt, Datum bzw. Ausgabe sowie der Stelle, an der sie eingesehen oder von der sie bezogen werden kann, genau zu bezeichnen, wenn der Regelungstext dem Bebauungsplan nicht als Anlage beigefügt wird (im Anschluss an das Senatsurteil vom 4.7.2006, NuR 2007, 31 = BeckRS 2006, 24640). (amtlicher Leitsatz)
2. Genügt der Bebauungsplan diesen Anforderungen nicht, so kann der Verkündungsfehler durch Ergänzung des Normtextes, erneute Ausfertigung und erneute Bekanntmachung des Bebauungsplans geheilt werden; einer erneuten Abwägung und eines erneuten Ratsbeschlusses bedarf es nicht. (amtlicher Leitsatz)

Rechtsgebiete:
Verwaltungsverfahren und -prozess, Umweltrecht, Öffentliches Baurecht

Schlagworte:
Bebauungsplan, Verkündung, Verweisung auf DIN-Normen, Planerhaltung, Heilung eines Verkündungsfehlers

Fundstellen:
DÖV 2009, 639 (Ls.)
DVBl 2009, 798 (Ls.)
LKRZ 2009, 262
LSK 2009, 370096
NJOZ 2009, 2880
NVwZ-RR 2009, 673 (Ls.)

ECLI:
ECLI:DE:OVGRLP:2009:0326.8C10729.08.0A

Rechtskraft:
rechtskräftig

DER SENAT
Hauptschlagwort: Abwägungsgebot Bebauungsplan DIN-ISO 9613-2 DIN-Norm Eigentumsbelange Fläche für die Landwirtschaft Gewerbegebiet Gleichbehandlung Gliederung Heilung IFSP IFSP-Festsetzung Inhaltsbestimmung Lärmschutzbelange Ortsrandstraße Textfestsetzung Umlegung Verkehr
Normenkette:
Leitsatz:
In dem Normenkontrollverfahren
des Herrn …
- Antragsteller -
Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte R. K. G. & Partner, B-straße ..., M.,
gegen
die Ortsgemeinde D.-Sch.,
vertreten durch den Bürgermeister der Verbandsgemeinde D.-Sch., Am R-platz ..., D.-Sch.,
- Antragsgegnerin -
Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. H., K.-W.-Straße ..., L.,
wegen Bebauungsplan (Normenkontrolle)
hat der 8. Senat des Oberverwaltungsgerichts Rheinland-Pfalz in Koblenz aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 26. März 2009, an der teilgenommen haben Vorsitzender

Richter am Oberverwaltungsgericht Dr. Held, Richterin am Oberverwaltungsgericht Lang, Richter am Oberverwaltungsgericht Müller-Rentschler für Recht erkannt:
Der Normenkontrollantrag wird abgelehnt.
Der Antragsteller hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.
Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar. Der Antragsteller darf die Kosten der Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe des festzusetzenden Betrages abwenden, wenn nicht die Antragsgegnerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.
Die Revision wird nicht zugelassen.
Tatbestand
Der Antragsteller wendet sich mit seinem Normenkontrollantrag gegen den Bebauungsplan „Gewerbegebiet D.-Ost, Erweiterung II" der Antragsgegnerin.
Er ist Inhaber des südlich der Ortslage D. und östlich der H.-straße (L ...) gelegenen landwirtschaftlichen Betriebs „H." und Eigentümer des zu den landwirtschaftlichen Betriebsflächen gehörenden, ca. 19.077 qm großen Grundstücks Flurstück-Nr. …, das u. a. mit dem Wohnhaus des Antragstellers bebaut ist und im Übrigen landwirtschaftlich genutzt wird. Der Antragsteller, der den Betrieb bis 2002 selbst führte, hat die landwirtschaftlichen Betriebsflächen nach dem Unfalltod seines Sohnes teilweise verkauft und im Übrigen an andere Landwirte verpachtet.
Eine Teilfläche der Parzelle … liegt im Geltungsbereich des Bebauungsplans „Gewerbegebiet D.-Ost, Erweiterung II", der auf ca. 3.144 qm der Teilfläche eine öffentliche Verkehrsfläche, nämlich eine Teilstrecke der durch das geplante Gewerbegebiet verlaufenden Ortsrandstraße sowie einen Teil des die Anbindung der Ortsrandstraße an die L ... herstellenden Verkehrskreisels, sowie eine Ausgleichsfläche „M 4" (am Ostrand der Verkehrsfläche) festsetzt; im Übrigen (westlich der Verkehrsfläche zum Wohnhaus des Antragstellers hin) wird die vom Bebauungsplan erfasste Teilfläche der Parzelle als „Fläche für die Landwirtschaft" ausgewiesen.
Der angegriffene Bebauungsplan setzt östlich der Ortslage D. und im südlichen Anschluss an das seit etwa 1967 bestehende Gewerbegebiet „A." sowie des durch gesonderten Bebauungsplan überplanten „Gewerbegebiets D.-Ost, Erweiterung I" mehrere Gewerbegebiete sowie eine Ortsrandstraße als Haupterschließungsstraße der Gewerbegebiete und zugleich als Ortskernentlastungsstraße fest, die das Plangebiet der Länge nach durchläuft; im Norden schließt die Ortsrandstraße an die bestehende R.-straße an, über die der gewerbliche und landwirtschaftliche Verkehr zur künftigen Vermeidung einer Durchfahrt der engen Ortlage D. zur L ... und über diese zum Obst- und Gemüsegroßmarkt „Pfalzmarkt" oder - über einen derzeit geplanten Anschluss der L ... an das Autobahnkreuz Mutterstadt - zur A ... abgeleitet werden soll; der im Süden den Anschluss der Ortsrandstraße an die H.-straße (L ...) herstellende Verkehrskreisel dient zugleich der Anbindung mehrerer Wirtschaftswege an die H.- und O.-straße, darunter des sog. „M.-weges", über den ein relativ starker Schwerlast- und landwirtschaftlicher Verkehr von den am M.-weg gelegenen Obst- und Gemüseanbaugroßbetrieben zur Ortsrandstraße geleitet werden soll. Dieses Verkehrskonzept beruht auf einer „Städtebaulichen Voruntersuchung" vom November 2000 sowie auf einem im Planaufstellungsverfahren eingeholten Gutachten der Planung Transport Verkehr AG/K. (PTV) vom Mai 2001 zu den „verkehrlichen Auswirkungen der Gewerbe- und Wohngebietserweiterung" im Osten der Antragsgegnerin, das Verkehrsprognosen für das Jahr 2010 enthält und den südlichen Anschluss der Ortsrandstraße an die L ... über einen Kreisverkehr mit gleichzeitiger Anbindung des „M.-wegs" empfiehlt.

Bereits im Zuge der frühzeitigen Bürgerbeteiligung wandte sich der Antragsteller mit Schreiben vom 25. November 2003 gegen die Planung, weil er unzumutbare Störungen im betrieblichen und privaten Bereich durch die geplante Wegeführung über sein Grundstück sowie durch den Kreisel befürchtete. Der Rat der Antragsgegnerin befasste sich in seiner Sitzung vom 25. Mai 2004 mit diesen Einwendungen und gab eine Überarbeitung der Straßenplanung in Auftrag, aufgrund der die Lage des Verkehrskreisels um ca. 3,30 m vom Wohnhaus des Antragstellers abgerückt und nach Süden verschoben wurde, so dass der Fahrbahnrand letztlich einen Abstand von 39,33 m zur Terrasse des Antragstellers einhält.
Am 13. April 2005 beschloss der Rat der Antragsgegnerin die Einleitung eines Umlegungsverfahrens „Gewerbegebiet D.-Ost, Erweiterung I und II". In einem Entwurf des Umlegungsplans ist vorgesehen, dem Antragsteller eine im Bebauungsplan als „Fläche für die Landwirtschaft" ausgewiesene Teilfläche des gemeindeeigenen Flurstücks Nr. … zuzuteilen, das bereits an ihn verpachtet ist und östlich der Parzelle … jenseits eines Wirtschaftsweges gelegen ist.
Im weiteren Verlauf des Planaufstellungsverfahrens holte die Antragsgegnerin ein schalltechnisches Gutachten des Ing.-Büros P. vom 29. November 2005 zu den im Plangebiet zu erwartenden und von ihm auf benachbarte Gebiete ausgehenden Gewerbe- und Verkehrsgeräuschimmissionen ein. Das Gutachten stuft den Bereich „M.", zu dem auch das Anwesen des Antragsstellers zählt, als Mischgebiet ein und legt für Verkehrsgeräusche die entsprechenden Immissionsgrenzwerte der 16. BImSchV (tagsüber 64 dB(A), nachts 54 dB(A)) zugrunde. Ausgehend von den - für die Zwecke der schalltechnischen Untersuchung noch einmal überprüften und um die Ausweisung von Lkw-Anteilen ergänzten - Verkehrsprognosedaten des PTV-Gutachtens vom Mai 2001, wonach im Bereich nördlich des Kreisels tagsüber 238 Kfz/h, nachts 30 Kfz/h bei Lkw-Anteilen von 5 bzw. 2%, sowie im Einmündungsbereich der Ortsrandstraße in den Kreisel tagsüber 224 Kfz/h, nachts 26 Kfz/h bei Lkw-Anteilen von 17% bzw. 7% zu erwarten seien, gelangt das Gutachten P. zu dem Ergebnis, dass an den bestehenden Gebäuden weder innerhalb noch außerhalb des Ausbaubereichs der Ortsrandstraße Grenzwertüberschreitungen und daher auch keine Ansprüche auf schallmindernde Maßnahmen gegeben seien. Für das Anwesen „M." des Antragstellers (Immissionspunkt 7) werden dabei Belastungen durch Verkehrsgeräusche von 56,2 dB(A) tagsüber und 44,7 dB(A) nachts im Erdgeschoss bzw. 56,9 dB(A) tagsüber und 45,4 dB(A) nachts im 1. Obergeschoss prognostiziert. Hinsichtlich der vom Plangebiet ausgehenden Gewerbegeräuschimmissionen geht das Gutachten jedoch davon aus, dass an den betroffenen Wohngebäuden die jeweiligen Orientierungs- bzw. Immissionsrichtwerte durch die derzeit schon bestehenden Gewerbebetriebe ausgeschöpft sind. Damit die Geräusche aus den geplanten Gewerbegebietserweiterungen zu keiner Erhöhung der Beurteilungspegel führen, sollten diese den jeweils geltenden Orientierungs- bzw. Immissionsrichtwert um 10 dB(A) unterschreiten. Um dies zu gewährleisten, schlägt das Gutachten u. a. eine bestimmte Gliederung der geplanten Gewerbegebiete durch Festsetzung von maximal zulässigen immissionswirksamen flächenbezogenen Schallleistungspegeln (IFSP) vor.
Während der Offenlage des Bebauungsplanentwurfs erhob der Antragsteller mit Schreiben vom 26. Mai 2006 erneut Einwendungen, und zwar gegen die geplante südliche Anbindung der Ortsrandstraße über einen Kreisel im Hinblick auf dessen Standort und gegen die von der Ortsrandstraße und dem Kreisel zu erwartenden Lärmbelastungen. Er schlug vor, die Ortsrandstraße statt auf seiner Parzelle … auf der gemeindeeigenen Parzelle … mit

entsprechender Verschiebung des Kreisels nach Süden an die L ... anzubinden. Er sei auf jeden qm seiner landwirtschaftlichen Flächen und auf kurze Wege vom Wohnhaus zu den Flächen angewiesen. Ferner zweifele er die dem Schallschutzgutachten zugrunde gelegte Verkehrsprognose an, insbesondere sei von einem höheren Lkw-Anteil auszugehen, bei dem die Lärmgrenzwerte dann nicht einzuhalten seien.
In seiner Sitzung vom 28. Juni 2006 beschloss der Rat der Antragsgegnerin, den Anregungen des Antragstellers nicht zu folgen. In dem dem Antragsteller übersandten Auszug aus dem Sitzungsprotokoll heißt es zu den Einwendungen gegen den Trassenverlauf und den Standort des Kreisels, ein weiteres Ziel der Ortsrandstraßenplanung sei die Anbindung des „M.-weges", damit der landwirtschaftliche Verkehr aus den dortigen Betrieben über die Ortsrandstraße zum Pfalzmarkt abfließen könne. Dadurch sei die Lage des Kreisels relativ genau festgelegt. Eine Verschiebung nach Süden sei straßenführungstechnisch nicht sinnvoll, weil dann die vorhandene Achse des M.-weges nicht genutzt werden könne; auch dürfe der Ausfahrradius von der L ... zur Ortsrandstraße nicht weiter minimiert werden. Bei einer Verschiebung des Kreisels auf die Parzelle …. müssten zusätzliche Außenbereichsgrundstücke in Anspruch genommen und massiv in die Parzellen …, und … eingegriffen werden, auch rücke der Kreisel dann näher an das Wohnhaus auf der Parzelle …; das bestehende Wirtschaftswegenetz könne dann nur noch teilweise genutzt werden; der höhere Flächenverbrauch widerspreche § 1 a Abs. 2 BauGB. Hingegen werde der Betrieb des Antragstellers bei der Inanspruchnahme von nur ca. 16,5% der Fläche der Parzelle … nicht gefährdet. Zu den Einwendungen zur Lärmbelastung wird ausgeführt, die Verkehrsprognose beruhe auf dem PTV-Gutachten vom Mai 2001 und einem Nachtrag vom August 2005. Die im Schallschutzgutachten vorgeschlagene Gebietsgliederung nach IFSP werde im Plan ordnungsgemäß abgearbeitet und stelle sicher, dass auch in Überlagerung mit vorhandenem Lärm keine Richtwertüberschreitung eintreten werde, so dass auch kein Anspruch auf eine Lärmschutzwand bestehe. Was die Verkehrslärmbelastung am Anwesen des Antragstellers angehe, habe das Gutachten ergeben, dass die Immissionsrichtwerte dort weit unterschritten würden. Die Lärmproblematik im Gewerbegebiet werde angemessen dadurch bewältigt, dass im Plan passiver Schallschutz innerhalb einer 35m-Zone an der Ortsrandstraße festgesetzt werde; das Wohnhaus des Antragstellers liege aber außerhalb der 35m-Zone.
In derselben Sitzung beschloss der Rat den Bebauungsplan als Satzung, der nach Ausfertigung und öffentlicher Bekanntmachung am 14. Juli 2007 in Kraft trat.
Gemäß Ziffer A 1.1.4 der textlichen Festsetzungen des Bebauungsplans sind zum Schutz der angrenzenden Wohnbebauung im Geltungsbereich des Bebauungsplanes nur Betriebe und Anlagen zulässig, deren gesamte Schallemissionen bestimmte - nachfolgend nach den festgesetzten Gewerbegebieten GE 1 bis 7 differenzierend aufgeführte sowie jeweils nach Tag- und Nachtwerten unterschiedene - maximal zulässige immissionswirksame, auf 1 qm Baugrundstücksfläche flächenbezogene Schallleistungspegel (IFSP) nicht überschreiten.
Die nachfolgende Bezugnahme auf die DIN ISO 9613-2 hatte ursprünglich folgende Fassung: „Bei der Berechnung der zulässigen Immissionskontingente nach den Ausbreitungskriterien der DIN ISO 9613-2 „Dämpfung des Schalls bei der Ausbreitung im Freien" ist eine Quellenhöhe von 2 m über jeweiligem Grundstücksniveau zu berücksichtigen. Die Aufpunkthöhe der Immissionsorte ist mit 5,6 m über jeweiligem Geländeniveau (Bezug: 1. Obergeschoss) zu wählen. Im Anschluss ist anhand einer betriebsbezogenen Immissionsprognose nach DIN ISO 9613-2 „Dämpfung des Schalls bei der Ausbreitung im Freien" zu ermitteln, ob durch die konkret geplanten Geräusche des

Betriebes die an den jeweiligen Immissionsorten zulässigen Kontingente eingehalten werden (…)."
Mit notariellem Vertrag vom 22. Juli 2007 erwarb die Antragsgegnerin aus privater Hand Teilflächen aus den Parzellen … und …, auf denen der Bebauungsplan Teile des Verkehrskreisels sowie eine Wirtschaftsweganbindung festsetzt, als neue Parzellen … und …
Zur Begründung seines am 7. Juli 2008 eingegangenen Normenkontrollantrags macht der Antragsteller im Wesentlichen folgendes geltend:
Der Bebauungsplan leide sowohl wegen der Inanspruchnahme seiner Parzelle … als auch wegen der von dem Verkehr auf der Ortsrandstraße und dem Verkehrskreisel ausgehenden Lärmbelastung für sein Anwesen an beachtlichen Abwägungsmängeln.
Die Inanspruchnahme der Parzelle … für Ortsrandstraße und Kreisel habe eine unzulässige Enteignung zur Folge, weil andere rechtlich und wirtschaftlich vertretbare Lösungen bestünden, nämlich die Anlegung der Ortsrandstraße auf der gemeindeeigenen Parzelle … im Bereich des im Plan dort vorgesehenen Wirtschaftsweges - wodurch zugleich eine dort vorhandene Altlast versiegelt werden könnte - mit entsprechender Südverschiebung des Kreisels; die Anbindung des M.-weges an den Kreisel sei auch dann über eine Rechtskurve entsprechend der vorgesehenen Kreiselumfahrung durch einen anderen Wirtschaftsweg möglich. Dabei müsse auch die - bisher auffälligerweise verschonte - Parzelle … jetzt erst recht vorrangig in Anspruch genommen werden, nachdem die Antragsgegnerin sie für sich erworben habe. Gleiches gelte für die Parzellen …, und …, da diese nicht landwirtschaftlich und daher nicht gemäß § 35 BauGB privilegiert genutzt würden. Hingegen sei er auf jeden qm der Parzelle … für seinen landwirtschaftlichen Betrieb angewiesen, für den diese Fläche wegen ihrer unmittelbaren Nähe zum Wohnhaus und der zur Vermeidung hoher Kraftstoffkosten notwendigen kurzen Wege besonders wichtig sei. Der Wegfall von Teilflächen der Parzelle … führe zu einer erheblichen Wertminderung seines Betriebes, der zwar zurzeit verpachtet sei, den er jedoch für seinen Enkel als möglichen Betriebsnachfolger erhalten wolle. Die als Ersatzland vorgesehene Parzelle … sei nicht vergleichbar nah an seinem Wohnhaus gelegen und zudem nicht ohne weiteres landwirtschaftlich bebaubar, da es sich um Ödland handele, dessen Geländeniveau zudem 2 m tiefer als das benachbarte, von ihm landwirtschaftlich genutzte Gelände liege und das wegen des tieferen Niveaus von Grundwasser durchfeuchtet werde. Soweit die Abwägung von einer Zuteilung der Parzelle … als Ersatzland in der Umlegung ausgehe, sei sie fehlerhaft, weil dieses Grundstück für eine landwirtschaftliche Nutzung nicht geeignet sei. Er befürchte zudem eine unzumutbare Lärmbelastung durch den Verkehr auf der Ortsrandstraße und dem Verkehrskreisel, die von der Antragsgegnerin fehlerhaft eingeschätzt worden sei. Das Ergebnis des Schallschutzgutachtens P., dass die einschlägigen Lärmgrenzwerte nicht überschritten würden, überzeuge ihn nicht. Vielmehr seien die zugrunde liegenden Verkehrsprognosen von 314 Kfz/h tagsüber, davon 6% Lkw, und von 40 Kfz/h nachts, davon 2% Lkw, anzuzweifeln; nach seiner Einschätzung müsse von mindestens 450 Kfz/h tagsüber und 150 Kfz/h nachts, bei jeweils höheren Lkw-Anteilen (15% tagsüber und 8 bis 10% nachts), ausgegangen werden. Bei Zugrundelegung dieser Zahlen seien die Lärmgrenzwerte nicht einzuhalten und Schallschutzmaßnahmen erforderlich. Da die Anlegung eines Lärmschutzwalls nur unter Inanspruchnahme erheblicher Flächen aus seinem Eigentum möglich wäre, seien Lärmschutzwände zu planen. Die Lärmproblematik im Gewerbegebiet sei auch insgesamt nicht gelöst worden. Die von dem Sachverständigen P. gemachten Lösungsvorschläge seien von der Antragsgegnerin offenbar nicht planerisch übernommen worden; schon

deshalb sei der Bebauungsplan ungültig.
Der Antragsteller beantragt,
den Bebauungsplan „Gewerbegebiet D.-Ost, Erweiterung II" in der Fassung der erneuten Bekanntmachung vom 30. Januar 2009 für unwirksam zu erklären.
Die Antragsgegnerin beantragt,
den Normenkontrollantrag zurückzuweisen.
Sie tritt dem Antrag entgegen und trägt im Wesentlichen vor: Der Bebauungsplan weise weder in Bezug auf die Straßenplanung noch hinsichtlich der Verkehrslärmimmissionen relevante Abwägungsmängel auf.
Durch die Ausweisung von Straßenverkehrsflächen im Plan werde keine Enteignung von Teilflächen der Parzelle … des Antragstellers bewirkt. Den entsprechenden Festsetzungen im Bebauungsplan komme schon keine enteignende Vorwirkung zu. Die Bodenordnung erfolge im Rahmen des von der Antragsgegnerin bereits eingeleiteten Umlegungsverfahrens. Zuteilungsfragen blieben dem Umlegungsverfahren vorbehalten und könnten daher bei der planerischen Abwägung grundsätzlich außer Betracht bleiben. Vorliegend sei im Übrigen ein adäquater Ausgleich für die Einwurfsfläche aus der Parzelle … des Antragstellers im Zuge der Baulandumlegung keineswegs von vornherein ausgeschlossen. Es könne keine Rede davon sein, dass die bislang angedachte Zuteilung des als landwirtschaftliche Fläche ausgewiesenen Grundstücksteils der Parzelle … keinen adäquaten Ersatz darstelle, nachdem der Antragsteller dieses Grundstück selbst von der Antragsgegnerin zu landwirtschaftlichen Betriebszwecken gepachtet und ursprünglich selbst bewirtschaftet habe; seit 2002 werde es im Wege der Unterverpachtung von einem anderen Landwirt weiterhin als landwirtschaftliche Betriebsfläche genutzt. Das Geländeniveau liege auch keineswegs 2 m unter dem Niveau angrenzender Flächen. Hinsichtlich Betriebsnähe und landwirtschaftlicher Bebaubarkeit seien zwischen Einwurfs- und angedachter Zuteilungsfläche keine grundsätzlichen Unterschiede erkennbar.
Die Antragsgegnerin habe sich mit den Einwendungen des Antragstellers - sowohl aus der frühzeitigen Bürgerbeteiligung als auch aus der Offenlage - ausführlich auseinandergesetzt und ihnen soweit wie möglich Rechnung getragen. Von einer ungleichmäßigen Belastung von Grundstückseigentümern oder einer auffälligen Verschonung der Parzelle … könne keine Rede sein. Im eingeleiteten Umlegungsverfahren sei vielmehr eine gleichmäßige Lastentragung sichergestellt, indem aus der Umlegungsmasse vorweg die benötigten Verkehrsflächen ausgeschieden würden. Die Parzellen … und … seien bei der Ausweisung öffentlicher Verkehrsflächen nicht besonders verschont, sondern es seien die die heutigen Parzellen … und … bildenden Teilflächen ebenfalls für den Kreisel nebst Fahrwegen und Begleitgrün herangezogen worden. Nur diese ohnehin bereits von der Straßenplanung betroffenen Teilflächen habe die Antragsgegnerin nach dem Satzungsbeschluss erworben. Die außerhalb des Bebauungsplangebietes gelegenen, aber nach den Vorstellungen des Antragstellers für die von ihm vorgeschlagene Verkehrsführung in Anspruch zu nehmenden Teilflächen der ehemaligen Parzellen … und … stünden weiterhin in Privateigentum. Unabhängig davon sei die von der Antragsgegnerin beschlossene Verkehrsführung nicht Ausfluss irgendwelcher Eigentumsverhältnisse; maßgebend für die Abwägungsentscheidung seien vielmehr die im Sitzungsprotokoll vom 28. Juni 2006 dargelegten verkehrstechnischen Gründe sowie Überlegungen zur möglichst sparsamen Flächeninanspruchnahme und zur Möglichkeit der Anbindung vorhandener Wirtschaftswege gewesen. Dem Vorschlag des Antragstellers einer weiteren Südverschiebung von Kreisel und Straßenführung sei die Antragsgegnerin mit umfassender und zutreffender Begründung nicht gefolgt.

Die Antragsgegnerin habe auch die für das Anwesen des Antragstellers zu erwartenden Verkehrslärmimmissionen zutreffend ermittelt, bewertet und abgewogen. Im Planungsverfahren sei eine eingehende Untersuchung und Bewertung der im Plangebiet zu erwartenden Straßenverkehrs-, Gewerbe- und Sportgeräusche sowie der vom Plangebiet ausgehenden gewerblichen Geräusche durch das von der Antragsgegnerin in Auftrag gegebene schalltechnische Gutachten erfolgt. Die darin ausgearbeiteten Maßnahmen zur Verbesserung der Lärmsituation seien vollständig in den Plan übernommen worden, insbesondere die Gliederung der Gewerbegebiete durch IFSP. Die Behauptung, mit dem Plan werde die Lärmproblematik nicht gelöst, entbehre jeder Grundlage. Auch die Behauptung, die dem Gutachten zugrunde gelegte Verkehrsprognose sei unrealistisch, sei ebenso substanzlos wie unrichtig. Die Prognose beruhe auf der eingehenden Verkehrsuntersuchung der PTV von 2001, die für das schalltechnische Gutachten im Jahre 2005 noch einmal überprüft und konkretisiert worden sei. Es gebe keine Anhaltspunkte dafür, dass die Prognose auf unrealistischen Annahmen beruhe.
Der Senat hat die Beteiligten mit Schreiben vom 13. Januar 2009 darauf hingewiesen, dass Bedenken an der ordnungsgemäßen Verkündung des Bebauungsplans wegen der Verweisung auf eine DIN-Norm im Zusammenhang mit der Festsetzung immissionswirksamer flächenbezogener Schallleistungspegel bestehen.
Daraufhin hat die Antragsgegnerin die Bezugnahme auf die DIN ISO 9613-2 in der Textfestsetzung Ziffer A.1.1.4 wie folgt neu gefasst: „Bei der Berechnung der zulässigen Immissionskontingente an den verschiedenen Immissionsorten nach den Ausbreitungskriterien der DIN ISO 9613-2 (Ausgabe 1999/10, Akustik - Dämpfung des Schalls bei der Ausbreitung im Freien, Teil 2: Allgemeines Berechnungsverfahren (DIN ISO 9613-2: 1996)) ist eine Quellenhöhe von 2 m über jeweiligem Grundstücksniveau zu berücksichtigen (…)." Dieser Textstelle wurde außerdem folgende „Fußnote 1" beigefügt: „Die DIN-Norm ISO 9613-2 ist bei der Beuth Verlag GmbH, Berlin, zu beziehen. Sie ist beim Deutschen Patentamt archivmäßig gesichert niedergelegt und bei der Verbandsgemeindeverwaltung D.-Schauernheim, Abteilung Bauen und Infrastruktur, einzusehen." In dieser Fassung wurde der Bebauungsplan am 26. Januar 2009 erneut ausgefertigt und am 30. Januar 2009 erneut bekanntgemacht.
Die weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands ergeben sich aus der Gerichtsakte und den beigezogenen Akten des Planaufstellungsverfahrens, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren.
Entscheidungsgründe
Der Normenkontrollantrag ist zulässig, insbesondere fristgemäß erhoben worden.
Da der angegriffene Bebauungsplan ursprünglich vor dem 1. Januar 2007 - nämlich am 14. Juli 2006 - bekannt gemacht worden ist, gilt gemäß § 195 Abs. 7 VwGO die Frist des § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO in der bis zum Ablauf des 31. Dezember 2006 gültigen Fassung. Die danach zwei Jahre ab Bekanntmachung der Rechtsvorschrift betragende Antragsfrist hat der Antragsteller mit Eingang seiner Normenkontrolle am 7. Juli 2008 gewahrt.
Die Normenkontrolle hat aber in der Sache keinen Erfolg.
Der Bebauungsplan „Gewerbegebiet D.-Ost, Erweiterung II" verstieß zwar ursprünglich mangels ordnungsgemäßer Verkündung gegen höherrangiges Recht; die Antragsgegnerin hat den Verkündungsmangel jedoch rechtzeitig vor der mündlichen Verhandlung geheilt (I.). Im Übrigen erweisen sich die vom Antragsteller erhobenen Rügen als unbegründet (II.).
I.
Der angegriffene Bebauungsplan wurde ursprünglich nicht ordnungsgemäß verkündet, weil

die in Ziffer A.1.1.4 der Textfestsetzungen enthaltene Verweisung auf eine DIN-Norm nicht den rechtsstaatlichen Anforderungen an eine solche Verweisung genügte.
Nach der Rechtsprechung des Senats ist es bei der Festsetzung immissionswirksamer flächenbezogener Schallleistungspegel (IFSP) in Bebauungsplänen zur Wahrung der rechtsstaatlichen Anforderungen an die ordnungsgemäße Verkündung des Bebauungsplans erforderlich, dass im Falle der - grundsätzlich zulässigen - Verweisung des Normtextes des Bebauungsplans auf außerstaatliche Regelwerke wie zum Beispiel DIN-Normen eine genaue Bezeichnung der Regelung nach Inhalt, Datum bzw. Ausgabe sowie der Stelle, an der sie eingesehen oder von der sie bezogen werden kann, erfolgt (vgl. das Urteil des Senats vom 4. Juli 2006 - 8 C 11709/05.OVG -, NuR 2007, S. 31 f., unter Hinweis auf das Senatsurteil vom 28. Februar 1996 - 8 A 12353/94.OVG -). Dies entspricht den Anforderungen, wie sie auch bei der Normsetzung des Bundes für sog. starre Verweisungen von Rechtsvorschriften auf private Regelwerke gelten (vgl. Bundesministerium der Justiz, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. Aufl., Rn. 242; siehe auch z. B. § 7 Abs. 5 BImSchG).
Vorliegend verweist Ziffer A.1.1.4 der Textfestsetzungen des Bebauungsplans im Zusammenhang mit der Festsetzung von IFSP zur Gliederung des Gewerbegebiets hinsichtlich der maßgeblichen Berechnungsmethode auf die Anwendung der DIN-ISO 9613-2; die am 14. Juli 2006 bekannt gemachte Fassung des Bebauungsplans enthielt jedoch nicht die erforderlichen Angaben zu der zugrunde gelegten Fassung der DIN-Norm und insbesondere zu der Stelle, an der sie veröffentlicht ist oder über die sie bezogen werden kann. Anders als im Falle der Gliederung der Gewerbegebiete nach Abstandsklassen gemäß Ziffer A.1.1.1 der sog. „Abstandserlass" vom 26. Februar 1992, war die DIN-ISO 9613-2 auch nicht als Anlage zu den Textfestsetzungen des Bebauungsplans beigefügt worden, was den rechtsstaatlichen Anforderungen an die Verkündung ebenfalls genügt hätte.
Angaben im Bebauungsplan zu Datum, Ausgabe und Fundstelle der DIN-Norm waren hier auch nicht im Hinblick auf § 3 Abs. 3 Satz 1 LBauO entbehrlich (vgl. dazu Jeromin, in: Jeromin/Schmidt/Lang, LBauO RP, 2. Aufl. 2008, § 3, Rn. 34). Denn die DIN-ISO 9613-2 gehört nicht zu den durch Verwaltungsvorschrift gemäß § 3 Abs. 3 Satz 1 LBauO als technische Baubestimmungen eingeführten Regelwerken, die mit Datum und Fundstelle in der - bei In-Kraft-Treten des Bebauungsplans maßgeblichen - Verwaltungsvorschrift des Ministeriums der Finanzen „Einführung von technischen Regeln als technische Baubestimmungen" vom 22. November 2005 im Ministerialblatt der Landesregierung vom 23. Dezember 2005 (S. 350 ff.) oder in einer späteren Fassung veröffentlicht wurden. Ebenso wenig zählt die DIN-ISO 9613-2 zu den vom Deutschen Institut für Bautechnik im Einvernehmen mit der obersten Bauaufsichtsbehörde für Bauprodukte in der Bauregelliste A bekannt gegebenen technischen Regeln, die gemäß § 18 Abs. 2 Satz 2 LBauO als technische Baubestimmungen im Sinne des § 3 Abs. 3 Satz 1 LBauO beachtlich sind.
Entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin kommt es schließlich nicht darauf an, ob die Verweisung des Bebauungsplans auf die DIN-ISO 9613-2 nur die anerkannten Regeln der Technik wiedergibt. Zwar mag es grundsätzlich zulässig sein, in einer Rechtsnorm mit Hilfe von Generalklauseln wie zum Beispiel „allgemein anerkannte Regeln der Technik" oder „Stand der Technik" auf technische Regeln privater Regelsätze zu verweisen (vgl. dazu Bundesministerium der Justiz, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, a. a. O., Rn. 252 ff.). Indessen hatte die Antragsgegnerin als Normgeberin vorliegend diesen Weg der Verweisung auf private Regelwerke mit Hilfe einer Generalklausel - zur näheren Ausfüllung durch die Normanwender - gerade nicht bestritten, sondern auf eine spezifische DIN-Norm

verwiesen, auch, um damit den Anforderungen der Rechtsprechung an die Bestimmtheit der Festsetzung einer Berechnungsmethode für IFSP zu genügen (vgl. dazu VGH BW, Urteil vom 24. März 2005 - 8 S 595/04 -, juris, Rn. 49 f. und BayVGH, Urteil vom 25. Oktober 2000 - 26 N 99.490 -, juris, Rn. 32).
Die Antragsgegnerin hat den Verkündungsfehler indessen vor der mündlichen Verhandlung vom 26. März 2009 als dem für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit des angegriffenen Bebauungsplans maßgeblichen Zeitpunkt durch Ergänzung des Normtextes, erneute Ausfertigung und erneute Bekanntmachung des Bebauungsplans geheilt. Die Neufassung der Bezugnahme auf die DIN ISO 9613-2 enthält nunmehr die erforderlichen Angaben zur maßgeblichen Fassung der DIN-Norm und der Stelle, an der sie eingesehen oder über die sie bezogen werden kann. Einer erneuten Abwägung und eines weiteren Ratsbeschlusses bedurfte es nicht (vgl. OVG RP, Beschluss vom 29. Mai 2007 - 8 C 11277/06.OVG -).
II.
Im Übrigen teilt der Senat die vom Antragsteller gegen die Wirksamkeit des Bebauungsplans geäußerten Bedenken nicht.
1. In formeller Hinsicht begegnet der Bebauungsplan keinen weiteren Bedenken. So genügt die Festsetzung der IFSP den Anforderungen an deren hinreichende Bestimmtheit. Insbesondere hat die Antragsgegnerin die zugrunde zu legende Bezugsfläche, auf die die Schallleistung des jeweiligen Gewerbebetriebs zu verteilen ist (vgl. dazu VGH BW, Urteil vom 24. März 2005, a. a. O.) mit der Maßgabe, dass die IFSP auf 1 m² Grundstücksfläche zu beziehen sind, in Ziffer A.1.1.4 der Textfestsetzungen hinreichend festgelegt (vgl. dazu OVG RP, Urteil vom 13. Februar 2008 - 8 C 10368/07.OVG -, S. 10 UA).
2. Der Bebauungsplan genügt des Weiteren den materiell-rechtlichen Anforderungen, insbesondere denjenigen des Abwägungsgebots gemäß § 1 Abs. 7 BauGB.
a) Die Antragsgegnerin hat zum einen das private Eigentumsinteresse des Antragstellers, dass von einer Inanspruchnahme einer Teilfläche seines Grundstücks … für eine öffentliche Verkehrsfläche (Ortsrandstraße und Verkehrskreisel) sowie eine Ausgleichsfläche abgesehen wird, fehlerfrei abgewogen.
Sie hat zunächst die insoweit von der Planung berührten öffentlichen und privaten Belange fehlerfrei ermittelt und bewertet. Denn sie hat sich schon im Rahmen der frühzeitigen Bürgerbeteiligung und insbesondere bei der Abwägung mit den vom Antragsteller in der Offenlage vorgebrachten Einwendungen gegen den Straßenverlauf und die Lage des Verkehrskreisels sowie seinem Interesse an einem ungeschmälerten Erhalt der Parzelle Nr. … für landwirtschaftliche Zwecke eingehend auseinandergesetzt und diesen teilweise durch eine Verschiebung des Kreisels nach Süden - um einige Meter, soweit ihr dies ohne verkehrsführungstechnische Nachteile möglich erschien - Rechnung getragen.
Die Antragsgegnerin hat darüber hinaus die diesbezüglichen privaten Eigentumsbelange des Antragstellers sowie die entgegenstehenden öffentlichen und privaten Belange gegen- und untereinander fehlerfrei gewichtet und sich ohne Abwägungsfehler für die Zurückstellung des Interesses des Antragstellers an einer weiteren Südverschiebung der Ortsrandstraße und des Verkehrskreisels gegenüber anderen Belangen entschieden.
Anders als der Antragsteller meint, bewirkt die Festsetzung von Flächen öffentlicher Nutzung - zum Beispiel von Verkehrsflächen - im Bebauungsplan keine Enteignung; ihr kommt auch keine enteignende Vorwirkung zu (vgl. BVerwG, Beschluss vom 25. August 1997, NVwZ 1998, S. 953 f.). Es handelt sich vielmehr um eine Inhaltsbestimmung des Eigentums im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG.
In der Inanspruchnahme einer Teilfläche der Parzelle Nr. … des Antragstellers für eine öffentliche Verkehrsfläche sowie für eine Ausgleichsfläche liegt auch keine

unverhältnismäßige oder gleichheitswidrige Inhaltsbestimmung seines privaten Grundeigentums. Denn die Antragsgegnerin hat mit Beschluss vom 13. April 2005 ein Umlegungsverfahren eingeleitet, in dem ein angemessener, den Gleichheitssatz wahrender Interessenausgleich zu erwarten ist.
Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts verstößt die Inanspruchnahme von privatem Grundeigentum durch Festsetzung von (zum Beispiel) öffentlichen Verkehrsflächen in einem Bebauungsplan dann nicht gegen das Gleichheitsgebot und stellt keine unverhältnismäßige Inhaltsbestimmung des Eigentums dar, wenn die Gemeinde den Vollzug des Bebauungsplans durch ein die Gleichbehandlung der Eigentümer gewährleistendes Umlegungsverfahren vorbereitet, da dieses von den Prinzipien der Lastengleichheit und der wertgleichen Abfindung (§§ 55 bis 60 BauGB) beherrschte Verfahren die verfassungsrechtlich gebotene Gleichbehandlung gewährleistet (vgl. BVerwG, Beschluss vom 3. Juni 1998, NVwZ-RR 1999, S. 425). Deshalb kann im Regelfall ein konkretes Zuteilungsinteresse eines planbetroffenen Grundeigentümers oder sein Interesse, dass von einer Umlegung ganz abgesehen wird, bei der planerischen Abwägung außer Betracht bleiben (vgl. VGH BW, Beschluss vom 29. September 1981, BauR 1982, S. 160 f.). Allerdings bleibt zu beachten, dass Bauleitplanung und Umlegung nicht ohne Wechselwirkung sind, weshalb unter Umständen schon bei der Bestimmung der planerischen Festsetzungen die Möglichkeiten und Ergebnisse der nachfolgenden bodenordnenden Maßnahmen einzubeziehen sind (vgl. BGH, Urteil vom 11. November 1976, NJW 1977, S. 388). Im Einzelfall kann deshalb bereits bei der Abwägung zu berücksichtigen sein, welche Folgen sich aus einer bestimmten Festsetzung für die Umlegung und speziell für den Zuteilungsanspruch des betroffenen Eigentümers ergeben, etwa in Fällen, in denen er ein besonderes Interesse am möglichst ungeschmälerten Erhalt bestimmter Grundstücksflächen hat und diesem Interesse voraussichtlich bei der Zuteilung nicht Rechnung getragen werden kann, wobei es sich aber um nicht bloß geringwertige, sondern um schutzwürdige Interessen handeln muss, deren Beeinträchtigung durch eine spätere Umlegung zudem für die planende Stelle erkennbar sein muss (vgl. VGH BW, Beschluss vom 29. September 1981, a. a. O., S. 161).
Ein solcher Fall ist hier indessen nicht gegeben. Zwar hat der Antragsteller geltend gemacht, dass er ein besonderes Interesse am ungeschmälerten Erhalt der Parzelle Nr. … als einer wohnhausnahen landwirtschaftlichen Betriebsfläche habe. Doch ist vorliegend keineswegs von vornherein ausgeschlossen, dass dem Interesse des Antragstellers an einer wohnhausnahen Bewirtschaftungsfläche im Umlegungsverfahren hinreichend Rechnung getragen werden kann, etwa durch Zuteilung der gemeindeeigenen Parzelle Nr. …, soweit diese im Bebauungsplan als „Fläche für die Landwirtschaft" festgesetzt ist. Diese Fläche ist ausweislich der in den Akten befindlichen Karten kaum weniger nah am Wohnhaus des Antragstellers gelegen als die für die Verkehrsfläche in Anspruch genommene Teilfläche der Parzelle Nr. … Das Vorbringen des Antragstellers, die Parzelle Nr. … sei für eine Bewirtschaftung ungeeignet, überzeugt demgegenüber nicht, da er diese für eine Zuteilung an ihn derzeit ins Auge gefasste Fläche selbst vor einigen Jahren von der Gemeinde gepachtet, zunächst auch selbst bewirtschaftet und seit dem Jahre 2002 bis heute an einen anderen Landwirt unterverpachtet hat, der sie offenbar weiterhin bewirtschaftet. Etwaigen Wertunterschieden hinsichtlich der Bodenbeschaffenheit kann im Umlegungsverfahren durch einen Ausgleich in Fläche oder Geld Rechnung getragen werden (§ 58 Abs. 2 BauGB).
Anders als der Antragsteller meint, kann auch von einer gleichheitswidrigen übermäßigen Inanspruchnahme seines Grundeigentums im Verhältnis zu anderen privaten

Grundeigentümern oder vorrangig heranzuziehenden gemeindeeigenen Flächen keine Rede sein. So werden etwa die von ihm angesprochenen Teilflächen der bisherigen Parzellen Nrn. … und … einer anderen Eigentümerin vom angegriffenen Bebauungsplan ebenfalls für Verkehrsflächen (Verkehrskreisel, Wirtschaftsweg und Begleitgrün) in Anspruch genommen; schon deshalb ist es unerheblich, dass die Antragsgegnerin diese Teilflächen (die heutigen Parzellen Nrn. … und …) später freihändig zu Eigentum erworben hat. Die Frage der Notwendigkeit einer vorherigen Inanspruchnahme von gleich geeignetem Grundbesitz der öffentlichen Hand für denselben Zweck - vgl. dazu BVerwG, Urteil vom 6. Juni 2002, NVwZ 2002, S. 1506 - stellt sich daher hier nicht.
Der Antragsteller kann aber auch im Hinblick auf die gemeindeeigene Parzelle Nr. … nicht geltend machen, diese hätte vorrangig vor der Teilfläche seiner Parzelle Nr. … für das Teilstück der Ortsrandstraße und Teilflächen des Verkehrskreises in Anspruch genommen werden müssen. Denn ein Verlauf der Ortsrandstraße über die Parzelle Nr. … unter gleichzeitiger gänzlicher Verschonung von Grundeigentum des Antragstellers hätte eine weitere Südverschiebung der Ortsrandstraße und des Kreisels vorausgesetzt, was die Antragsgegnerin indessen mit ausführlicher und zutreffender Begründung abgelehnt hat, weil dem gewichtige öffentliche und private Belange entgegenstehen. Wie im Einzelnen im Protokoll der Ratssitzung vom 28. Juni 2006 sowie in der Planbegründung (S. 7) dargelegt ist, sprechen zum einen gewichtige verkehrsführungstechnische Gründe gegen eine Südverschiebung des Kreisels (und damit zwangsläufig auch des letzten Teilstücks der Ortsrandstraße vor deren Einmündung in die L ...). Bei einer weiteren Verschiebung der Verkehrsführung nach Süden könnte nämlich die - als zusätzliches legitimes Ziel der Straßenplanung angestrebte - Anbindung des stark durch landwirtschaftlichen Verkehr belasteten Münchhofweges an den Kreisel nicht auf der vorhandenen Achse dieses Weges erfolgen und auch das übrige bestehende Wirtschaftswegenetz nur noch teilweise genutzt werden. Dies hätte eine stärkere Inanspruchnahme weiterer - auch privater - Außenbereichsgrundstücke zur Folge und stünde damit im Widerspruch zu dem Grundsatz des sparsamen Flächenverbrauchs gemäß § 1 a Abs. 2 BauGB. Darüber hinaus ist es nicht zu beanstanden, sondern sachgerecht, dass die Antragsgegnerin die Lage des Verkehrskreisels so gewählt hat, dass dieser einen in etwa gleichen Abstand zum Wohnhaus des Antragstellers und zu dem weiteren Wohnanwesen auf der Parzelle Nr. … einhält, um auch im Hinblick auf die vom Kreisel ausgehenden Verkehrslärmimmissionen eine annähernde Belastungsgleichheit beider Wohnhäuser zu erreichen. Vor diesem Hintergrund handelt es sich bei der gemeindeeigenen Parzelle Nr. … nicht um ein für die Verwirklichung der Planungsziele in gleicher Weise wie die Teilfläche der Parzelle Nr. … geeignetes Grundstück der öffentlichen Hand.
b) Die Antragsgegnerin hat schließlich auch das weitere private Eigentumsinteresse des Antragstellers, von zusätzlichen Verkehrslärmimmissionen durch die Anlegung der Ortsrandstraße und des Verkehrskreisels in der Nähe seines Wohnhauses verschont zu bleiben, fehlerfrei abgewogen.
Sie hat auch insoweit die von der Planung berührten privaten und öffentlichen Belange fehlerfrei ermittelt und bewertet, indem sie eine Verkehrsprognose und ein schalltechnisches Gutachten, das auch die Verkehrslärmimmissionen durch die geplante Straßenführung einbezieht, eingeholt und sich mit den Anregungen des Antragstellers auseinandergesetzt hat; sie hat seinen Lärmschutzbelangen im Übrigen durch leichtes Abrücken des Kreisels von dessen Wohnhaus und Terrasse so weit wie möglich entsprochen.
Es ist auch nicht erkennbar, dass die Antragsgegnerin die privaten Lärmschutzinteressen

des Antragstellers im Verhältnis zu den entgegenstehenden öffentlichen und privaten Belangen fehlerhaft gewichtet hat. Sie hat vielmehr zutreffend darauf abgestellt, dass nach dem eingeholten schalltechnischen Gutachten am Wohnhaus des Antragstellers keine Verkehrslärmimmissionsbelastung zu erwarten ist, die nach der 16. Verordnung zur Durchführung des Bundesimmissionsschutzgesetzes (Verkehrslärmschutzverordnung - 16. BImSchV -) Ansprüche auf Schallschutzmaßnahmen auslösen würde. Soweit der Antragsteller die im schalltechnischen Gutachten zugrunde gelegte und für diesen Zweck überarbeitete Prognose der Verkehrsbelastung im Bereich des Verkehrskreisels angreift, ist sein Vorbringen lediglich pauschal und unsubstantiiert geblieben. Es ist insbesondere nicht näher begründet oder gar nachvollziehbar belegt worden, weshalb der Lkw-Anteil hier signifikant höher ausfallen sollte als angenommen. Vielmehr hat der Antragsteller offenbar nicht berücksichtigt, dass das schalltechnische Gutachten nicht lediglich von den relativ geringen Lkw-Anteilen im Bereich nördlich des Kreisels ausgegangen ist, sondern darüber hinaus Lkw-Anteile von 17% tagsüber und 7% nachts im Bereich der Ortsrandstraße östlich des Kreisels - also in größerer Nähe zum Wohnhaus des Antragstellers - in seine Berechnungen eingestellt hat, denen zufolge die maßgeblichen Immissionsgrenz- und Orientierungswerte am Wohnhaus des Antragstellers dennoch weit unterschritten werden. Die Antragsgegnerin hat die verbleibende planbedingte Verkehrslärmbelastung abwägungsfehlerfrei als hinnehmbar gewertet, zumal eine weitere Südverschiebung des Verkehrskreisels insbesondere aus den dargelegten verkehrsführungstechnischen Gründen nicht in Betracht kam.
Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO.
Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit des Urteils wegen der Kosten beruht auf § 167 VwGO i. V. m. §§ 708 ff. ZPO.
Gründe für die Zulassung der Revision nach § 132 Abs. 2 VwGO liegen nicht vor.
Rechtsmittelbelehrung
…
Beschluss
Der Wert des Streitgegenstandes wird auf 15.000,- € festgesetzt (§ 52 Abs. 1 GKG).
Zitiervorschlag:
OVG Koblenz Urt. v. 26.3.2009 – 8 C 10729/08, BeckRS 2009, 32794

BeckRS 2009, 11745

OLG München, Beschluss vom 19.03.2009 - 6 St 10/08

Titel:
Geheimdienstliche Agententätigkeit und Verstoß gegen das Außenwirtschaftsgesetz: Exportgeschäfte in den Iran; Anwendungsvorrang europäischen Gemeinschaftsrechts; Bundeszuständigkeit
Normenketten:
AWG §§ 34, 5c II
EG Art. 133
Verordnung (EG) Nr. 1334/2000 Art. 5 I
GVG § 120 II 1 Nr. 4 lit. a
StGB § 99 I Nr. 1
Amtliche Leitsätze:
1. § 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG i. d. F. vom 9.8.1994 (BGBl. I S. 2068) und vom 28.3.2006 (BGBl. I S. 574) i. V. m. § 5c Abs. 2 AWV i. d. F. vom 13.9.2000 (BAnz. 2000 S. 18577) ist mit vorrangigem europäischen Gemeinschaftsrecht

- Art. 133 EGV, Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 1334/2000 des Rates vom 22. Juni 2000 (ABl. L 159 vom 30.6.2000, S. 1) sowie Art. 1 und 11 der VO (EWG) Nr. 2603/69 des Rates vom 20.12.1969 (ABl. 324 vom 27.12.1969, S. 25) - nicht vereinbar. Wegen des Anwendungsvorrangs des europäischen Gemeinschaftsrechts wird die Strafbarkeit nach dieser nationalen Vorschrift neutralisiert. (amtlicher Leitsatz)
2. § 34 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AWG i. d. F. vom 11.12.1996 (BGBl. I S. 1850) i. V. m. der Anlage zur 104. Verordnung zur Änderung der Ausfuhrliste - Anlage AL zur AWV (BAnz. Nr. 85a vom 7.5.2005) - widerspricht, soweit dort die Gemeinsame Liste der Europäischen Union für Güter mit doppeltem Verwendungszweck in Abschnitt Teil I Abschnitt C wiederholt ist, dem Anwendungsvorrang der VO (EG) Nr. 1334/2000 des Rates vom 22. Juni 2000 (ABl. L 159 vom 30.6.2000, S. 1). Auch hier ergibt sich daraus die Neutralisierung der nationalen Strafvorschrift. (amtlicher Leitsatz)
3. In den nicht zum Kernbereich "klassischer" Agententätigkeit gehörenden Fällen hängt die Strafbarkeit nach § 99 Abs. 1 Nr. 1 StGB davon ab, ob die Lieferung der jeweiligen Gegenstände dem Erkenntnisgewinn dient und nicht nur ein Nutzungsinteresse des Empfängerlandes befriedigt (Anschluss an BGH NStZ 2007, 93; BGH NStZ-RR 2005, 305). (amtlicher Leitsatz)
4. Nach § 120 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 lit. a GVG kann der Generalbundesanwalt die Verfolgung von Verstößen gegen das AWG nur dann übernehmen, wenn die Umstände der Tat "bestimmt und geeignet" sind, die auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland "erheblich" zu gefährden. (amtlicher Leitsatz)

Rechtsgebiete:
Strafprozessrecht/OWiG, Europarecht, ausl. Recht, Völkerrecht, Strafrecht, Verwaltungsverfahren und -prozess

Schlagworte:
geheimdienstliche Agententätigkeit, Verstoß gegen das Außenwirtschaftsgesetz, gemeinschaftsrechtlicher Anwendungsvorrang

ECLI:
ECLI:DE:OLGMUEN:2009:0319.6ST10.08.0A

Rechtskraft:
nicht rechtskräftig

OBERLANDESGERICHT MÜNCHEN
6 St 10/08
BESCHLUSS
vom 19.3.2009
Leitsatz
Der 6. Strafsenat des Oberlandesgerichts München hat unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters am Oberlandesgericht …, der Richter am Oberlandesgericht … und … in dem Strafverfahren
gegen S. S. E.
wegen geheimdienstlicher Agententätigkeit u. a.
Verteidiger: 1. Rechtsanwalt K. B., …
2. Rechtsanwältin A. M.-J., …
am 19. März 2009 beschlossen

I.
Die Anklage des Generalbundesanwalts bei dem Bundesgerichtshof vom 7. August 2008 wird nicht zur Hauptverhandlung zugelassen; das Hauptverfahren wird nicht eröffnet.
II.
…
VI.
…
Gründe:
Die Anklage des Generalbundesanwalts vom 7.8.2008 ist zur Hauptverhandlung nicht zuzulassen und das Hauptverfahren ist nicht zu eröffnen, weil der Angeschuldigte nach den Ergebnissen des vorbereitenden Verfahrens, soweit ihm Verstöße gegen das AWG zur Last gelegt werden, aus Rechtsgründen (nachfolgend: II.), im Übrigen aus tatsächlichen Gründen (nachfolgend: IV.) einer Straftat nicht hinreichend verdächtig ist (§ 204 Abs. 1 StPO, § 203 StPO).
Zudem ergeben die Ergebnisse des vorbereitenden Verfahrens mit Ausnahme von Fall 19 auch aus tatsächlichen Gründen keinen hinreichenden Tatverdacht (nachfolgend: III.).
Für den Fall 19 fehlt es nach den Ergebnissen des vorbereitenden Verfahrens an einer Zuständigkeit des Oberlandesgerichts nach § 120 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 lit. a GVG (nachfolgend: VI.).
I.
Tatvorwurf der Anklage
Die Anklage des Generalbundesanwalts vom 7.8.2008 legt dem Angeschuldigten zur Last geheimdienstliche Agententätigkeit gem. § 99 Abs. 1 Nr. 1 StGB in Tateinheit mit 27 vollendeten Verstößen gegen § 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG in der Fassung vom 9. August 1994 (Fälle 1 bis 18 und 20 bis 23) bzw. 28. März 2006 (Fälle 24 bis 28), § 33 Abs. 1 AWG i. V. m. § 70 Abs. 1 Nr. 3, 5c Abs. 2 AWV in der Fassung vom 13. September 2000, mit einem Versuch (Fall 29) nach § 34 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 5 AWG, bei jeweils gewerbsmäßigem Handeln, sowie mit einem Verstoß (Fall 19) gegen § 34 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 6 Nr. 2 AWG i. d. F. vom 11. Dezember 1996 in Verbindung mit Teil I Abschnitt C Kategorie 2 Nr. 2 B 350 der Ausfuhrliste in der Fassung der 104. Verordnung zur Änderung der Ausfuhrliste vom 29. April 2005, Art. 3 Abs. 1 und Anhang I zur Verordnung (EG) Nr. 1334/2000 vom 22. Juni 2000 (ABl. L 159 vom 30.6.2000, S. 1; nachfolgend VO [EG] Nr. 1334/2000).1
Im Tatsächlichen legt der Generalbundesanwalt dem Angeschuldigten folgenden Sachverhalt zur Last …
In den Jahren 2002 bis 2006 habe der Angeschuldigte auf Veranlassung der i. D. (D.) in Deutschland eine Vielzahl unterschiedlicher Rohstoff, Geräte und Ersatzteile im Gesamtwert von etwa 600.000 Euro beschafft. Die Abwicklung der Aufträge sei konspirativ erfolgt. Die D. sei für die staatliche Rüstungsproduktion des Iran verantwortlich und organisiere unter Einsatz nachrichtendienstlicher Methoden die Beschaffung der dort zur Aufrechterhaltung der Rüstungsproduktion dringend benötigten Güter und Informationen aus dem Ausland. Der Senat hat die Anklage zur Hauptverhandlung nicht zugelassen und das Hauptverfahren nicht eröffnet.
Soweit die genannten Rechtsnormen § 5c Abs. 2 AWV, § 34 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AWG, § 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG nachfolgend zitiert werden, beziehen sie sich auf diese Fassungen.
II.
Unvereinbarkeit der § 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG i. V. m. § 5c Abs. 2 AWV und des § 34 Abs. 1 Nr. 1 AWG mit vorrangigem Gemeinschaftsrecht.
Die Strafvorschriften des § 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG i. d. F. vom 9.8.1994 (Fälle 1 bis 18, 20

bis 23) und vom 28.3.2006 (Fälle 24 bis 29) i. V. m. § 5c Abs. 2 AWV i. d. F. vom 13.9.2000 und § 34 Abs. 1 Nr. 1 AWG i. d. F. vom 11.12.1996 (Fall 19) sind mit vorrangigem europäischen Gemeinschaftsrecht (nachfolgend: Gemeinschaftsrecht) nicht vereinbar und damit unanwendbar (Art. 249 Abs. 2 EGV). Damit entfällt ein hinreichender Tatverdacht aus Rechtsgründen.

1. Gemeinschaftsrechtlicher Anwendungsvorrang

Die eine Strafbarkeit des Angeschuldigten begründenden Strafnormen des § 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG i. V. m. § 5c Abs. 2 AWV und § 34 Abs. 1 Nr. 1 AWG i. V. m. der Anlage zur 104. Verordnung zur Änderung der Ausfuhrliste (Anlage AL zur Außenwirtschaftsverordnung [BAnz. Nr. 85a vom 7.5.2005]), soweit dort die Gemeinsame Liste der Europäischen Union für Güter mit doppeltem Verwendungszweck in Abschnitt Teil I Abschnitt C wiederholt ist, sind mit vorrangigem Gemeinschaftsrecht - Art. 133 EGV, Art. 5 Abs. 1 der VO (EG) Nr. 1334/2000 sowie Art. 1 und 11 der Verordnung (EWG) Nr. 2603/69 des Rates vom 20. 12.1969 (ABl. L 324 vom 27.12.1969, S. 25; nachfolgend: VO [EWG] Nr. 2603/69) - nicht vereinbar (nachfolgend: 2. a): zu § 5c Abs. 2 AWV; 2. b): zu § 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG; 3.): zu § 34 Abs. 1 Nr. 1 AWG). Sie entfalten daher keine Rechtswirkung und können eine Strafbarkeit des Angeschuldigten nicht begründen.

Über die Frage der Vereinbarkeit nationalen Rechts mit Gemeinschaftsrecht entscheidet der Senat in eigener Verantwortung. Entgegen der Anregung des Generalbundesanwalts scheidet eine Vorlage an den Europäischen Gerichtshof nach Art. 234 Abs. 2 EGV aus. Denn der Europäische Gerichtshof entscheidet nach dieser Vorschrift nur über Gemeinschaftsrecht und die Gültigkeit der Handlungen der Gemeinschaftsorgane, nicht aber über die Auslegung nationalen Rechts oder dessen Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht (st. Rspr. EuGH, Slg. 1993, I-6787/6820 Rn. 8; Slg. 1988, V-5099/5119 Rn. 6; 1984, II-1299/1324 Rn. 10; Borchardt in: Lenz/Borchardt [Hrsg.], EU-und EGV, 3. Aufl. [2003], Art. 234 EGV Rn. 19; Geiger, EUV/EGV, 4. Aufl. [2004], Art. 234 EGV Rn. 5; Wegener in: Callies/Ruffert [Hrsg.], EUV/EGV, 2. Aufl. [2002], Art. 234 EGV Rn. 2; Kokott/Henze/Sobotta, JZ 2006 633 ff.). Da der Senat keine Zweifel an der Wirksamkeit und der Auslegung des in Frage stehenden Gemeinschaftsrechts hat, kommt eine Vorlage an den Europäischen Gerichtshof auch nicht aus dem Gesichtspunkt in Betracht, Kriterien für die Auslegung des Gemeinschaftsrechts zu erhalten, um die Vereinbarkeit nationalen Rechts mit dem Gemeinschaftsrecht beurteilen zu können.

Primäres Gemeinschaftsrecht - hier Art. 133 EGV - gilt unmittelbar in den Mitgliedstaaten und hat Vorrang vor nationalem Recht. Verordnungen der Europäischen Union - vorliegend VO (EG) Nr. 1334/2000 und VO (EWG) Nr. 2603/69 - haben nach Art. 249 Abs. 2 EGV allgemeine Geltung, sie sind in allen ihren Teilen verbindlich und gelten ebenfalls unmittelbar in jedem Mitgliedstaat. Deshalb gehen auch Verordnungen dem nationalen Recht vor. Dieser Vorrang hat zur Folge, dass jedes Organ eines Mitgliedstaats verpflichtet ist, eine mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbare nationale Norm nicht anzuwenden, „ohne dass es die vorherige Beseitigung dieser Bestimmung auf gesetzgeberischen Weg oder durch irgendein anderes verfassungsrechtliches Verfahren beantragen oder abwarten müsste" (st. Rspr. EuGH, Slg. 1978, I-629). Dieser gemeinschaftsrechtliche Anwendungsvorrang ist grundsätzlich auch vom Bundesverfassungsgericht anerkannt (vgl. BVerfGE 102, 147). Im Falle vorrangiger Verordnungen des Gemeinschaftsrechts steht deshalb der nationale Gesetzgeber in Beachtung des gemeinschaftsrechtlichen Anwendungsvorrangs in der Pflicht (Art. 10 EGV), die nationale Gesetzgebung fortlaufend daraufhin zu überprüfen, ob sich das nationale Recht in fortschreitendem Gleichklang mit dem Gemeinschaftsrecht befindet. Erforderlichenfalls hat er das nationale Recht hieran

anzupassen (Handbuch der Rechtsförmlichkeit, BAnz. Nr. 160a vom 22.10.2008, S. 93/94 Rn. 284; Kahl in Calliess/Ruffert [Hrsg.], EUV/EGV, 2. Aufl. [2002], Art. 10 EGV Rn. 19; Jarass/Beljin, NVwZ 2004, 1, 4, 7; Beljin, EuR 2002, 351/372).
Der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts ist umfassend (EuGH, Slg. 1964, 1251). Widerspricht nationales Recht vorrangigem Gemeinschaftsrecht und setzt es zudem die europarechtswidrigen Verhaltensanforderungen mit Sanktionen des nationalen Strafrechts durch, erfordert der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts die Neutralisierung dieser nationalen Straftatbestände (OLG München, NJW 2006, 3588/3591; zustimmend etwa Mosbacher, NJW 2006, 3529/3532; Lackner/Kühl, StGB, 26. Aufl. [2007], § 284 Rn. 12; OLG München, NJW 2008, 3151/3152; Hecker, Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. [2007], § 9 Rn. 10 ff.; ders., Strafbare Produktwerbung im Lichte des Gemeinschaftsrechts, 2001, S. 286; Satzger, Europäisierung des Strafrechts, 2001, S. 506 ff.; ders., Internationales und Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. [2008], § 8 Rn. 85 ff.).
2. Unvereinbarkeit des § 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG i. V. m. § 5c Abs. 2 AWV mit Gemeinschaftsrecht.
Sowohl § 5c Abs. 2 AWV (nachfolgend a)) als auch § 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG (nachfolgend b)) sind mit vorrangigem Gemeinschaftsrecht nicht vereinbar und können damit eine Strafbarkeit des Angeschuldigten nicht begründen.
Nach § 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG macht sich strafbar, wer eine in § 33 Abs. 1 oder Abs. 4 AWG bezeichnete vorsätzliche Handlung begeht, die geeignet ist, die auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland erheblich zu gefährden, wenn die Tat nicht in Absatz 1 oder 4 mit Strafe bedroht ist.
Nach § 33 Abs. 1 AWG, § 70 Abs. 1 Nr. 3 AWV, 5c Abs. 2 Satz 2 AWV handelt ordnungswidrig, wer Güter ausführt, bevor das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle die Ausfuhr genehmigt oder entschieden hat, dass es einer Genehmigung nicht bedarf.
Ist einem Exporteur bekannt, dass Güter, die er ausführen möchte und die nicht in der Ausfuhrliste (Anlage AL) genannt sind, für eine militärische Endverwendung im Sinne des Absatz 1 bestimmt sind, und dass das Käufer- oder Bestimmungsland ein Land der Länderliste K ist, so hat er das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA) zu unterrichten; dieses entscheidet, ob die Ausfuhr genehmigungspflichtig ist (§ 5c Abs. 2 Satz 1 und 2 AWV).
a) Unvereinbarkeit des § 5c Abs. 2 AWV mit Gemeinschaftsrecht
§ 5c Abs. 2 AWV widerspricht den Grundsätzen der gemeinsamen Handelspolitik nach Art. 133 EGV, Art. 5 Abs. 1 der VO (EG) Nr. 1334/2000 sowie Art. 1 und 11 der VO (EWG) Nr. 2603/69. Der Bundesgesetzgeber hat die Ermächtigungsvoraussetzungen für eine nationale Sonderregelung nach Art. 5 Abs. 1 der VO (EG) Nr. 1334/2000 nicht hinreichend dargelegt. Sie sind auch nicht offensichtlich.
Die gemeinsame Handelspolitik (Art. 133 EGV) ist als eine einheitliche, der Gemeinschaft zur Ausübung übertragene Politik zu verstehen. Diese soll einerseits das reibungslose Funktionieren der Zollunion und des Binnenmarkts sicherstellen, andererseits die Gemeinschaft in die Lage versetzen, in ihren internationalen Beziehungen im Bereich der Handelspolitik ein handlungsfähiger Partner zu sein. Aus der ausschließlichen Zuständigkeit der Gemeinschaft folgt, dass die Mitgliedstaaten autonome Regelungen der Handelspolitik nicht treffen können; es sei denn, sie sind durch den EGV oder durch die Gemeinschaft durch einen besonderen Rechtsakt hierzu ermächtigt.
Gestützt auf Art. 133 EGV hat der Rat der Europäischen Union am 22.6.2000 die VO (EG) Nr. 13347/2000 erlassen. Die Verordnung schuf ein gemeinsames Kontrollsystem und ein

harmonisiertes Konzept für die Ausfuhr von Gütern und Technologien mit doppeltem Verwendungszweck.
Nach Art. 5 Abs. 1 dieser Verordnung kann ein Mitgliedstaat die Ausfuhr von Gütern mit doppeltem Verwendungszweck, die nicht in Anhang I aufgeführt sind, aus Gründen der öffentlichen Sicherheit oder aus Menschenrechtserwägungen untersagen oder hierfür eine Genehmigungspflicht vorsehen.
Macht der nationale Gesetzgeber von dieser Öffnungsklausel Gebrauch, hat er die Grundsätze der gemeinsamen Handelspolitik und der Ausfuhrfreiheit mit seinen nationalen sicherheitsrelevanten Sonderinteressen abzuwägen und die der Abwägung zugrunde liegenden Gesichtspunkte darzulegen. Er kann und darf diese Aufgabe nicht der Rechtsanwendung durch die Exekutive oder der Rechtskontrolle durch die Gerichte überlassen, etwa in dem Sinne, dass diese die Rechtfertigung für die gesetzliche Regelung nachträglich finden.
Dieser europarechtliche Begründungszwang des nationalen Gesetzgebers findet seine Entsprechung in der von dem Bundesverfassungsgericht für das nationale Verfassungsrecht entwickelten Wesentlichkeitsdoktrin. Greifen staatliche Maßnahmen in wesentliche Belange des Einzelnen oder der Gesamtheit ein, muss der Gesetzgeber selbst entscheiden und seine Gründe hierfür nachvollziehbar darlegen. Hierzu hat er den für seine Regelung als maßgeblich ermittelten Sachverhalt und die im konkreten Fall angesprochenen Gemeinwohlgründe sowie die Abwägung der Vor- und Nachteile der gesetzlichen Regelung darzulegen (BVerfGE 50, 290/333; 86, 90, 107 bis 109).
§ 5c Abs. 2 AWV genügt zudem nicht dem gemeinschaftsrechtlich begründeten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und beeinträchtigt die Chancengleichheit deutscher Unternehmer im Außenhandelswettbewerb.
(1) Nationale Regelungen zur Beschränkung der Ausfuhr von Dual-Use-Gütern in Drittstaaten unterfallen der gemeinsamen Handelspolitik der Europäischen Union nach Art. 133 EGV (EuGH, NVwZ 1996, 365/366 Rn. 10; EuGH, DB 1995, 2360 Rn. 7 bis 13, jeweils zu Art. 113 EWG-Vertrag [jetzt Art. 133 EGV]; Vedder in Grabitz/Hilf [Hrsg.], Das Recht der Europäischen Union, Bd. II [Stand 2005], Art. 133 EGV Rn. 14, 101; Geiger, EUV/EGV, 4. Aufl. [2004], Art. 133 EGV Rn. 31). Wie sich schon aus den in Art. 133 Abs. 1 EGV niedergelegten Zwecken, aber auch aus der der Kommission durch Art. 133 Abs. 2 EGV übertragenen Aufgabe ergibt, Vorschläge zur Durchführung der gemeinsamen Handelspolitik zu entwickeln, erfasst Art. 133 EGV keinen statischen Zustand, sondern eine in die Zukunft gerichtete dynamische Handelspolitik (EuGH, Gutachten 1/78, Slg. 1979, III-2871/2913, Rn. 44). Eine solche Dynamik verbietet eine einschränkende Auslegung. Der Normzweck lässt es damit nicht zu, dass ein Mitgliedstaat den Wirkungsbereich der gemeinsamen Handelspolitik dadurch einschränkt, dass er nach seinen eigenen außen- und sicherheitspolitischen Bedürfnissen ihren Umfang frei bestimmt.
Nationale Exportkontrollvorschriften berühren auch den in Art. 1 der Verordnung (EWG) Nr. 2603/69 niedergelegten Grundsatz der Ausfuhrfreiheit. Diese Vorschrift gewährleistet nach der Rechtsprechung des EuGH ein einklagbares Recht, auch Dual-Use-Güter zu exportieren, soweit gesetzliche Vorschriften nicht entgegenstehen (U. Karpenstein in: Grabitz/Hilf [Hrsg.], Das Recht der Europäischen Union, Bd. IV [Stand 2005], E 16 [„Dual-Use-Verordnung"], Art. 1 Rn. 19 m. w. N.).
Nationale die gemeinsame Handelspolitik der Gemeinschaft einschränkende Maßnahmen bedürfen damit einer Ermächtigung durch das Gemeinschaftsrecht (EuGH, NJW 1977, 1007/1008; EuGH, Slg 1986, I-559/586 Rn. 31; EuGH, NVwZ 1996, 365/366 Rn. 12

jeweils zu Art. 133 EGV; Vedder in: Grabitz/Hilf [Hrsg.], Das Recht der Europäischen Union, Bd. II [Stand 2005], Art. 133 EGV Rn. 8; Hahn in: Callies/Ruffert [Hrsg.], EUV/EGV, 2. Aufl. [2002], Art. 133 EGV Rn. 18; Müller-Ibold in: Lenz/Borchard [Hrsg.], EU- und EGV, 3. Aufl. [2003], Art. 133 EGV Rn. 3).
(2) Ein nationales Exportkontrollrecht für Waren mit doppeltem Verwendungszweck kann nicht auf Art. 296 Abs. 1 lit. b 1. Hs. EGV gestützt werden. Danach kann jeder Mitgliedstaat die Maßnahmen ergreifen, die seines Erachtens für die Wahrung seiner wesentlichen Sicherheitsinteressen erforderlich sind, soweit sie die Erzeugung von Waffen, Munition und Kriegsmaterial oder den Handel damit betreffen. Hierzu zählen Dual-Use-Güter nicht (Mitteilung zu Auslegungsfragen bezüglich der Anwendung des Art. 296 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft [EGV] auf die Beschaffung von Verteidigungsgütern vom 7.12.2006, KOM [2006] 779 endg., Ziff. 3.; Reuter, DB 1991, 2577/2578; Thietz-Bartram, wistra 1993, 201/206; ders., RIW 1994, 839/843; U. Karpenstein in: Grabitz/Hilf [Hrsg.], Das Recht der Europäischen Union, Bd. IV [Stand 2005], E 16 [„Dual-Use-Verordnung"], Art. 1 Rn. 10; Wegener in: Calliess/Ruffert [Hrsg.], Kommentar EUV/EGV, 2. Aufl. [2002], Art. 296 EGV Rn. 7 Fn. 17).
Dies ergibt sich aus
• dem klaren Wortlaut des Art. 296 Abs. 1 lit. b 1. Hs. EGV,
• dem Umstand, dass diese Vorschrift als Ausnahmevorschrift eng auszulegen ist (vgl. EuGH, Slg. 1986, II 1663/1684 Rn. 26)
• und aus einem Gegenschluss aus dem 2. Hs. dieser Vorschrift, wonach die Maßnahmen nach Art. 296 Abs. 1 lit. b 1. Hs. EGV auf dem gemeinsamen Markt die Wettbewerbsbedingungen hinsichtlich der nicht eigens für militärische Zwecke bestimmten Waren nicht beeinträchtigen dürfen.
Soweit das Rechtsgutachten des Max-Planck-Instituts vom 30.1.2009 von Art. 296 Abs. 1 lit. b 1. Hs EGV als Ermächtigungsgrundlage für den nationalen Gesetzgeber ausgeht, folgt der Senat dieser im Ansatz unzutreffenden Rechtsansicht aus den dargelegten Gründen ausdrücklich nicht.
(3) Den Export von Gütern mit doppeltem Verwendungszweck regelt die Verordnung (EG) Nr. 1334/2000. Diese Verordnung, an deren Wirksamkeit der Senat nicht zweifelt, ist in allen ihren Teilen verbindlich; sie gilt allgemein und unmittelbar in jedem Mitgliedstaat (Art. 249 Abs. 2 EGV; vgl. auch § 5c Abs. 3 AWV). Ein wirksames gemeinsames Ausfuhrkontrollsystem für Güter mit doppeltem Verwendungszweck soll sicherstellen, dass die Mitgliedstaaten ihren internationalen Verpflichtungen und Verantwortlichkeiten nachkommen. Während es Art. 4 Abs. 5 VO (EG) Nr. 1334/2000 dem nationalen Gesetzgeber ermöglicht, nationale Sonderregelungen für Güter mit doppelten Verwendungszweck aus dem Bereich der chemischen, biologischen oder Kernwaffen zu erlassen, ermächtigt Art. 5 Abs. 1 der Verordnung zu sogenannten „catch-all"-Klauseln oder zu einer gegenständlichen Erweiterung des Art. 4 Abs. 1 bis 3 VO (EG) Nr. 1334/2000.
(4) Nach Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 1334/2000 kann ein Mitgliedstaat die Ausfuhr von nicht gelisteten Gütern mit doppeltem Verwendungszweck aus Gründen der öffentlichen Sicherheit oder aus Menschenrechtserwägungen untersagen oder hierfür eine Genehmigungspflicht vorschreiben. Diese Öffnungsklausel wurde auf Wunsch der Bundesrepublik Deutschland in die Verordnung aufgenommen, nachdem sich eine Vereinheitlichung auf dem besonders hohen deutschen Kontrollniveau gegenüber den anderen Mitgliedstaaten nicht hatte durchsetzen lassen (BT-Drucks. 13/1100 S. 22/23; Reuter, NJW 1995, 2190/2191).

(5) Ausnahmebestimmungen wie Öffnungsklauseln, die den nationalen Gesetzgeber zu Sonderregelungen ermächtigen, müssen eng ausgelegt werden (EuGH, NJW 1977, 1007/1008 für Art. 115 EWG-Vertrag als Ausnahme von der gemeinsamen Handelspolitik nach Art. 113 EWG-Vertrag; EuGH, Urteil vom 16.9.1999, Az.: C-414/97, BeckRS 2004, 77125 Rn. 21 unter Hinw. auf EuGH, Slg. 1986, 1651 Rn. 26 für die Gefährdung der öffentlichen Sicherheit in Art. 36, 48, 56, 223 und 224 EWG-Vertrag; U. Karpenstein, in Grabitz/Hilf [Hrsg.], Das Recht der Europäischen Union, Bd. IV [Stand 2005], E 16 [„Dual-Use-Verordnung"], Art. 5 Rn. 2: dürfen „nicht extensiv" ausgelegt werden). Andernfalls bestünde die Gefahr, dass die gemeinschaftsrechtliche Harmonisierung auf dem Gebiet der gemeinsamen Handelspolitik in Frage gestellt würde. Diese einschränkende Auslegung mitgliedstaatlicher Restbefugnisse findet ihre Stütze auch in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Orientierung der Auslegung des Gemeinschaftsrechts an dem Grundsatz des „effet utile" der Verträge. Danach sind in die Auslegung einzelner Vertragsbestimmungen die Ziele und Zwecke des Vertrages mit einzubeziehen, und zwar in der Weise, dass die Zielverwirklichung bestmöglich zu erreichen ist (grundlegend EuGH, Slg. 1964, 125; Pernice/Mayer in: Grabitz/Hilf [Hrsg.], Das Recht der Europäischen Union, Bd. III [Stand 2005], Art. 220 EGV Rn. 46; Borchardt in: Lenz/Borchardt [Hrsg.], EU- und EGV, 3. Auflage [2003], Art 220 EGV Rn. 19). Die Auslegungsmethode des „effet utile" schafft den Gemeinschaftsorganen keine neuen Kompetenzen oder erweitert bestehende, sondern dient lediglich dazu, dem Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts (Art. 249 Abs. 2 EGV) zur bestmöglichen Durchsetzung zu verhelfen. Damit vertragen sich weit ausgelegte Restbefugnisse der Mitgliedstaaten nicht, die das Risiko der Aushöhlung gemeinschaftlicher Politik in sich tragen.
Einen engen Handlungsspielraum des nationalen Gesetzgebers nimmt auch die Kommission in ihrem Bericht an das Parlament und den Rat über die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 1334/2000 des Rates über eine Gemeinschaftsregelung für die Kontrolle der Ausfuhr von Gütern und Technologien mit doppeltem Verwendungszweck, Oktober 2000 - Mai 2004 an, wenn sie unter I. 6. d) ausführt:
Gemäß dieser Klausel (Artikel 4 und 5 der Verordnung) können die Mitgliedstaaten im Einzelfall gemäß den Bestimmungen dieser Artikel auch die Ausfuhr nicht in den Anhängen der Verordnung gelisteter Güter und Technologien der Kontrolle unterwerfen. Damit verfügen die für die Ausfuhrkontrolle zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten über genügend Flexibilität, um auf spezifische Situationen (Gefahr der Verbreitung in Verbindung mit rascher Innovation) oder bestimmte außen- oder sicherheitspolitische Entwicklungen, die rasches Handeln erfordern, zu reagieren.
Jedoch ist auch zu berücksichtigen, dass es in Ermangelung einer gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik prinzipiell nicht Sache der Gemeinschaft, sondern der Mitgliedstaaten ist, über die Voraussetzungen ihrer Sicherheit zu befinden (U. Karpenstein in: Grabitz/Hilf [Hrsg.], Das Recht der Europäischen Union, Bd. IV [Stand 2005], E 16 [„Dual-Use-Verordnung"], Art. 5 Rn. 2). Andererseits haben die Mitgliedstaaten gerade auf dem Gebiet der Außen- und Sicherheitspolitik den Grundsatz der Kohärenz zu beachten (Art. 3 Abs. 2 EUV). In diesen traditionellen Kernbereichen nationaler Souveränität drohen mitgliedstaatliche Alleingänge besonders häufig. Effizienz und Glaubwürdigkeit der Union hängen aber entscheidend von einer kohärenten Verzahnung der einzelnen Politikfelder ab (Blanke in: Calliess/Ruffert [Hrsg.], 2. Aufl. [2002], EUV/EGV, Art 3 EUV Rn. 14).
Vor diesem grundsätzlichem Hintergrund bedarf eine nationale auf Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 1334/2000 gestützte Regelung einer nachvollziehbaren, begründeten Abwägung dieser Gesichtspunkte durch den nationalen Gesetzgeber.

(5.1) Es ist Sache des nationalen Gesetzgebers, der sich auf eine Ausnahme von fundamentalen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts beruft (hier: von der gemeinsamen Handelspolitik und dem Grundsatz der Ausfuhrfreiheit) nachzuweisen, dass seine Regelung im Hinblick auf das verfolgte Ziel notwendig und verhältnismäßig ist. Neben den Rechtfertigungsgründen, die ein Mitgliedstaat geltend machen kann, muss dieser eine Untersuchung zur Geeignetheit und Verhältnismäßigkeit der von ihm erlassenen beschränkenden Maßnahme vorlegen sowie genaue Angaben zur Stützung seines Vorbringens machen (EuGH, Urteil vom 16.9.1999, Az.: C-414/97, BeckRS 2004, 77125 Rn. 21/22 für eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit; EuGH, Urteil vom 7.7.2005, Az.: C-147/03, BeckRS 2005, 70494 Rn. 63 m. w. N. für die Freizügigkeit; EuGH, Urteil vom 5.6.2007, Az.: C-170/04, BeckRS 2007, 70389 Rn. 50 für den freien Warenverkehr; vgl. auch Schlussantrag des Generalanwalts vom 14.10.2008, Az.: C-42/07, ZfWG 2008, 323/343 Rn. 234 ff. zur Darlegungslast des nationalen Gesetzgebers). Von dem Bestehen einer Darlegungslast des Gesetzgebers geht auch das Bundesverfassungsgericht aus, wenn dieser von einer Ausnahmevorschrift des nationalen Rechts Gebrauch macht (BVerfGE 79, 311/343 ff.).
(5.2) Die Bundesregierung ist sich dieser Abwägungs- und damit Darlegungslast des nationalen Gesetzgebers bewusst. Auf eine Anfrage zur Rüstungsexportkontrolle hat sie am 11.3.1998, also schon vor Inkrafttreten der VO (EG) Nr. 1334/2000 am 22.6.2000, erklärt (BT-Drucks. 13/10104, S. 27):
Die Länderliste K wird angepasst, wenn dies exportkontrollpolitisch geboten ist. Bei Ausweitung der Länderliste ist auch zu berücksichtigen, dass es sich bei der Bezugsnorm für diese Liste (§ 5c AWV) um eine nationale Sonderregelung handelt, deren Erlass nach Art. 5 EG-VO den EU-Mitgliedstaaten möglich ist. Die Mitgliedstaaten müssen aber wegen der Auswirkungen auf den Binnenmarkt bei dem Erlass von Sonderregelungen jeweils zwischen der exportkontrollpolitischen Notwendigkeit einerseits und dem integrationspolitischen Interesse der EU andererseits abwägen.
Nach § 62 Abs. 2 Satz 1, § 43 Abs. 1 Nr. 8 der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien vom 1.12.2006 ist in der Begründung einer Rechtsverordnung darzustellen, ob diese mit dem Recht der Europäischen Union vereinbar ist. Macht der nationale Gesetzgeber von einer gemeinschaftsrechtlichen Ermächtigungsnorm Gebrauch, bedarf es somit einer nachvollziehbaren Darstellung, von welchem Sachverhalt und welchen Erkenntnisquellen er ausgegangen ist und wie er die von der Rechtsverordnung betroffenen Interessen abgewogen hat.
(5.3.) Diese Darlegungslast des nationalen Gesetzgebers wird auch nicht durch einen Beurteilungsspielraum geschmälert. Der Ausübung eines Ermessens- oder Gestaltungsspielraums des nationalen Gesetzgebers auf der Rechtsfolgenseite hat eine Untersuchung und Darlegung der Gefahren-, Gefährdungs- und Risikolage auf der Tatbestandsseite vorauszugehen (Koenig/Ciszewski, ZfWG 2008, 397/399 m. w. N.).
(5.4.) Die Begründungstiefe der Darlegungslast des Gesetzgebers richtet sich nach der Wertigkeit der betroffenen Rechtsgüter und geschützten Interessen.
(6) Der Begriff der öffentlichen Sicherheit in Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 1334/2000 umfasst sowohl die innere als auch die äußere Sicherheit eines Mitgliedstaats. Der Europäische Gerichtshof hat in zwei vor Inkrafttreten der Verordnung ergangen Entscheidungen ausgeführt (EuGH, NVwZ 1996, 365/367 Rn. 28; EuGH, DB 1995, 2360/2361 Rn. 30), dass der nationale Gesetzgeber zur Beschränkung der Ausfuhr von Dual-Use-Waren in Drittländer nationale Regelungen erlassen kann, wenn er dies für erforderlich hält, um die Gefahr einer erheblichen Störung der auswärtigen Beziehungen oder des friedlichen

Zusammenlebens der Völker, die die öffentliche Sicherheit eines Mitgliedstaates beeinträchtigen kann, zu verhindern. Indem der Gerichtshof auf die Erheblichkeit der Störung abstellt, unterstreicht er den Ausnahmecharakter einer nationalen Sonderregelung. Vom Begriff der öffentlichen Sicherheit sind der Schutz des friedlichen Zusammenlebens der Völker und die störungsfreie Pflege der auswärtigen Beziehungen allerdings nur erfasst, wenn sich zumindest indirekt Rückwirkungen auf die nationale Außen- und Sicherheitspolitik ergeben können (U. Karpenstein in: Grabitz/Hilf [Hrsg.], Das Recht der Europäischen Union, Bd. IV [Stand 2005], E 16 [„Dual-Use-Verordnung"], Art. 5 Rn. 4).
In der Begründung eines Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur 13. Änderung des AWG und der AWV vom 30.10.2008 wird der gemeinschaftsrechtliche Begriff der „öffentlichen Sicherheit" einschränkend dahingehend beschrieben, dass dieser das Funktionieren des Staates und seiner Einrichtungen, d. h. die Sicherung der Existenz eines Mitgliedstaates gegenüber inneren und äußeren Einwirkungen, umfasse (BT-Drucks. 16/10730, S. 15).
Eine nationale, den Export beschränkende Sonderregelung, die sich auf die Öffnungsklausel des Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 1334/2000 stützt, ist somit nur zulässig, wenn der Gefahr einer erheblichen Störung der auswärtigen Beziehungen oder des friedlichen Zusammenlebens der Völker begegnet werden soll, die Einfluss auf die nationale Außen- und Sicherheitspolitik haben kann. Dies muss der nationale Gesetzgeber nachvollziehbar darlegen.
(7) Die den Export beschränkende nationale Regelung des § 5c Abs. 2 AWV beruht auf der Ermächtigungsnorm des § 7 Abs. 1 AWG. Danach können Rechtsgeschäfte und Handlungen im Außenwirtschaftsverkehr beschränkt werden, um die wesentlichen Sicherheitsinteressen der Bundesrepublik Deutschland zu gewährleisten (Nr. 1), eine Störung des friedlichen Zusammenlebens der Völker zu verhüten (Nr. 2) oder zu verhüten, dass die auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland erheblich gestört werden (Nr. 3).
Das Bundesverfassungsgericht hat die nationale Ermächtigungsnorm des § 7 Abs. 1 AWG für verfassungskonform, insbesondere für verhältnismäßig, angesehen (BVerfG, NJW 1995, 1537/1538): Hinter den in § 7 Abs. 1 AWG genannten Zwecken stünden vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls. Es handele sich dabei durchweg um Ziele von hohem Rang und grundlegender Bedeutung für den Schutz anderer Rechtsgüter. Auch außerhalb einer internationalen Zusammenarbeit könnten sich hierauf gestützte Maßnahmen zur Zweckerreichung eignen. Dies sei etwa dann der Fall, wenn die von Ausfuhrbeschränkungen betroffenen Waren allein oder vornehmlich oder besonders gut oder preisgünstig in Deutschland hergestellt werden; ferner, wenn der Export der Waren allgemein oder in bestimmte Länder gerade der Bundesrepublik Deutschland aufgrund ihrer historischen, geographischen oder politischen Situation besondere Nachteile brächte. Schließlich könne der Gesetzeszweck auch dann gefördert werden, wenn Deutschland mit einer als notwendig erachteten Maßnahme in der Erwartung vorangehe, auf diese Weise eine internationale Zusammenarbeit herbeizuführen oder die Weltöffentlichkeit auf die Dringlichkeit von Maßnahmen aufmerksam machen zu können.
Zur Frage der Vereinbarkeit des § 5c Abs. 2 AWV mit dem Gemeinschaftsrecht hat sich das Bundesverfassungsgericht nicht geäußert.
(8) Eine Gefahr für ein nationales Sicherheitsinteresse von erheblichem Gewicht als Grundlage für die den Export beschränkende Regelung des § 5c Abs. 2 AWV hat der Bundesgesetzgeber nicht dargetan. Er ist damit seiner Darlegungslast nicht

nachgekommen. Die Bundesrepublik Deutschland hat deshalb in den Beziehungen zu Drittländern eine den Absichten der Gemeinschaft hinsichtlich der gemeinsamen Handelspolitik zuwiderlaufende Haltung eingenommen. Damit wird das internationale Zusammenspiel verfälscht, das Vertrauensverhältnis in die Gemeinschaft erschüttert und die Gemeinschaft gehindert, ihre Aufgaben zum Schutze des gemeinsamen Interesses zu erfüllen (vgl. EuGH, Slg. 1986, I-559/586 Rn. 30). § 5c Abs. 2 AWV kann deshalb keine Rechtswirkungen entfalten.
(8.1.) Die Sicherheit von Staaten im 21. Jahrhundert hängt eng mit derjenigen der internationalen Gemeinschaft insgesamt zusammen und ist mit dieser verknüpft. Die auswärtigen Beziehungen in diesem Sinne sind als ein multilaterales Netz aufzufassen (EuGH, NVwZ 1996, 365/367 Rn. 26; auch EuGH, DB 1995, 2360/2361 Rn. 27). Nationale Besonderheiten sind keine Selbstverständlichkeiten mehr, sondern bedürfen deshalb einer auf den Ermächtigungsrahmen des Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 1334/2000 bezogenen nachvollziehbaren Begründung (vgl. Reuter, RIW 1996, 719/721; U. Karpenstein in: Grabitz/Hilf [Hrsg.], Das Recht der Europäischen Union, Bd. IV [Stand 2005], E 16 [„Dual-Use-Verordnung"], Art. 5 Rn. 1, der von „legitimen" nationalen Sonderinteressen spricht). Dies folgt auch aus der fortgeschrittenen gemeinschaftsrechtlichen Harmonisierung der Exportkontrolle von Gütern mit doppeltem Verwendungszweck. Nationale Sonderinteressen treten mit zunehmender Harmonisierung zurück.
(8.2.) Durch die 51. Verordnung zur Änderung der Außenwirtschaftsverordnung vom 28.9.2000 wurde die Außenwirtschaftsverordnung an die VO (EG) Nr. 1334/2000 angepasst. Der Gesetzgeber hat hierzu u. a. ausgeführt (BT-Drucks. 14/4166, S. 12, 15):
Mit der Verordnung (EG) Nr. 1334/2000 erfolgte eine weitere Harmonisierung der europäischen Exportkontrollvorschriften …
Den Mitgliedstaaten wurde die Ermächtigung eingeräumt, Vorschriften einzuführen oder beizubehalten, die über die der EG-Verordnung hinausgehen. Da somit nicht in allen Bereichen ein einheitliches Kontrollniveau erreicht werden konnte, sollte nach drei Jahren eine Überprüfung der EG-Verordnung erfolgen…
Der Länderkreis des § 5c, die Länderliste K, wird neu gefasst … . Es werden von der Liste die Länder gestrichen, gegen die ein internationales Waffenembargo im Sinne von Artikel 4 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1334/2000 besteht. Die reduzierte Länderliste K enthält mit dem Iran, Kuba, dem Libanon, Mosambik, Nordkorea und Syrien Länder, die national als besonders sensitiv angesehen werden und deshalb über Artikel 4 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1334/2000 hinausgehend weiterhin einer besonderen Kontrolle unterworfen bleiben. Eine Reduzierung des bisherigen Kontrollniveaus tritt damit also nicht ein …
(8.2.1) Fraglich erscheint schon, ob sich der Bundesgesetzgeber zu diesem Zeitpunkt seines durch die Ermächtigungsnorm des Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 1334/2000 eingeschränkten Handlungsspielraums und seiner daraus sich ergebenden Darlegungslast für die nationale den Export beschränkende Sonderregelung des § 5c Abs. 2 AWG überhaupt bewusst war. Er spricht nämlich ganz allgemein davon, durch die VO (EG) Nr. 1334/2000 sei den Mitgliedstaaten die Ermächtigung eingeräumt worden, Vorschriften einzuführen oder beizubehalten, die über diese der EG-Verordnung hinausgehen. Er befindet sich damit offensichtlich auf dem Stand der Verordnung (EG) Nr. 3381/94 vom 19.12.1994 (ABl. L 367 vom 31.12.1994, S. 1). Nach Art. 5 Abs. 1 dieser Verordnung konnte ein Mitgliedstaat, um die Ziele der Verordnung hinsichtlich der Ausfuhrkontrolle wirksam zu verfolgen, die Ausfuhr von Gütern mit doppeltem Verwendungszweck, die nicht in Anhang I des Beschlusses 94/942/GASP (ABl. L 367 vom 31.12.1994, S. 8)

aufgeführt sind, ohne nähere Einschränkung untersagen oder hierfür eine Genehmigung vorschreiben. Durch Art. 5 Abs. 1 der VO (EG) Nr. 1334/2000 wurde der Ermächtigungsrahmen für eine nationale Sonderregelung jedoch auf Gründer der „öffentlichen Sicherheit" oder auf „Menschenrechtserwägungen" eingeschränkt.
Für eine Beibehaltung des § 5c AWV, der mit der 14. Verordnung zur Änderung der Außenwirtschaftsverordnung vom 11.3.1991 eingeführt worden war, hätte es somit der Darlegung einer Gefahr für eine erhebliche Störung des nationalen Sicherheitsinteresses oder von Menschenrechtserwägungen bedurft. Das nationale Exportkontrollrechts hat sich nämlich nicht nur an die sich verändernden politischen Rahmenbedingungen (BT-Drucks. 13/5966, S. 4) anzupassen, sondern insbesondere auch an die Fortentwicklung des Gemeinschaftsrechts und dessen Harmonisierung (vgl. die Nachweise oben II. 1.).
Bereits die Einführung des § 5c AWV wurde nicht mit einem solchen Interesse begründet, sondern als neue Initiative zur Verschärfung des Außenwirtschaftsrechts bezeichnet, wodurch die Bundesregierung als erste westliche Regierung ein vom COCOM unabhängiges zusätzliches Exportkontrollsystem aufbaue (BMWi, Runderlass Außenwirtschaft Nr. 4/91 vom 11.2.1991, BAnz. Nr. 50 vom 13.3.1991, S. 1728).
In der Folgezeit hat die Bundesregierung im Rahmen der Beantwortung Großer Anfragen zur Exportkontrollpolitik wiederholt dargelegt (BT-Drucks. 12/4241, 13/5966, 13/10104), sie verfolge bei der Exportkontrolle von Rüstungsgütern und Gütern mit doppeltem Verwendungszweck eine international anerkannte restriktive Ausfuhrkontrollpolitik. Diese verstehe sich an erster Stelle als Beitrag zur Friedenssicherung und diene der Bewahrung der nationalen Sicherheitsinteressen sowie derjenigen des Bündnisses (BT-Drucks. 13/10104, S. 2). Diese Politik habe ihre Wurzel in der jüngeren deutschen Geschichte und in dem klaren Bekenntnis der Bundesrepublik Deutschland in Art. 26 GG zu einer besonders vorsichtigen Rüstungspolitik (BT-Drucks. 13/5966, S. 2). Die Erkenntnisse Ende der 80er Jahre über veränderte Beschaffungsmethoden einiger Länder, insbesondere auf dem Gebiet der Massenvernichtungswaffen und Raketen, führten dazu, dass das deutsche Exportkontrollsystem in mehreren Schritten einer grundsätzlichen Reform unterzogen worden sei. Um keine Zeit zu verlieren, habe die Bundesregierung die Änderungen in einer Art Vorreiterrolle zunächst in ihre nationalen Vorschriften aufgenommen (BT-Drucks. 13/5966, S. 3).
Allgemeine Hinweise auf geographische und politische Besonderheiten, Geschichte oder Bündnisverpflichtungen sind in diesem Zusammenhang jedoch nicht geeignet, wesentliche nationale Sicherheitsinteressen zu begründen (vgl. Mitteilung zu Auslegungsfragen bezüglich des Artikels 296 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft [EGV] auf die Beschaffung von Verteidigungsgütern vom 7.12.2006, KOM [2006] 779 endg., Ziff. 6) Die nationalen Sicherheitsinteressen werden in den angeführten Antworten der Bundesregierung zwar behauptet, jedoch im Einzelnen nicht überprüfbar dargelegt. Sie sind auch nicht offenkundig, zumal sie seit 1991 auch dem politischen Wandel unterworfen sind.
(8.2.2) Soweit der Bundesgesetzgeber bei der Anpassung des § 5c Abs. 2 AWV an die VO (EG) Nr. 1334/2000 ausführt (BT-Drucks. 14/4166, S. 15), die reduzierte Länderliste enthalte Länder, die „national als besonders sensitiv angesehen werden", handelt es sich lediglich um eine allgemeine politische Einschätzung, aus der sich nicht ergibt, aus welcher Gefahr für ein national gewichtiges Sicherheitsinteresse heraus der Export in diese Länder einer besonderen Kontrolle bedürfe. Jeglicher Nachweis diesbezüglich fehlt. Es kann so nicht überprüft werden, von welchem Sachverhalt der Gesetzgeber ausgegangen ist und ob er ihn einer vertretbaren Bewertung im Hinblick auf die Ermächtigung des Art. 5

Abs. 1 VO (EG) Nr.1334/2000 und die damit vorangeschrittene Harmonisierung des Exportkontrollrechts unterzogen hat. Gerade im Hinblick auf die fortgeschrittene Harmonisierung der Sicherheitsinteressen aber auch unter Berücksichtigung deren raschen Wandelbarkeit im politischen Alltag verstehen sich nationale Sonderinteressen auch nicht mehr von selbst.
(8.2.3) Aus der amtlichen Begründung der Bundesregierung vom 28.9.2000 zur Anpassung der AWV an die VO (EG) Nr. 1334/2000 (BT-Drucks. 14/4166) ergibt sich auch nicht, dass der Gesetzgeber hierbei den europarechtlichen Grundsatz der Ausfuhrfreiheit (Art. 1 der VO [EWG] Nr. 2603/69) bedacht hätte, da jegliche Darlegungen hierzu fehlen. Einzelstaatliche Vorschriften, die Ausfuhren von Gütern mit doppeltem Verwendungszweck betreffen, müssen aber im Rahmen der gemeinsamen Handelspolitik, insbesondere der Verordnung (EWG) Nr. 2603/69 des Rates vom 20. Dezember 1969 zur Festlegung einer gemeinsamen Ausfuhrregelung, erlassen werden (Erwägung 6 der VO [EG] Nr. 1334/2000).
(8.3) Zu dieser Darlegungslast eines nationalen sicherheitsrelevanten Sonderinteresse äußern sich auch das KG (Beschluss vom 22.7.2008, Az.: 2 AR 139/05 -4 Ws 131/07, zit. nach juris, Rn. 7) und der VGH Kassel (NVwZ-RR 2001, 95) nicht. Beide Gerichte gehen davon aus, die Außenwirtschaftsverordnung beruhe auf der Ermächtigungsnorm des § 7 Abs. 1 AWG und stünde mit Gemeinschaftsrecht nicht in Widerspruch, da Art. 4 Abs. 1 und 5 sowie Art. 5 Abs, 1 VO (EG) Nr. 1334/2000 (KG, a. a. O.) bzw. Art. 11 der VO (EWG) 2603/69 (VGH Kassel, a. a. O.) eine nationale Sonderregelung ermöglichten. Nicht geprüft wird jedoch, ob die erlassene Rechtsverordnung ihrem Inhalt nach dem Ermächtigungszweck genügt, ob sich also der Verordnungsgeber im Rahmen der gemeinschaftsrechtlichen Ermächtigung gehalten hat und seiner Darlegungslast gerecht geworden ist. Hierzu nimmt auch das vom Senat erholte Rechtsgutachten des Max-Planck-Instituts vom 30.1.2009 nicht Stellung.
(9) Wie die Bundesregierung einräumt (BT-Drucks. 13/1100, S. 22/23; vgl. auch Rieck, RIW 1999, 115/116), beeinträchtigt die Auffangregelung des § 5c AWV, da entsprechende Regelungen in den übrigen Mitgliedstaaten fehlen (Rechtsgutachten des Max-Planck-Instituts 30.1.2009, S. 21 bis 24; Bieneck, wistra 2008, 208/210; Jestaedt/Baron von Behr, EuZW 1995, 137/141; Dolde, RIW 1992, 517/518; Reuter, DB 1991, 2577, Schörner in: Hohmann/John [Hrsg.], 2002, § 5c AWV Rn. 17), die Chancengleichheit deutscher Unternehmer im Wettbewerb. Dies sei jedoch zur Verhinderung von deutschen Beiträgen zu konventionellen Rüstungsprogrammen in einer kleinen Gruppe besonders sensitiver Staaten geboten. In BT-Drucks. 13/10104, S.15, 24/25 wird die restriktive deutsche Ausfuhrpolitik, die deutsche Unternehmer gegenüber Wettbewerbern aus anderen EU-Mitgliedstaaten stärker belaste, mit der hohen Bedeutung begründet, die die Bundesrepublik Deutschland einer wirksamen Kontrolle beimisst. Bei der Anpassung der AWV durch die 51. Verordnung zur Änderung der Außenwirtschaftsverordnung an die VO (EG) Nr. 1334/2000 führt die Bundesregierung aus (BT-Drucks. 14/4166, S. 12), bisher bestehende Wettbewerbsnachteile der deutschen Exportwirtschaft durch schärfere nationale Vorschriften hätten erheblich gemildert werden können, indem die europäischen Vorschriften dem deutschen Exportkontrollniveau angeglichen worden seien. Dies ist im Hinblick darauf, dass kein Mitgliedstaat der Europäischen Union eine dem § 5c Abs. 2 AWV vergleichbare Regelung kennt, nicht nachvollziehbar.
Zwingende Gründe des Allgemeininteresses als Rechtfertigung für die Wettbewerbsbeeinträchtigung darzulegen und die Belegung diese Annahme durch nachvollziehbare Tatsachen zu begründen (EuGH, IStR 2003, 853/854 Rn. 25/26; NJW

2004, 139/140 Rn. 60 ff.) sowie mit dem gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz der Ausfuhrfreiheit abzuwägen (Art. 1 VO [EWG] Nr. 2603/69), hat der Gesetzgeber unterlassen. Dass von der Beeinträchtigung des Wettbewerbs nur eine kleine Gruppe von besonders sensitiven Staaten betroffen ist, ändert an dem nicht unerheblichen Eingriff in den Grundsatz der Ausfuhrfreiheit nichts, zumal die behauptete besondere Sensitivität nicht näher dargelegt wird.
(10) § 5c Abs. 2 AWV genügt auch nicht dem Grundsatz der gemeinschaftsrechtlichen Verhältnismäßigkeit.
(10.1) Nach diesem Grundsatz muss eine nationale Norm aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt und geeignet sein, ihre Ziele zu erreichen; sie darf zudem nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung ihrer Ziele erforderlich ist (EuGH, NJW 2004, 139/140 Rn. 65; Schlussantrag des Generalanwalts vom 14.10.2008, ZfWG 2008, 323/343 Rn. 234). Sind diese Kriterien der Verhältnismäßigkeitsprüfung auch denjenigen des nationalen Rechts gleich, so kann die Prüfung wegen gemeinschaftsrechtlicher Besonderheiten im Einzelfall zu unterschiedlichen Ergebnissen führen.
(10.2) Da das gemeinschaftsrechtliche Exportrecht noch nicht vollständig harmonisiert ist (Erwägung 4 zur VO [EG] Nr. 1334/2000), obliegt es dem jeweiligen Mitgliedstaat, von dem die Beschränkung ausgeht, darzutun, dass die nationale Regelung für die Verwirklichung des verfolgten Ziels erforderlich ist und das Ziel nicht durch weniger einschneidende Maßnahmen erreicht werden kann (vgl. EuGH, Urteil vom 5.6.2007, Az.: C-170/04, BeckRS 2007, 70389 Rn. 50). Wie ausgeführt, ist der Gesetzgeber dieser Darlegungslast nicht nachgekommen.
(10.3) Die nationale deutsche Sonderregelung ist auch nicht geeignet, ihr Ziel einer restriktiven Exportkontrolle - gemeinschaftsrechtlich betrachtet - zu erreichen, weil die Gefahr einer Ersatzlieferung aus einem anderen Mitgliedstaat besteht.
Die Geeignetheit der Regelung des § 5c Abs. 2 AWV kann auch nicht mit dem Hinweis darauf begründet werden, die fraglichen Güter würden nur in der Bundesrepublik Deutschland mit einem besonders hohen technischen Standard oder besonders preisgünstig hergestellt. Dies bedürfte angesichts der hochentwickelten Rüstungs- und Rüstungsexportindustrie in den Mitgliedstaaten Frankreich und Großbritannien, die neben Deutschland, den Vereinigten Staaten und Russland zu den führenden Militärexportländern zählen, bereits einer nachvollziehbaren und ins Einzelne gehenden Begründung. Hinzukommt, dass die Gesichtspunkte des Technologievorsprungs und der preiswerten Produktion sich nicht im Ermächtigungsrahmen des Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 1334/2000 halten, der ausschließlich auf Gründe der öffentlichen Sicherheit oder auf Menschenrechtserwägungen abstellt.
Dem Gesichtspunkt der Vorbildfunktion der deutschen Sonderregelung kommt - im Unterschied zu der verfassungsrechtlichen Sichtweise des Bundesverfassungsgerichts, das sich zu der hier inmitten stehenden gemeinschaftsrechtlichen Problematik nicht geäußert hat - keine Bedeutung zu, da sich dieser Rechtfertigungsgrund ebenfalls nicht im Rahmen der Ermächtigungsnorm des Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 1334/2000 hält (vgl. Reuter, RIW 1993, 88/92 zur Vereinbarkeit des § 5c AWV mit der VO [EG] Nr. 2603/69). Nur in diesem gemeinschaftsrechtlichen Rahmen kann der nationale Gesetzgeber seine eigenen Vorstellungen einbringen und eine gewisse Vorbildfunktion erlangen. Dies unterscheidet den gemeinschaftsrechtlichen Kontext grundlegend von dem übrigen völkerrechtlichen Hintergrund, vor dem die vom Bundesverfassungsgericht hervorgehobene nationale Vorbildfunktion Deutschlands besonderes außenpolitisches Gewicht erlangen kann. Wie

sich aus den jahrelangen Verhandlungen um die VO (EG) Nr. 1334/2000 und in der Zeit nach deren Inkrafttreten gezeigt hat, ist dem deutschen Modell einer restriktiveren Exportkontrolle innerhalb der Gemeinschaft gerade keine Modellfunktion zugewachsen (BT-Drucks. 13/1100, S. 22/23; Reuter, RIW 1996, 719/721). Sie sich gleichwohl zuzumessen, untergräbt die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben.
(11) § 5c Abs. 2 AWV genügt schließlich nicht den gemeinschaftsrechtlichen Grundsätzen der Bestimmtheit, der Vorhersehbarkeit und der Rechtssicherheit.
(11.1) Der Rechtsunterworfene muss aus der nationalen Sonderregelung Hinweise darauf erhalten, unter welchen konkreten objektiven Umständen ihm eine Genehmigung erteilt oder versagt wird. Für den Einzelnen muss der Umfang seiner Rechte und Pflichten erkennbar sein, damit der Grundsatz der Rechtssicherheit gewahrt ist (EuGH, NJW 2002, 2305/2306 Rn. 50). Nur wenn die materiellen Kriterien, aufgrund derer eine Beschränkung - hier des Exports - erfolgen kann, objektiv und hinreichend genau sind, ist eine gerichtliche Kontrolle der Verwaltung überhaupt möglich. Hierfür genügt es nicht, dass es den Gerichten überlassen bleibt, die Voraussetzungen zu konkretisieren, unter welchen die Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit bejaht werden kann. Vielmehr muss die gesetzliche Regelung selbst hinreichend genaue Kriterien liefern, um den Gerichten die Kontrolle der Verwaltung überhaupt zu ermöglichen (EuGH, NJW 2003, 2663/2666 Rn. 79).
(11.2) Im Falle des § 5c Abs. 2 Satz 1 AWV entscheidet das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA) über die Genehmigungspflichtigkeit des Exports. Die Genehmigungspflicht ergibt sich aus § 5c Abs. 1 AWV. Die Voraussetzungen für die Erteilung einer Genehmigung ergeben sich aus den §§ 3, 7 AWG. Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 AWG ist, sofern Rechtsgeschäfte oder Handlungen nach dem AWG oder einer zu diesem Gesetz erlassenen Rechtsverordnung einer Genehmigung bedürfen, die Genehmigung zu erteilen, wenn zu erwarten ist, dass die Vornahme des Rechtsgeschäfts oder der Handlung den Zweck, dem die Vorschrift dient, nicht oder nur unwesentlich gefährdet. Nach Satz 2 dieser Vorschrift kann die Genehmigung erteilt werden, wenn das volkswirtschaftliche Interesse an der Vornahme des Rechtsgeschäfts oder der Handlung die damit verbundene Beeinträchtigung des bezeichneten Zwecks überwiegt. Die Zwecke, um deretwillen Rechtsgeschäfte und Handlungen im Außenwirtschaftsverkehr beschränkt werden können, ergeben sich aus § 7 Abs. 1 AWG und bedürfen wegen ihrer Unbestimmtheit in besonderem Maße der Auslegung und Konkretisierung. Die nationale gesetzliche Regelung stellt damit keine klaren, präzisen und objektiven Kriterien auf, anhand derer der Rechtsunterworfene ersehen kann, ob er die ggf. erforderliche Genehmigung erhalten wird oder nicht. Es bleibt damit den nationalen Gerichten überlassen, den Genehmigungszweck zu konkretisieren. Dies widerspricht dem Gemeinschaftsrecht, da das nationale Recht nicht selbst die Kriterien aufstellt, um den Gerichten die Kontrolle der Verwaltung zu ermöglichen.
Diese Unklarheit des Gesetzes setzt sich in § 3 Abs. 2 Satz 1 AWG fort. Danach kann die Erteilung der Genehmigung von - sieht man von der Zuverlässigkeit des Antragstellers ab - nicht näher beschriebenen sachlichen und persönlichen Voraussetzungen abhängig gemacht werden, die in keiner Weise näher präzisiert werden. Soweit die Bundesregierung am 25.7.2001 „Grundsätze zur Prüfung der Zuverlässigkeit von Exporteuren von Kriegswaffen und rüstungsrelevanten Gütern" erlassen hat (www.v...htm), die auch für die Prüfung der Zuverlässigkeit im Rahmen des § 3 Abs. 2 AWG gelten, finden diese u. a. nur auf gelistete „Dual-Use-Güter" Anwendung und stellen zudem keine gesetzliche Regelung dar.

(12) Dem Vorrang des Gemeinschaftsrechts und der damit korrespondierenden Nichtanwendungspflicht werden durch das im deutschen wie im Gemeinschaftsrecht geltende allgemeine Prinzip der Rechtssicherheit Grenzen gesetzt. Ein solcher Fall kann gegeben sein, wenn durch die Nichtanwendung des für gemeinschaftsrechtswidrig erachteten nationalen Rechts eine inakzeptable Gesetzeslücke entstünde, an deren Vorliegen jedoch hohe Anforderungen zu stellen sind (OLG München, NJW 2006, 3588/3591). Eine solche Lücke entsteht jedoch nicht, da eine effektive Exportkontrolle durch die VO (EG) Nr. 1334/2000 gewährleistet ist.
b) Unvereinbarkeit des § 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG mit Gemeinschaftsrecht
Die gemeinschaftsrechtliche Neutralisierung des § 5c Abs. 2 AWV lässt bereits die nach § 33 Abs. 1 AWG i. V. m. § 70 Abs. 1 Nr. 3 AWV erforderliche Handlung i. S. d. § 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG und damit eine Strafbarkeit entfallen.
Aber auch § 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG selbst - in der Fassung vom 9.8.1994 als auch vom 28.3.2006 - erweist sich als gemeinschaftswidrig. Der Bundesgesetzgeber hat jeweils die Erforderlichkeit der nationalen Strafsanktion des § 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG nicht dargelegt; sie erweist sich als unverhältnismäßig und widerspricht damit Art. 133 EGV, Art. 5 Abs. 1 der VO (EG) Nr. 1334/2000 und Art. 1 und 11 der VO (EWG) Nr. 2603/69.
(1) Das Gemeinschaftsrecht verleiht den Organen der Union keine Kompetenz, strafrechtliche Sanktionsmöglichkeiten zu schaffen. Verordnungen des Gemeinschaftsrechts sind deshalb strafrechtlich nur dann durchsetzbar, wenn das nationale Strafrecht dies ausdrücklich vorsieht (BGH, NJW 1995, 2174/2175; Diemer in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Stand Jan. 2009, Vorb. AWG, Rn. 7; U. Karpenstein in: Grabitz/Hilf [Hrsg.], Das Recht der Europäischen Union, Bd. IV [Stand 2005], E 16 [„Dual-Use-Verordnung"], Art 19 Rn. 4). Das Gemeinschaftsrecht verwehrt es den Mitgliedstaaten andererseits nicht, die Nichteinhaltung von Genehmigungsverfahren mit strafrechtlichen Sanktionen zu belegen, sofern die Strafen, die verhängt werden können, nicht außer Verhältnis zum verfolgten Ziel des Schutzes der öffentlichen Sicherheit stehen (EuGH DB 1995, 2360/2362 Rn. 39 bis 42).
(2) § 34 Abs. 1 AWG in der bis zum 5.8.1990 geltenden Fassung - als Vorläufer des § 34 Abs. 2 AWG - war als Erfolgsdelikt normiert. Durch das 5. Änderungsgesetz zum AWG vom 20.7.1990 (BGBl. I S. 1457) wurde die Vorschrift als abstraktes, die Strafbarkeit erweiterndes Gefährdungsdelikt neu gefasst.
§ 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG in der Fassung vom 9.8.1994 (Fälle 1 bis 18, 20 bis 23) und vom 28.3.2006 (Fälle 24 bis 29) ist nach wie vor ein abstraktes Gefährdungsdelikt. Die Fassung vom 28.3.2006 ersetzte bei im Übrigen unverändertem Tatbestand in § 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG die Angabe „eine in § 33 Abs. 1, 4 oder 5 bezeichnete Handlung" durch „eine in § 33 Abs. 1 oder 4 bezeichnete vorsätzliche Handlung".
Die Darlegungslast, dass gerade eine strafrechtliche Sanktion in Form eines abstrakten Gefährdungsdelikts zum Schutz der öffentlichen Sicherheit erforderlich ist und mildere Maßnahmen hierfür nicht ausreichen, trägt der nationale Gesetzgeber. Er hat insbesondere dafür Sorge zu tragen und dies auch darzulegen, dass eine bestehende nationale Strafnorm sich im Einklang mit fortentwickelndem Gemeinschaftsrecht hält (vgl. die Nachweise oben II. 1.). Dies ist nicht geschehen.
(2.1) Bei der Neufassung des § 34 Abs. 1 AWG am 20.7.1990 hat der Bundesgesetzgeber im Entwurf eines 5. Gesetzes zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes ausgeführt (BT-Drucks. 11/4230, S. 5 und 7):
Das Fünfte Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes passt das AWG in verschiedenen Punkten den Bedürfnissen der außenwirtschaftsrechtlichen Praxis und

Rechtsentwicklung an. Zu diesen Bedürfnissen zählt insbesondere eine wirkungsvolle Straftatbestimmung - § 34 -gegen Verstöße im Bereich der aus sicherheits- und außenpolitischen Gründen erlassenen Regelungen …
Der bisherige § 34 AWG knüpfte die Strafbarkeit von Verstößen gegen Vorschriften, die aufgrund des § 7 erlassen wurden sind, an den Deliktserfolg einer Beeinträchtigung der Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland, einer Störung des friedlichen Zusammenlebens der Völker oder einer erheblichen Störung der auswärtigen Beziehungen.
Trotz einer Reihe von aufgedeckten Fällen illegaler Ausfuhren von Embargowaren (vgl. § 5 Abs. 1, § 5a Abs. 1, § 70 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe a AWV i. V. m. § 33 Abs. 1 AWG) hat es nur vereinzelt Strafverfahren nach § 34 AWG gegeben, da die genannten erfolgsabhängigen Merkmale auch bei schwerwiegenden Verstößen selten nachweisbar waren. Die bisherige Fassung des § 34 verfehlte demnach ihre generalpräventive Funktion. Die Justizverwaltungen der Länder haben sich auf eine Umfrage des Bundesminister der Justiz hin überwiegend für eine straferweiternde Änderung der Vorschrift ausgesprochen. In gleichem Sinne hat sich die ganz überwiegende Zahl der Oberfinanzdirektionen geäußert, die nach § 42 Abs. 1, § 43 Abs.3 AWG eine zentrale Rolle in der Verfolgung von Ausfuhrverstößen spielen.
Durch die Neufassung des Absatzes 1 wird § 34 AWG zu einem Gefährdungsdelikt umgestaltet. Es genügt nunmehr, dass die Zuwiderhandlung gegen eine nach § 7 AWG erlassene Rechtsverordnung geeignet ist, die - auch bisher schon in Absatz 1 genannten - Rechtsgüter zu gefährden. Diese Fassung ermöglicht die Bestrafung sicherheits- und außenpolitisch gravierender Verstöße, die in der Vergangenheit häufig nur als Ordnungswidrigkeiten nach § 33 Abs. 1 AWG - und damit nicht angemessen geahndet werden konnten.
(2.2) Den Gesetzesentwurf eines 8. Gesetzes zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes als Grundlage auch für die Fassung des § 34 Abs. 2 AWG vom 9.8.1994 hat der Gesetzgeber u. a. folgendermaßen begründet (BT-Drucks. 12/6911, S. 7):
Das Achte Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes schafft die Voraussetzungen für die administrative Umsetzung der auf europäischer Ebene in Vorbereitung befindlichen Harmonisierung der Kontrolle des Exports von zivil und militärisch verwendbaren Gütern. Es ermöglicht der Bundesregierung, das Bundesausfuhramt auch zur Erteilung von Genehmigungen nach der derzeit verhandelten EG-Verordnung zu ermächtigen. Außerdem werden die Befugnisse der für die Kontrolle der Vorschriften des Außenwirtschaftsrechts zuständigen Behörden im Hinblick auf die Überwachung der Verordnungen der Europäischen Gemeinschaften im Bereich des Außenwirtschaftsrechts erweitert.
(2.3) Bei der Änderung des § 34 Abs. 2 durch das 12. Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes und der Außenwirtschaftsverordnung vom 28.3.2006 hat der Gesetzgeber den zugrunde liegenden Entwurf wie folgt begründet (BT-Drucks. 16/33, S. 10):
Die Änderung der §§ 33 und 34 AWG verfolgt das Ziel, bestehende Strafbarkeitslücken im Rahmen der genehmigungspflichtigen technischen Unterstützung zu schließen und die Strafbewehrung von Embargoverstößen differenzierter zu gestalten und damit auch den Bedürfnissen der Justiz anzupassen.
Die angestrebten Änderungen tragen damit den praktischen Erfahrungen der letzten Jahre und damit sowohl den aufgetretenen Strafbarkeitslücken als auch dem erkannten Differenzierungsbedarf Rechnung. … Das deutsche Ausfuhrstrafrecht bleibt auch im internationalen Vergleich weithin eines der strengsten in der Welt.

Diese lediglich allgemeinen strafpolitischen Überlegungen genügen nicht den europarechtlichen Anforderungen an eine nationale strafrechtliche Sanktionierung im Lichte des Art. 133 EGV, der VO (EG) Nr. 1334/2000 sowie der VO (EWG) Nr. 2603/69. Sie lassen nicht erkennen, dass die Strafbewehrung als solche und insbesondere die Erweiterung der Strafbarkeit in Form eines abstrakten Gefährdungsdelikts zur Beseitigung einer Gefahr für ein schwerwiegendes nationales Sicherheitsproblem erforderlich ist. Gerade im Hinblick auf die vorangeschrittene gemeinschaftsrechtliche Harmonisierung der Exportkontrolle und die multilateral verknüpften Sicherheitsinteressen der Mitgliedstaaten hätte es - auch angesichts der in erheblichem Maße auslegungsbedürftigen Schutzgüter des § 34 Abs. 2 AWG und der Inbezugnahme von Blankettvorschriften - einer besonderen, nachvollziehbaren Begründung für die Beibehaltung der Vorverlagerung der Strafbarkeit bedurft.
Selbst wenn der Senat tragende Gesichtspunkte für eine nationale Sonderregelung wie § 34 Abs. Nr. 3 AWG fände, änderte dies an dem vorgefundenen Ergebnis nichts; denn es ist nicht Aufgabe der Gerichte, eine vom Gesetzgeber unterlassene Abwägung vorzunehmen und durch eine eigene zu ersetzen.
3. Unvereinbarkeit der § 34 Abs. 1 Nr. 1 AWG mit Gemeinschaftsrecht
§ 34 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 i. d. F. vom 11.12.1996 AWG i. V. m. der Anlage zur 104. Verordnung zur Änderung der Ausfuhrliste - Anlage AL zur Außenwirtschaftsverordnung (BAnz. Nr. 85a vom 7.5.2005) - widerspricht, soweit dort die Gemeinsame Liste der Europäischen Union für Güter mit doppeltem Verwendungszweck in Abschnitt Teil I Abschnitt C wiederholt ist, dem Anwendungsvorrang der VO (EG) Nr. 1334/2000.
a) Nach § 34 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AWG macht sich strafbar, wer ohne Genehmigung Güter des Teils I Abschnitt A oder bestimmte Güter des Teils I Abschnitt C der Ausfuhrliste (Anlage zur 104. Verordnung zur Änderung der Ausfuhrliste [BAnz. Nr. 85a vom 7.5.2005]) ohne Genehmigung ausführt. In der Ausfuhrliste ist ausgeführt (Anwendung der Ausfuhrliste, Teil I Nr. 1, a. a. O.):
Abschnitt C enthält die Gemeinsame Liste der Europäischen Union für Güter mit doppeltem Verwendungszweck.
b) Diese Parallelregelung widerspricht dem unmittelbaren Vorrang (Art. 249 Abs. 2 EGV), der VO (EG) Nr. 1334/2000 und der EU-Güterliste als deren integraler Bestandteil.
(1) Ein Mitgliedstaat darf durch die Wiederholung des Inhalts der Gemeinschaftsregelung nicht eine Lage schaffen, in der die unmittelbare Geltung der Gemeinschaftsverordnung aufs Spiel gesetzt wird. Nur im besonderen Fall des Zusammentreffens einer ganzen Reihe gemeinschaftsrechtlicher, mitgliedstaatlicher und regionaler Vorschriften kann es nicht als ein Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht angesehen werden, wenn mitgliedstaatliches Recht im Interesse seines inneren Zusammenhangs und seiner Verständlichkeit für die Adressaten bestimmte Punkte der Gemeinschaftsverordnung wiederholt (EuGH, Slg. 1985, II-1057, 1067/1074 Rn. 126/127; Nettesheim in: Grabitz/Hilf [Hrsg.], Das Recht der Europäischen Union, Bd. III [Stand 2005], Art. 249 EGV Rn. 121; Ruffert in: Callies/ Ruffert [Hrsg.], EUV/EGV, 2. Aufl. [2002], Art. 249 EGV Rn. 41). Eine solche Ausnahmesituation liegt nicht vor.
(2) Durch die Parallelregelung wird ferner der gemeinschaftsrechtliche Charakter der VO (EG) Nr. 1334/2000 i. V. m. der Gemeinsamen Liste der Europäischen Union für Güter mit doppeltem Verwendungszweck verschleiert. Es ist nicht ersichtlich, aufgrund welcher gemeinschaftsrechtlichen Rechtsnorm die Gemeinsame Liste der Europäischen Union erlassen wurde. Soweit die nationale Ausfuhrliste in Teil I Nr. 10 die VO (EG) Nr. 1334/2000 erwähnt, betrifft dies nur die Verbringung bestimmter Güter in andere

Mitgliedstaaten der Europäischen Union, nicht aber den Export in Drittstaaten.
Damit ist die europarechtliche Grundlage nicht sichtbar; der Normadressat kann den Gemeinschaftsrechtscharakter der Gemeinsamen Liste der Europäischen Union nicht eindeutig erkennen (vgl. EuGH, Slg. 1973, II-981/998, Rn. 11; Slg. 1977, I-137, 146/147, Rn. 4/7; Slg. 1988, II-2139/2148, Rn. 10; Wolffgang in: Bieneck, Handbuch AWR, 2. Aufl. [2005], § 4 Rn. 57; Wolffgang/Schäfer in: Siebel/Röver/Knütel [Hrsg.], Rechtshandbuch Projektfinanzierung und PPP, 2. Aufl. [2008], S. 24).
(3) Auch der Anwendungsvorrang der EU-Güterliste als integraler Bestandteil der VO (EG) Nr. 1334/2000 bleibt im Unklaren. Zwar legt § 1 Abs. 2 AWG fest, dass Rechtsvorschriften der Organe zwischenstaatlicher Einrichtungen, denen die Bundesrepublik Deutschland Hoheitsrechte übertragen hat, unberührt bleiben. Durch die Wiederholung der EU-Güterliste in der nationalen Ausfuhrliste wird jedoch der Geltungsgrund dieser Regelung verwischt. Es ist nicht mehr erkennbar, ob es sich dabei um eine Aufnahme dieser Güter in nationales Recht oder um eine Wiedergabe von Gemeinschaftsrecht handelt. Dies widerspricht dem Anwendungsvorrang der VO (EG) Nr. 1334/2000.
(4) Hinzukommt, dass bei einer Änderung der EU-Güterliste wegen zeitlicher Verzögerungen bei der redaktionellen Vorbereitung und der gesetzlichen Inkraftsetzung durch den nationalen Gesetzgeber eine Situation entstehen kann, in der für einen bestimmten Zeitraum zwischen der EU-Güterliste und der nationalen Ausfuhrliste inhaltliche Differenzen und damit eine erhebliche Rechtsunklarheit bestehen. Diese Unklarheit erstreckt sich, wenn auch Güter erfasst werden, die unmittelbar in § 34 Abs. 1 Satz 1 erwähnt sind, auch auf die Frage der Strafbarkeit.
(5) Dem Gesetzgeber ist diese Rechtslage bewusst. Aus der amtlichen Begründung zur Anpassung der AWV an die VO (EG) Nr. 1334/2000 vom 28.9.2000 (BT-Drucks. 14/4166, S. 15) ist ersichtlich, dass auch er davon ausgeht, aus dem Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts (Art. 249 Abs. 2 EGV) ergäbe sich ein Verbot, Gemeinschaftsrecht in nationalem Recht zu wiederholen (so auch Handbuch der Rechtsförmlichkeit, BAnz. Nr. 160a vom 22.10.2008, S. 94 Rn. 288/289). Diese Erkenntnis hat der Gesetzgeber jedoch bei der Übernahme der EU-Güterliste in die nationale Ausfuhrliste außer Acht gelassen. Bereits 2002 hat die Kommentarliteratur (Wahren in: Hohmann/John [Hrsg.], Ausfuhrrecht [2002], Erläuterungen zur Ausfuhrliste, Teil 1 Rn. 5) festgestellt, dass zur Vermeidung der Parallelregelung beabsichtigt würde, die nationalen Regelungen direkt auf die EU-Güterliste zu beziehen. Dies sei bislang nicht realisiert worden, weil dazu nicht nur die AWV, sondern auch das AWG zu ändern wären. Dies kann als Begründung für eine unterlassene Anpassung an vorrangiges Gemeinschaftsrecht nicht hinreichen.
c) Eine Strafbarkeit nach § 34 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AWG i. V. m. Art. 3 Abs. 1 und Anhang I VO (EG) Nr. 1334/2000 - wovon die Anklage ausgeht (S.3), ebenso BGH [3. Strafsenat], Beschluss vom 12.7.2007, Az.: 3 BJs 8/06-4 (2), Sachakte Bd. 13, Bl. 5453 ff. - besteht nicht. § 34 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AWG verweist weder direkt noch indirekt auf die VO (EG) Nr. 1334/2000.
III.
Kein hinreichender Tatverdacht aus tatsächlichen Gründen hinsichtlich der dem Angeschuldigten zur Last gelegten Verstöße gegen das AWG
Zudem besteht nach den Ergebnissen des vorbereitenden Verfahrens in den Fällen 1 bis 18 und 20 bis 29 der Anklage auch aus tatsächlichen Gründen kein hinreichender Tatverdacht einer Strafbarkeit nach den § 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG, § 5c Abs. 2 AWV.
Nach den Ergebnissen des vorbereitenden Verfahrens liegt ein tatbestandsmäßiges Verhalten nach § 33 Abs. 1 AWG, § 70 Abs. 1 Nr. 3 AWV, § 5c Abs. 2 AWV i. V. m. § 34

Abs. 2 Nr. 3 AWG mit der für eine Verurteilung erforderlichen Wahrscheinlichkeit nicht vor. Die Bestimmung der exportierten Güter zu einer militärischen Endverwendung (§ 5c Abs. 2 AWV, nachfolgend: 1.) ist ebenso wenig wahrscheinlich wie eine entsprechende Kenntnis des Angeschuldigten (nachfolgend: 2.). Hinreichende Nachweise dafür, dass die exportierten Güter geeignet waren, die auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland erheblich zu gefährden (§ 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG, nachfolgend:
3.) liegen nicht vor; schließlich mangelt es an einer entsprechenden Kenntnis des Angeschuldigten (nachfolgend: 4.).
Auch für eine Strafbarkeit nach den § 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG, § 33 Abs. 4 AWG, § 70 Abs. 5a Nr. 1 bis 3 AWV i. V. m. Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 und Abs. 4 Hs. 2 VO (EG) Nr. 1334/2000 fehlt es an einem hinreichenden Tatverdacht (nachfolgend: 5.)
Die tatsächlichen Voraussetzungen für eine Versuchsstrafbarkeit (§ 34 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 5 AWG, nachfolgen: 6.) liegen ebenso wenig vor wie für fahrlässiges Handeln (§ 34 Abs. 7, nachfolgend: 7.).
Im nachfolgend dargestellten Umfang wird die Anklageschrift auch ihrer Informationsfunktion (§ 200 Abs. 1 Satz 1 StPO) nicht gerecht. Der Senat sieht keine Möglichkeit dieses Informationsdefizit durch weitere Aufklärung im Zwischenverfahren zu beheben. Ein Nachholen wesentlicher Teile des Ermittlungsverfahrens durch das Gericht im Zwischenverfahren kommt nicht in Betracht (Meyer-Goßner, StPO, 51. Aufl. [2008], § 202 Rn. 1 m. w. N.).
1. Bestimmung zur militärischen Endverwendung (§ 5c Abs. 2 AWV)
Die Bestimmung der exportierten Güter zur militärischen Endverwendung ist nach den Ergebnissen des vorbereitenden Verfahrens nicht hinreichend wahrscheinlich. Sie wird von der Anklage nur in einigen wenigen Fällen dargelegt.
a) …
b) Nach dem Ergebnis der vorbereitenden Ermittlungen ist ein hinreichender Nachweis nicht zu führen, dass die Exporte zu einer militärischen Endverwendung bestimmt waren. Abweichend von § 5c Abs. 1 AWV erfordert § 5c Abs. 2 AWV eine Bestimmung der exportierten Güter zur militärischen Endverwendung. Nicht ausreichend ist, dass die Güter hierzu bestimmt sein können. Die Anklage unterscheidet hier nicht, sondern vermischt in unzulässiger Weise beide Tatbestandsvoraussetzungen.
Es bedarf in jedem einzelnen Exportfall hinreichender Anhaltspunkte dafür, dass die iranischen Endabnehmerfirmen tatsächlich die Absicht hatten, die exportierten Güter militärisch zu nutzen (vgl. OLG Köln, NVwZ 2000, 594/595). Entscheidend ist die zielgerichtete Verwendungsabsicht des Empfängers (vgl. BMWi, Bekanntmachung über die Beantragung von Ausfuhrgenehmigungen für Waren und Fertigungsunterlagen, deren Ausfuhr gemäß § 5c Außenwirtschaftsverordnung genehmigungspflichtig ist vom 12.3.1991, BAnz. Nr. 52 vom 15.3.1991, S. 1805). Die militärische Endverwendung ist in § 5c Abs. 1 Satz 2 AWV legal definiert …
2. Kenntnis des Angeschuldigten (§ 5c Abs. 2 AWV)
Die Anklage beschreibt den Kenntnisstand des Angeschuldigten hinsichtlich der militärischen Verwendungsbestimmung der exportierten Güter nicht …
a) …
b) …
c) Nach den Ergebnissen des vorbereitenden Verfahrens kann dem Angeschuldigten die Kenntnis i. S. d. § 5c Abs. 2 AWV auch nicht hinreichend wahrscheinlich nachgewiesen werden.
(1) Kenntnis i. S. des § 5c Abs. 2 AWV bedeutet positive Kenntnis (Diemer in: Erbs/

Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze [Stand Jan. 2009], § 5c AWV Rn. 1; Bieneck in: Bieneck [Hrsg.], Handbuch AWR, 2. Aufl. [2005], § 29 Rn. 37; ders., wistra 2008, 208/211 m. w. N.; BMWi, Runderlass Außenwirtschaft Nr. 4/91 betreffend VI: Vierzehnte Verordnung zur Änderung der Außenwirtschaftsverordnung vom 11.3.1991, BAnz. Nr. 50 vom 13.3.1991, S. 1728; VG Frankfurt a. M., Urteil vom 14.3.1996, 1 E 1772/93, S. 16; VG Frankfurt a. M., Urteil vom 23.5.1996, 1 E 3661/93, S. 10, jeweils zu § 5c AWV a. F.). Diese Kenntnis soll vorliegen, wenn der Betreffende die Erkenntnisquellen kennt, aus denen die Kenntnis in zumutbarer Weise und ohne besondere Mühe gewonnen werden kann. Zugrunde zu legen sei ein objektiver Maßstab eines verantwortlichen Exporteurs. Kenntnis von der bestimmungsmäßigen militärischen Endverwendung sei somit gegeben, wenn sich der Exporteur schlüssigen konkreten Anhaltspunkten für eine militärische Endverwendung verschließt, z. B. dem Produktprogramm des Endabnehmers.
(2) Dahinstehen kann, ob diesem Verständnis des Tatbestandsmerkmals „Kenntnis" im Rahmen des § 15 StGB beizutreten ist. Die Anklage trägt nämlich weder hinreichende Indizien für die Bestimmung zur militärischen Endverwendung vor, denen sich der Angeschuldigte verschlossen hätte, noch sind diese nach den Ergebnissen des vorbereitenden Verfahrens ersichtlich.
(2.1) Die Produktpalette der iranischen Endabnehmerfirmen ist nicht derart eindeutig militärisch ausgerichtet, dass sie eine solche Indizwirkung entfalten könnte. Bei den exportierten Gütern handelt es sich zudem überwiegend um Ersatzteile mit „doppeltem Verwendungszweck".
(2.2) Auch entsprechende Frühwarnschreiben hinsichtlich iranischer Firmen sind angesichts der unklaren Erkenntnisquellen, auf denen sie beruhen, nicht geeignet, dem Angeschuldigten - falls sie ihm, wozu die Anklage schweigt, überhaupt bekannt waren - positive Kenntnis von einer bestimmungsgemäßen militärischen Endverwendung zu vermitteln (vgl. OLG Köln, NVwZ 2000, 594/596, für die Unterrichtung durch das Bundesministerium für Wirtschaft) …
Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (DB 1995, 2360/2361 Rn. 36) kann die Verpflichtung eines Exporteurs, den Beweis für die ausschließlich zivile Nutzung der zu exportierenden Güter zu erbringen, oder die Verweigerung einer Genehmigung bei Vorliegen einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit verhältnismäßig sein, wenn die Güter objektiv für militärische Zwecke verwendet werden können. Eine solche Praxis mag im Verwaltungsrecht zulässig sein, die Beweislastumkehr in den genannten Frühwarnschreiben kann im Strafrecht jedoch keinen Bestand haben (Bieneck, wistra 2008, 208, 211/212). Sie widerspricht der Unschuldsvermutung (Art. 6 Abs. 2 MRK) und der gesetzgeberischen Wertung des § 1 Abs. 2 AWG. Danach ist der Außenwirtschaftsverkehr frei und unterliegt nur den gesetzlichen oder durch eine Rechtsverordnung aufgestellten Einschränkungen, nicht jedoch solchen, die durch Verwaltungsschreiben begründet werden.
(3) Zwar verhielt sich der Angeschuldigte bereits mit seinen Firmen E. und B. Inc., die Gegenstand der Ermittlungen der Staatsanwaltschaft D. waren, konspirativ. Dieses konspirative Verhalten lässt jedoch keinen hinreichend wahrscheinlichen Schluss auf dessen positive Kenntnis der Bestimmung der exportierten Güter zur militärischen Endverwendung zu.
Die Argumentation der Anklage, die ausgesprochen konspirative Art der Beschaffung und Lieferung der exportierten Güter lasse keinen anderen Schluss zu als den auf die Kenntnis des Angeschuldigten von dem militärischen Verwendungszweck der exportierten Güter, erweist sich nicht als hinreichend tragfähig …

3. Geeignetheit, die auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland erheblich zu gefährden (§ 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG)
Die Anklage beschreibt weder im Anklagesatz noch ergibt sich aus den Ergebnissen des vorbereitenden Verfahrens, dass die jeweiligen Exporte geeignet waren, die auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland erheblich zu gefährden (§ 34 Abs. 2 AWG). Da der einzelne Export in seinem das Rechtsgut verletzenden Gewicht durchaus von unterschiedlicher Intensität sein kann, ist es erforderlich, die Gefährdungseignung in jedem einzelnen Fall mit hinreichender Wahrscheinlichkeit darzulegen und nachzuweisen. Eine Gesamtbetrachtung aller Exporte des Angeschuldigten scheidet demnach aus, zumal die Tathandlung des § 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG auch nicht als gesetzliche Handlungseinheit normiert worden ist.
a) Die verfassungsrechtlich bedenkliche Weite dieses Tatbestandsmerkmals (vgl. BVerfG, NJW 2004, 2213/2219) erfordert nach der Rechtsprechung zu den § 34 Abs. 1 Nr. 3 AWG a. F. und § 7 Abs. 1 Nr. 3 AWG, der sich der Senat anschließt, eine enge Auslegung (BVerfG, NJW 1993, 1909/1910; 1992, 2624; BGH, Beschluss vom 13.1.2009, Az.: 3 BJs 16/08-4, Rn. 14; BVerwG, NJW 1992, 2648/2650; John in: Hohmann/John [Hrsg.], Ausfuhrrecht [2002], § 34 AWG Rn. 176; Diemer in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Stand Jan. 2009, § 34 AWG Rn. 18; Bieneck, in ders., Handbuch AWR, 2. Aufl. [2005], § 29 Rn. 23 ff.).
Erforderlich ist somit eine Auslegung, bei der dem Tatbestandsmerkmal der „auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland" ein erhebliches, das Tatunrecht wesentlich steigerndes Gewicht zukommt. Nur so ist gewährleistet, dass der Straftatbestand des § 34 Abs. 2 AWG in sich stimmig ausgelegt werden kann (BGH, Beschluss vom 13.1.2009, Az.: 3 BJs16/08-4, Rn. 17).
Somit ist zu fordern, dass die jeweiligen Exporte im Einzelfall geeignet sein müssen, anhaltende oder tiefgreifende Störungen befürchten zu lassen. Dies gilt umso mehr als es sich bei den exportierten Waren ihrer Natur nach gerade nicht um ausschließlich militärisch nutzbare Güter handelt. Deren Export muss deshalb in jedem Einzelfall jedenfalls vergleichbares Gewicht wie bei einem Export von Waffen und Gerät nach § 7 Abs. 2 AWG zukommen.
b) Eine Störung der auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland zu anderen Staaten oder internationalen Organisationen durch einen Verstoß gegen das Außenwirtschaftsrecht setzt nach der Rechtsprechung voraus, dass die Bundesrepublik Deutschland in eine Lage gebracht wird, die es ihr unmöglich macht oder wesentlich erschwert, ihre außenpolitischen Interessen zur Geltung zu bringen oder glaubhaft zu vertreten (KG, Beschluss vom 22.7.2008, Az.: 2 AR 139/05 - 4 Ws 131/07, zit. nach juris, Rn. 23; OLG Hamm, Beschluss vom 12.5.1992, Az.: 3 Ws 212/92, zit. nach juris, 1. Orientierungssatz, zu § 34 Abs. 1 Nr. 3 AWG a. F.; weitergehend BGH, Beschluss vom 13.1.2009, Az.: 3 BJs 16/08-4, Rn. 19, der auf das Interesse der Bundesrepublik Deutschland gedeihliche Beziehungen zu anderen Staaten zu wahren, abstellt). Nicht erforderlich ist der Eintritt einer konkreten Gefährdung der auswärtigen Beziehungen. Der Verstoß gegen das Exportrecht muss aber bei genereller Betrachtung entsprechend gefahrengeeignet gewesen sein (BGH, NJW 1999, 2129). Dies ist anhand konkreter tatsächlicher Umstände festzustellen (BGH, Beschluss vom 13.1.2009, Az.: 3 BJs16/08-4, Rn. 19).
Einzelne kritische Presseberichte oder diplomatische Nachfragen bzw. eine diplomatische Verstimmung reichen hierfür nicht aus, wohl aber die Einberufung des deutschen Botschafters, der Rückruf eines Botschafters, nachdrückliche diplomatische Beschwerden,

die Verurteilung der Bundesrepublik Deutschland in internationalen Gremien, feindselige, anhaltende Medienkampagnen oder eine international starke Missbilligung (KG, Beschluss vom 22.7.2008, Az.: 2 AR 139/05 - 4 Ws 131/07, zit. nach juris, Rn. 25; OLG Hamm, Beschluss vom 12.5.1992, Az.: 3 Ws 212/92, zit. nach juris, 1. Orientierungssatz, zu § 34 Abs. 1 Nr. 3 AWG a. F.).
c) Die Anklage behauptet zwar die Gefahr anhaltender oder tiefgreifender Störungen der auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland, belegt sie jedoch nicht mit Tatsachen …
Mit der bloßen Wiederholung des Gesetzeswortlauts des § 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG genügt sie ihrer Informationsfunktion nicht. Der Angeschuldigte ist nicht in der Lage, überprüfen zu können, ob der geschilderte Sachverhalt die behaupteten gesetzlichen Straftatbestimmungen erfüllt.
d) Unter Berücksichtigung der Ermittlungsergebnisse ist die nach § 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG erforderliche Gefährdungseignung nicht hinreichend nachgewiesen.
(1) Der Senat verkennt nicht, dass die Frage, ob den staatlichen deutschen Stellen ein Vorwurf daraus gemacht werden kann, dass es zu dem Verstoß gegen die außenwirtschaftllichen Bestimmungen gekommen ist, ein wichtiges Indiz für die Beurteilung der Gefährdungseignung ist; denn in diesen Fällen liegt es deutlich näher, dass die Bundesrepublik Deutschland negativen Reaktionen anderer Staaten oder internationaler Organisationen ausgesetzt ist als bei Fallgestaltungen, in denen den staatlichen Organen kein Fehlverhalten anzulasten ist (BGH, Beschluss vom 13.1.2009, Az.: 3 BJs 16/08-4, Rn. 20). Zwar hat vorliegend das Ausfuhrzollamt durch mangelhafte Kontrollen die Exportverstöße des Angeschuldigten erst ermöglicht, die Indizwirkung dieses Kontrolldefizits wird jedoch dadurch entkräftet, dass weder während des Ermittlungsverfahrens noch nach Anklageerhebung erhebliche Reaktionen gegenüber der Bundesrepublik Deutschland, aus denen auf eine Gefährdung der auswärtigen Beziehungen geschlossen werden könnte, bekannt wurden. Ein bloßes Abstellen auf ein Kontrolldefizit hinsichtlich einer Exportkontrollnorm wie § 5c Abs. 2 AWV, die in keinem anderen Mitgliedstaat in vergleichbarer Weise existiert, um hieraus die Gefährdungseignung i. S. d. § 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG zu begründen, bliebe im Spekulativen verhaftet und widerspräche dem Gebot der engen Auslegung dieser Vorschrift.
(2) Soweit die Anklage auf die Stellungnahme des BAFA vom 6.2.2008 verweist, reicht dies nicht aus, um einen hinreichenden Tatverdacht einer Gefährdungseignung der Exporte i. S. d. § 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG nachzuweisen.
Aus dem Umstand, dass das BAFA die in Frage stehenden Exporte des Angeschuldigten nicht genehmigt hätte, kann nicht zwangsläufig auf die Gefährdungseignung i. S. d. § 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG geschlossen werden. Nach der Gesetzessystematik ist ein Export ohne die erforderliche Genehmigung nach §§ 5 c Abs. 2 Satz 2, 70 Abs. 1 Nr. 3 AWV, § 33 Abs. 1 AWG eine Ordnungswidrigkeit, die erst unter besonderen Tatumständen - nämlich der Geeignetheit, die Rechtsgüter des § 34 Abs. 2 AWG erheblich zu gefährden - zu einer Straftat hochgestuft wird. Hinzukommt, dass der in § 3 AWG umschriebene Genehmigungsmaßstab mit den Umständen, die den ungenehmigten Export zu einer Straftat qualifizieren, nicht identisch ist. So kann nach § 3 Abs. 1 Satz 2 AWG auch bei einer erheblichen Gefährdung des Schutzzwecks aus dem Gesichtspunkt des überwiegenden volkswirtschaftlichen Interesses eine Genehmigung erfolgen. Andererseits kann eine Genehmigung nach § 3 Abs. 2 AWV von sachlichen oder persönlichen Voraussetzungen, insbesondere der Zuverlässigkeit des Antragstellers, abhängig gemacht werden - Umstände, die in keinem Zusammenhang mit der Eignung stehen, die

auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland erheblich zu gefährden. Zudem ist es systemwidrig, ein gesetzliches strafrechtliches Tatbestandsmerkmal durch eine Verwaltungspraxis des BAFA füllen zu wollen.
(3) Das vorläufige Behördengutachten des Auswärtigen Amts vom 20.3.2007 trägt zur Aufklärung der Gefährdungseignung i. S. d. § 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG nichts bei …
(4) Das endgültige Gutachten des Auswärtigen Amts vom 13.2.2009 ist nicht geeignet, die Gefährdungseignung der Exporte des Angeschuldigten i. S. d. § 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG hinreichend nachzuweisen …
(4.1) Der Verfasser des Gutachtens verkennt bereits seine Aufgabe als Sachverständiger bzw. Zeuge, wenn er mitteilt, seiner Meinung nach seien auf der Grundlage der ihm mitgeteilten Tatsachen sämtliche Handlungen des Angeschuldigten geeignet, die auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland erheblich zu gefährden. Auf diese Rechtsauffassung kommt es nicht an. Holen die Strafverfolgungsbehörden eine Stellungnahme des Auswärtigen Amts zu der in Rede stehenden Frage ein, so ist dieses gehalten, die aufgrund seiner besonderen Sachkunde dort bekannten Tatsachen mitzuteilen, soweit sie für die Beurteilung der Voraussetzungen des § 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG im konkreten Fall relevant sind. Die Erholung eines Rechtsgutachtens ist nicht veranlasst. Es obliegt allein den Strafverfolgungsbehörden und den Gerichten, auf der durch das Auswärtige Amt vermittelten tatsächlichen Grundlage zu prüfen und zu entscheiden, ob die Handlungen des Täters geeignet waren, die auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland erheblich zu gefährden (BGH, Beschluss vom 13.1.2009, Az.: 3 BJs 16/08-4, Rn. 21).
(4.2) Die vom Auswärtigen Amt vertretene Rechtsauffassung zur Auslegung des § 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG widerspricht der dargestellten Rechtsprechung (BGH, Beschluss vom 13.1.2009, Az.: 3 BJs 16/08-4, Rn. 13 ff; KG, Beschluss vom 22.7.2008, Az.: 2 AR 139/05 - 4 Ws 131/07, zit. nach juris, Rn. 23; OLG Hamm, Beschluss vom 12.5.1992, Az.: 3 Ws 212/92, zit. nach juris, 1. Orientierungssatz), der sich der Senat anschließt. Die Auffassung des Auswärtigen Amts stellt an das Vorliegen einer Gefährdungseignung zu geringe Anforderungen und wird dadurch dem Gebot, dieses Merkmal einschränkend auszulegen, nicht gerecht. Auch trägt sie dem Tatbestandsmerkmal der „Erheblichkeit" nicht hinreichend Rechnung (vgl. BVerfG, NJW 1993, 1909/1910; BGH, Beschluss vom 13.1.2009, 3 BJs 16/08-4, Rn. 14; Diemer in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Stand Jan. 2009, § 34 AWG Rn. 18; Bieneck in: Bieneck [Hrsg.], Handbuch AWR, 2. Aufl. [2005], § 29 Rn. 25) …
4. Subjektiver Tatbestand des § 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG
Der subjektive Tatbestand des § 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG erfordert, dass der Angeschuldigte bei jedem einzelnen Exportfall mit zumindest bedingtem Vorsatz hinsichtlich der Eignung gehandelt hat, die auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland erheblich zu gefährden (BGHSt 41, 348/352 zu § 34 Abs. 1 Nr. 3 AWG a. F.; Diemer in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Stand Jan. 2009, § 34 AWG Rn. 27). Nach den Ergebnissen des vorbereitenden Verfahrens ist ein solcher Nachweis nicht wahrscheinlich.
Die Anklage leitet den Vorsatz (S. 428) lediglich aus der allgemeinen Kenntnis des Umstands ab, dass die Bundesrepublik Deutschland im Hinblick auf die Beziehungen zu Israel besonders sensibel agieren müsse und sich durch ein Vollzugsdefizit seiner Exportkontrollvorschriften Vorwürfen einer Mitverantwortung für mögliche militärische Handlungen des Irans ausgesetzt sähe. Dies erscheint schon deshalb zweifelhaft, da - wie ausgeführt - Anhaltspunkte für eine konventionelle Bedrohung Israels durch den Iran und eine wesentliche Steigerung der konventionellen Rüstung des Iran durch die Exporte des

Angeschuldigten fehlen.
5. Keine Strafbarkeit nach § 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG, § 33 Abs. 4 AWG, § 70 Abs. 5a Nr. 1 bis 3 AWV i. V. m. Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 und Abs. 4 Hs. 2 VO (EG) Nr. 1334/2000
6. Versuch nach § 34 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 5 AWG
7. Fahrlässige Tatbegehung nach § 34 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 7 AWG
IV.
Geheimdienstliche Agententätigkeit gem. § 99 Abs. 1 Nr. 1 StGB
Nach dem Ergebnis der vorbereitenden Ermittlungen ist eine Verurteilung des Angeschuldigten wegen geheimdienstlicher Agententätigkeit nach § 99 Abs. 1 Nr. 1 StGB aus tatsächlichen Gründen nicht wahrscheinlich.
Diesen Straftatbestand verwirklicht, wer für den Geheimdienst einer fremden Macht eine geheimdienstliche Tätigkeit gegen die Bundesrepublik Deutschland ausübt, die auf die Mitteilung oder Lieferung von Tatsachen, Gegenständen oder Erkenntnissen gerichtet ist. Ein hinreichender Nachweis, dass der Angeschuldigte für einen Geheimdienst einer fremden Macht (nachfolgend: 1.) zumindest funktional tätig geworden ist (nachfolgend: 2.), ist nicht wahrscheinlich. Schließlich ist die Tätigkeit des Angeschuldigten nicht hinreichend nachweisbar gegen die Bundesrepublik Deutschland gerichtet, da es ihr an der strafrechtlich relevanten Intensität mangelt (nachfolgend: 3.); vorsätzliches Handeln des Angeschuldigten ist nicht wahrscheinlich (nachfolgend: 4.).
Zudem genügt der Anklagesatz nicht den Anforderungen des § 200 Abs. 1 Satz 1 StPO, da er nicht alle gesetzlichen Tatbestandsmerkmale mit inneren und äußeren Vorgängen beschreibt.
1. Geheimdienst einer fremden Macht
a) Der Anklagesatz umschreibt nicht, dass zwischen den auf iranischer Seite an den Exportgeschäften des Angeschuldigten beteiligten Firmen und dem iranischen Geheimdienst (Vezerate Ettelaat Va Amniate Keshwar [VEVAK] = Ministry of Intelligence and Security [MIO]) Verbindungen dahingehend bestehen, dass jene in den Geheimdienst eingegliedert, von diesem gesteuert oder beaufsichtigt werden. Dies ergibt sich auch nicht hinreichend wahrscheinlich aus den Ergebnissen des vorbereitenden Verfahrens…
b) Die Anklage umschreibt vielmehr den Export von - ausgenommen Fall 19, der ein gelistetes Gut betrifft - ungelisteten „Dual-Use-Gütern" unter konspirativen Methoden an Firmen, die sie als staatliche iranische Rüstungsfirmen im Rahmen eines Beschaffungsnetzwerks bezeichnet.
(1) In Fällen, in denen der Exporteur konspirativ ungelistete „Dual-Use-Güter" ausführt, werden die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale des § 99 Abs. 1 Nr. 1 StGB „Geheimdienst einer fremden Macht" und „Ausüben einer geheimdienstlichen Tätigkeit" hinsichtlich eines Ausforschungsinteresses kontrovers diskutiert. Der Senat hält ein solches Ausforschungsinteresse zur Abgrenzung der Strafbestimmungen nach dem AWG zur geheimdienstlichen Agententätigkeit nach § 99 Abs. 1 Nr. 1 StGB für erforderlich. Die Lieferung der jeweiligen Gegenstände muss somit dem Erkenntnisgewinn dienen und darf nicht nur ein Nutzungsinteresse des Empfängerlandes befriedigen (in diesem Sinne BVerfGE 57, 250, 265/266; BGH [3. Strafsenat], NStZ 2007, 93/94 Rn. 3, bestätigt NStZ 2007, 117/118 Rn. 3; BGH [3. Strafsenat], NStZ-RR 2005, 305/306; Thüringisches OLG, Beschluss vom 1.3.2006, Az.: 3 StE 1/06 - 4 (1 - 2), zit. nach juris, dort Rn. 32 ff.; KG, NStZ 2004, 209 Rn. 4; auch Lackner/Kühl, StGB, 26. Aufl. [2007], § 99 Rn. 3; Fischer, StGB, 56. Aufl. [2009], § 99 Rn. 7; Münch-KomStGB/Lampe/Hegmann, 2005, § 99 Rn. 3, 14).

(2) Die Anklage stellt hingegen wesentlich auf konspiratives Beschaffen der Güter ab (auch BGH, [Ermittlungsrichter], NStZ 2006 Rn. 2, 160; Zabeck, NStZ 2008, 668, 672 ff; Schmidt/Wolff, Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 14.7.2005, StB 9/05, NStZ 2006, 161) und fordert eine praxisnahe Auslegung des § 99 StGB. Krisenstaaten seien nach neuerer Entwicklung wesentlich an der Beschaffung militärischer Güter und deren Nutzung interessiert und würden deshalb den Schritt „Informationsgewinnung" überspringen. Die Unterscheidung zwischen Aufklä-rungs- und Nutzungsinteresse sei eine gekünstelte Unterscheidung eines einheitlichen Lebensvorgangs. Zudem läge in der konspirativen Beschaffung immer auch eine Ausforschung der Verhältnisse des Exportlands, dessen Exportkontrollmaßnahmen umgangen werden müssten (sog. offensive Aufklärung), und eine Verschleierung der militärischen Endverwendung im Käuferland (sog. defensive Aufklärung).
(3) Dies vermag aus folgenden Gründen nicht zu überzeugen:
(3.1) Die von der Anklage vorgeschlagene Auslegung vermischt die Anwendungsbereiche der Vorschriften des AWG und des § 99 Abs. 1 Nr. 1 StGB. Für die Abgrenzung ist maßgeblich auf den Regelungszweck bzw. die Schutzgüter der inmitten stehenden Vorschriften abzustellen. Während das AWG verhindern will, dass produktive Vorteile aus dem Güter-, Zahlungs- oder Dienstleistungsverkehr ohne staatliche Kontrolle an das Ausland weitergegeben werden, steht bei § 99 StGB das Interesse der Bundesrepublik Deutschland im Vordergrund, über Informationen, über die sie auf ihrem Territorium verfügt, ungestört durch nachrichtendienstliche Beeinflussung anderer disponieren zu können. Während das AWG das Interesse der Bundesrepublik Deutschland an der Nutzung von Gütern durch Kontrolle und ggf. Strafbewehrung schützen will, stellt § 99 Abs. 1 Nr. 1 StGB auf eine Verhinderung eines konspirativen Informationstransfers ab. Geht es um die Produktnutzung und -ausbeutung, greift das AWG ein, während § 99 Abs. 1 Nr. 1 StGB im Bereich der sog. Wirtschaftsspionage den konspirativen informativen Technologietransfer verhindern will, also die Ausspähung des industriellen Wissens der Bundesrepublik Deutschland und deren Technologievorsprungs. Das Beschaffen von Produkten im Ausland durch eine staatliche Stelle unter Anwendung geheimdiensttypischer Methoden macht die handelnden Stelle nur dann zu einem „Geheimdienst" i. S. des § 99 Abs. 1 Nr. 1 StGB, wenn die beschafften Güter der Gewinnung von technologischen Informationen aus dem Herkunftsland, also dessen Ausforschung, dienen.
(3.2) Die von der Anklage vorgeschlagene Auslegung des § 99 Abs. 1 Nr. 1 StGB widerspricht auch dem erkennbaren Willen des historischen Gesetzgebers. Die Bundesregierung hat hierzu ausgeführt, die Vorschrift wolle einem dringenden rechtspolitischen Bedürfnis Rechnung tragen und bestimmte geheimdienstliche Betätigungen erfassen, die auf die systematische Ausforschung wichtiger Erkenntnisse gerichtet seien (RegE. vom 5.9.1966 eines 8. Strafrechtsänderungsgesetzes, BT-Drucks. 5/898 S. 34).
(3.3) Die vorgeschlagene Auslegung würde den Anwendungsbereich nahezu uferlos erweitern, da sie jeden konspirativen Beschaffungsvorgang umfassen würde. Eine solche Erweiterung des Anwendungsbereichs des § 99 Abs. 1 Nr. 1 StGB würde dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG widersprechen und einen Verstoß gegen das Analogieverbot darstellen. Dies wird besonders deutlich, wenn bereits die Umgehung der gesetzlichen - und damit allgemein bekannt gemachten - Exportkontrollmaßnahmen als sogenannte „offensive Aufklärung" dem Anwendungsbereich des § 99 Abs. 1 Nr. 1 StGB begründen soll. Es mag rechtspolitisch und unter dem Gesichtspunkt der Strafverfolgung wünschenswert sein, den Anwendungsbereich des § 99 Abs. 1 Nr. 1 StGB in der

vorgeschlagenen Weise zu erweitern. Dies kann jedoch gerade im Strafrecht nicht im Wege der erweiternden Gesetzesauslegung erfolgen, sondern bleibt dem Gesetzgeber vorbehalten.
(3.4) Die vorgeschlagene Auslegung erscheint auch in ihrer praktischen Anwendung fraglich. So räumen ihre Vertreter ein, dass die Überlegung, das Interesse an der praktischen Nutzung stehe derart im Vordergrund, dass der Schritt des Informationsinteresses übersprungen werde, fast ausschließlich in Bezug auf Erzeugnisse der Hochtechnologie objektiv zwingend sei. Dies würde die vorgeschlagene Anwendung des § 99 Abs. 1 Nr. 1 StGB wieder einschränken und zudem erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten verursachen, so dass sich dem Senat auch das praktische Erfordernis der vorgeschlagenen Auslegung nicht erschließt.
(3.5) Soweit sich die Anklage schließlich auf ein unveröffentlichtes Urteil des OLG Celle (Urteil vom 7.2.1986, Az.: 6 StE 2/85-2, S. 91) bezieht, wonach sich aus der konspirativen Vorgehensweise des Angeschuldigten dessen geheimdienstliche Tätigkeit ergeben soll, gibt sie dieses Urteil verkürzt wieder. Das OLG Celle hat vielmehr im Anschluss an die von der Anklage zitierte Fundstelle gerade auf den unmittelbaren Erkenntnisgewinn über Angelegenheiten der Bundesrepublik Deutschland, die der dortige Angeklagte vermittelte, abgestellt. Noch deutlicher wird dieser Gesichtspunkt bei der Erörterung einer Strafbarkeit nach § 6 Abs. 2 WiStG (1958), bei der das Gericht ausführt, der Angeklagte habe modernste Technologie und entsprechendes Know-How von erheblichem wissenschaftlichem und materiellen Wert in die DDR geschafft. Das ermöglichte dieser neben der Gewinnung neuer Erkenntnisse über den technologischen Stand des Westens eine Verringerung des technologischen Vorsprungs des Westens, der von wirtschaftlicher und sicherheitspolitischer Bedeutung ist. Damit sind die angeklagten Taten nicht vergleichbar.
(4) Ein erforderliches Ausforschungsinteresse der iranischen Endabnehmer legt der Anklagesatz nicht dar. Nach den Ergebnissen des vorbereitenden Verfahrens ist ein solches Ausforschungsinteresse auch nicht hinreichend wahrscheinlich belegt …
2. Ausüben einer geheimdienstlichen Tätigkeit
Nach den Ergebnissen des vorbereitenden Verfahrens hat der Angeschuldigte mit hinreichender Wahrscheinlichkeit auch keine geheimdienstliche Tätigkeit i. S. d. § 99 Abs. 1 Nr. 1 StGB ausgeübt.
a) Das Tatbestandsmerkmal „Ausüben einer geheimdienstlichen Tätigkeit" umschreibt eine Tätigkeit, die nach ihrem äußeren Erscheinungsbild für die Arbeit von Agenten und anderen Hilfspersonen solcher Dienste, die für spezifisch nachrichtendienstliche Zwecke eingesetzt werden, kennzeichnend ist. Heimlichkeit und konspirative Methoden sind hierbei die Regel, jedoch nicht unbedingte Voraussetzungen (BGHSt 24, 369/372; Thüringisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 1.3.2006, Az.: 3 StE 1/06 - 4 (1 - 2), zit. nach juris, Rn. 38).
Von einer solchen Tätigkeit geht die Anklage nicht aus. Sie ergibt sich auch nicht nach Aktenlage.
b) Nach der Rechtsprechung sowohl des BVerfG (BVerfGE 57, 250/267) als auch des BGH (BGHSt 24, 369, 372/373; 42, 215/217; 43, 1/5) übt aber auch derjenige eine geheimdienstliche Tätigkeit aus, der sich, wenn auch nicht förmlich, so doch funktionell in den Geheimdienst einer fremden Macht und dessen Bestrebungen eingliedert. Entscheidend ist insoweit, ob Art und Maß der sich in die nachrichtendienstlichen Bestrebungen einordnenden Mitarbeit aus der Sicht eines objektiven Beobachters die Bedeutung haben, dass der Täter sich durch aktives Tun zur Mitwirkung an der

Erforschungs- und Sammeltätigkeit des Geheimdienstes auf dessen Seite schlägt.
Dies ist anhand einer Gesamtbetrachtung des Verhaltens des Angeschuldigten zu beurteilen. Hierbei haben folgende Gesichtspunkte indizielle Wirkung: Ob sich der Umfang der Unterstützungshandlung auf das in der jeweiligen Situation Notwendige beschränkt oder ob er bereitwillig darüber hinausgeht, gar bestrebt ist, sich dem fremden Geheimdienst soweit wie nur irgend möglich nutzbar zu machen; die Dauerhaftigkeit der Betätigung für den fremden Geheimdienst, die Häufigkeit des Kontakts, das Bestehen einer Beziehung oder Verbindung.
Unter Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte umschreibt der Anklagesatz auch keine „funktionelle" geheimdienstliche Tätigkeit …
In welcher Beziehung oder Verbindung der Angeschuldigte im Einzelnen zu den so bezeichneten iranischen Rüstungsfirmen stand, legt der Anklagesatz nicht dar. Eine auf Dauer angelegte Beziehung im Sinne eines „Im-Dienst-Stehen" wird nicht beschrieben.
c) Nach dem Ergebnis der Ermittlungen ist eine solche funktionelle Eingliederung des Angeschuldigten auch nicht hinreichend wahrscheinlich.
(1) Die Ermittlungsergebnisse geben kein hinreichend sicheres Bild über die Organisation des staatlichen iranischen Beschaffungswesens im Bereich der konventionellen Rüstung. Bloße Hinweise auf Internetseiten wie z. B. www.w...org oder www.g...org sind wenig aussagekräftig. Die Erkenntnisquellen des BND, auf dessen Stellungnahmen sich die Anklage stützt, bleiben im Dunklen (vgl. hierzu auch Thüringisches OLG, Beschluss vom 1.3.2006, Az.: 3 StE 1/06 - 4 (1 - 2), zit. nach juris, Rn. 27).
(2) Gegen eine funktionelle Eingliederung des Angeschuldigten spricht auch, dass sich dieser mit dem Regime des Irans nicht identifiziert hat …
(3) Der Angeschuldigte wurde jeweils erst aufgrund von konkreten Anfragen aus dem Iran tätig. Aktivitäten des Angeschuldigten, die über seine Rolle als Verkäufer und über das zur Umgehung der Exportkontrolle Erforderliche hinausgingen, weist weder die Anklage nach, noch ergeben sich diese aus den Akten.
(4) Die Anklage geht davon aus, dass der Angeschuldigte seine geschäftliche Tätigkeit ganz in den Dienst der D. gestellt und ausschließlich staatliche iranische Betriebe beliefert habe und leitet hieraus dessen funktionelle Eingliederung in einen fremden Geheimdienst ab. Sie setzt sich aber nicht damit auseinander, ob nach den tatsächlichen Gegebenheiten aufgrund des vorherrschenden Wirtschaftssystems im Tatzeitraum überhaupt ein Handel mit privaten Firmen im Iran möglich gewesen wäre. Keine Berücksichtigung findet auch, dass der Angeschuldigte, die staatlichen Betriebe möglicherweise als zahlungskräftigere, verlässlichere Vertragspartner vorgezogen hat …
(5) Soweit die Anklage aus dem Umstand, dass der Angeschuldigte sich mehrfach zur Kontaktpflege in den Iran begeben hat, ableitet, er habe sich deren Belange zu Eigen gemacht und unterscheide sich nicht von einem im Ausland agierenden Agenten, der sich hin und wieder in den Machtbereich seiner Auftraggeber begebe, um sich dort neu instruieren zu lassen, handelt es sich um eher fernliegende Vermutungen, da sich der Angeschuldigte mit dem iranischen Regime nicht identifizierte.
(6) Soweit die Anklage aus dem Aufwand konspirativen Verhaltens des Angeschuldigten die Ausübung einer geheimdienstlichen Tätigkeit ableitet, setzt sie sich nicht mit der Frage auseinander, ob dieses Verhalten bereits aus anderen Gesichtspunkten erklärt werden kann (vgl. BGH NStZ 2007, 93/94 Rn. 4; 117/118 Rn. 3).
Näher liegt es vielmehr, dass der Angeschuldigte die Hersteller der exportierten Güter über den Endempfänger und diese über die Produzenten im Unklaren lassen wollte, um „im Geschäft" zu bleiben und einen direkten Kontakt zwischen beiden zu verhindern. Auch mit

der Möglichkeit, dass der Angeschuldigte gehandelt hat, um die Exportkontrolle zu umgehen, setzt sich die Anklage nicht auseinander. Geheimes Verhalten ist nicht zwangsläufig identisch mit geheimdienstlichem Verhalten.
(7) Selbst wenn der Angeschuldigte und die von ihm geführten Firmen, was dem Schweigen der Anklage zu einer sonstigen Erwerbstätigkeit des Angeschuldigten entnommen werden könnte, im Tatzeitraum keine andere Erwerbstätigkeit entfaltet hätten, hat dies allenfalls indizielle Bedeutung. Denn die dann unter Umständen gegebene wirtschaftliche Abhängigkeit des Angeschuldigten von den fraglichen Exportlieferungen in den Iran ist nicht ohne weiteres gleichbedeutend mit dem vom Tatbestand geforderten „Im-Dienst-Stehen".
3. Gegen die Bundesrepublik Deutschland gerichtet
Die Anklage legt auch nicht hinreichend dar, dass die geheimdienstliche Tätigkeit des Angeschuldigten, so sie als solche zu qualifizieren wäre, sich gegen die Bundesrepublik Deutschland gerichtet hat. Dies ist nach den Ergebnissen des vorbereitenden Verfahrens auch nicht hinreichend wahrscheinlich.
a) § 99 Abs. 1 Nr. 1 StGB wurde durch den Gesetzgeber bewusst weit gefasst, um alle nachrichtendienstlichen Bestrebungen zu erfassen, gleichgültig, ob sie unmittelbar oder mittelbar deutsche Interessen gefährden, ob sie auf die Abklärung politischer, wirtschaftlicher oder technischer Verhältnisse abzielen, im Ausland oder Inland begangen werden oder ob sie direkt oder lediglich vorbereitend oder unterstützend für die Beschaffung der in § 99 Abs. 1 Nr. 1 StGB genannten Schutzgüter ausgeübt werden. Stets muss die Tätigkeit jedoch deutsche Belange mit einer strafrechtlich relevanten Intensität berühren, wobei allerdings eine konkrete Gefährdung nicht erforderlich ist, vielmehr eine abstrakte ausreicht (BGH [Ermittlungsrichter], NStZ 2006, 160 Rn. 5). Ist jede Tätigkeit für einen fremden Dienst an sich und als solche im tatbestandsmäßigen Sinne gefährlich, so bedarf es bei dem Tatbestandsmerkmal „gegen die Bundesrepublik Deutschland" einer Erheblichkeitsschranke, die dem Staatsschutzdelikt seinen Sinngehalt belässt (Mü-KommStGB/Lampe/Hegmann, 2005, § 99 Rn. 16, 19). Die Grenzziehung hinsichtlich der erforderlichen Intensität wird unterschiedlich gesehen (zu einer weiten Auslegung neigend: BVerfG, Beschluss vom 26.5.1981, Az.: 2 BvR 215/81, zit. nach juris, dort Rn. 46; BGHSt 32, 104/107; den Tatbestand begrenzend: Sonderausschuss für die Strafrechtsreform, BT-Drucks. 5/2860, S. 23).
Da im vorliegenden Fall die Tatbestandsverwirklichung des § 99 Abs. 1 Nr. 1 StGB durch den konspirativen Export von „Dual-Use-Gütern" erfolgt sein soll, ist wegen der dargestellten Gesetzessystematik und zur Vermeidung einer Vermischung der Straftatbestände nach dem AWG mit dem Anwendungsbereich des § 99 Abs. 1 Nr. 1 StGB der Gesichtspunkt der „strafrechtlich relevanten Intensität" von besonderer Bedeutung.
b) Zu dieser Erheblichkeitsschranke enthält der Anklagesatz keinerlei Ausführungen. Im „Wesentlichen Ergebnis der Ermittlungen" findet sich lediglich der Hinweis, es sei anerkannt, dass die Interessen der Bundesrepublik Deutschland nicht nur durch die Ausforschung rein staatlicher Angelegenheiten, sondern auch durch die Ausspähung der Interessen der Gesamtheit unter Einschluss der Bereiche Wissenschaft, Technik und Wirtschaft betroffen sein können. Eine Darlegung der strafrechtlich relevanten Intensität der Beeinträchtigung der Interessen der Bundesrepublik Deutschland fehlt, so dass dieser Gesichtspunkt nicht überprüft werden kann. Die Anklage wird insoweit auch ihrer Informationsfunktion nicht gerecht.
Erforderlich ist hier - wie bei der Feststellung des Ausforschungsinteresses und der Frage, ob der Angeschuldigte eine geheimdienstliche Tätigkeit ausgeübt hat - eine

Einzelfallabwägung bei jedem Export. Zwar stellt § 99 Abs. 1 Nr. 1 StGB bei einer Mehrzahl von Einzeltätigkeiten regelmäßig eine tatbestandliche Handlungseinheit dar (BGHSt 42, 215/217; 43,1/4), was für die Erforderlichkeit einer Gesamtbetrachtung spräche. Dies setzt jedoch voraus, dass diese „Teilakte" von einem fortdauernden Willen zur Zusammenarbeit getragen werden (arg. „ausübt"). Die Anklage geht jedoch davon aus, dass der Angeschuldigte jeweils neu - teilweise von verschiedenen Firmen - mit der Beschaffung von Gütern beauftragt wurde.

4. Subjektiver Tatbestand

Der Anklagesatz enthält hinsichtlich der Verwirklichung des subjektiven Tatbestandes des § 99 Abs. 1 Nr. 1 StGB keine Angaben.

Da der Angeschuldigte nach dem Anklagesatz gehandelt haben soll, um die bestehenden Exportkontrollbeschränkungen einfacher umgehen zu können, ist auch ein bedingter Vorsatz, der für die Verwirklichung der inneren Tatseite des § 99 Abs. 1 Nr. 1 StGB genügen würde (BGH, NStZ 1983, 550), nicht hinreichend wahrscheinlich.

V.

Gesamtwürdigung

VI.

Fehlende Bundesgerichtsbarkeit

1. Das Oberlandesgericht ist zur Aburteilung der dem Angeschuldigten zur Last gelegten Straftaten nach § 120 Abs. 1 Nr. 3, § 142a Abs. 1 GVG nicht zuständig. Ein hinreichender Verdacht einer Strafbarkeit nach § 99 Abs. 1 Nr. 1 StGB besteht nicht. Damit entfällt auch eine Zuständigkeit des Senats für eine Entscheidung über eine Strafbarkeit des Angeschuldigten nach dem AWG (vgl. BGHSt 29, 341 für den Fall der Beschränkung einer Anklage auf Straftaten, die eine erstinstanzliche Zuständigkeit nicht begründen), soweit diese mit § 99 Abs. 1 Nr. 1 StGB eine prozessuale Tat i. S. d. § 264 StPO bilden (vgl. BGH NStZ 2007,117/118 Rn. 6).

2. Darüber hinaus fehlt es an den Voraussetzungen der Bundesgerichtsbarkeit (§ 120 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 lit. a GVG), soweit die Anklage dem Angeschuldigten Verstöße gegen das AWG zur Last legt.

a) Im Rahmen der Eröffnungsentscheidung nach § 203 StPO i. V. m. § 207 StPO hat der Senat von Amts wegen seine örtliche und sachliche Zuständigkeit zu prüfen; dies gilt auch für § 120 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 lit. a GVG. Bei fehlender sachlicher Zuständigkeit muss der Senat in der Eröffnungsentscheidung die Sache vor das sachlich zuständige Gericht bringen (§ 209 Abs. 1 StPO analog, § 120 Abs. 2 Satz 2 GVG; BGHSt 46, 238/246; Bay-ObLG StV 1987, 392; Meyer-Goßner, StPO, 51. Aufl. [2008], § 209 Rn. 2).

b) Nach § 120 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 lit. a GVG sind die Oberlandesgerichte für die Verhandlung und Entscheidung im ersten Rechtszug zuständig bei Strafsachen nach dem Außenwirtschaftsgesetz, wenn die Tat nach den Umständen geeignet ist, die auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland erheblich zu gefährden und der Generalbundesanwalt wegen der besonderen Bedeutung des Falles die Verfolgung übernimmt (Evokation).

Bei der Auslegung dieser die sachliche Zuständigkeit des Oberlandesgerichts begründenden Norm, sind folgende Gesichtspunkte zu beachten:

(1) § 120 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 lit. a GVG ist restriktiv auszulegen. Das Grundgesetz geht von einer grundsätzlichen Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern dahingehend aus, dass die (Straf-)Justiz Sache der Länder ist. Dies gilt insbesondere auch für die Verfolgung von Verstößen gegen das Außenwirtschaftsgesetz, die nach § 74c Abs. 1 Nr. 3 GVG in die Zuständigkeit der Wirtschaftsstrafkammern fallen, die bei den Landgerichten

der Länder errichtet sind.
Die Evokationsmöglichkeit des Generalbundesanwalts nach § 120 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 lit. a GVG ermöglicht es diesem, unter bestimmten Voraussetzungen ausnahmsweise in die grundsätzlich zugunsten der Ländergerichtsbarkeit streitende Zuständigkeitsverteilung des Grundgesetzes einzugreifen. Der Ausnahmecharakter des § 120 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 lit. a GVG verbunden mit dem Erfordernis, eine Aushöhlung der grundsätzlichen Landeszuständigkeit auch zur Wahrung des Gebots des gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) zu verhindern, erfordert eine restriktive Handhabung der Evokation.
(2) Die Ausübung des Evokationsrechts darf nicht zu einem Wertungswiderspruch zwischen § 120 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 und dessen Nr. 4 lit. a GVG führen. Bei den in § 120 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GVG genannten Fällen darf der Generalbundesanwalt die Verfolgung nur übernehmen, wenn die Tat nach den Umständen „bestimmt und geeignet ist", den Bestand oder die äußere und innere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland zu beeinträchtigen (lit. a), Verfassungsgrundsätze zu beseitigen, außer Geltung zu setzen oder zu untergraben (lit. b) oder die Sicherheit der in der Bundesrepublik Deutschland stationierten Truppen des Nordatlantik-Pakts oder seiner nichtdeutschen Vertragsstaaten zu beeinträchtigen (lit. c). Obwohl die den Anlasstaten des § 120 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GVG zugrunde liegenden Rechtsgüter erkennbar höher zu veranschlagen sind als Straftaten gegen das Außenwirtschaftsgesetz in § 120 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 lit. a GVG , lässt es diese Vorschrift als Voraussetzung der Evokation genügen, dass die Tat nach den Umständen „geeignet" ist, die äußere Sicherheit oder die auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland erheblich zu gefährden, während § 120 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 lit. b GVG wiederum fordert, dass die Anlasstat „bestimmt und geeignet" ist, das friedliche Zusammenleben der Völker zu stören.
Diese unterschiedlichen Anforderungen an eine Evokationsmöglichkeit bedürfen vor dem Hintergrund der grundsätzlichen Zuständigkeit der Ländergerichtsbarkeit einer harmonisierenden verfassungskonformen Auslegung. Bei Anlasstaten aufgrund Zuwiderhandlungen gegen weniger hoch zu veranschlagende Schutzgüter - wie etwa den störungsfreien Ablauf des Außenwirtschaftsverkehrs - dürfen die Evokationsvoraussetzungen nicht geringer sein als bei Anlasstaten aufgrund von Zuwiderhandlungen gegen Rechtsgüter, die - wie der Schutz des Lebens bei einer Straftat des Mordes - hohen verfassungsmäßigen Rang haben. Nach § 120 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 lit. a GVG kann der Generalbundesanwalt die Verfolgung von Verstößen gegen das Außenwirtschaftsgesetz deshalb nur dann übernehmen, wenn die Umstände der Tat „bestimmt und geeignet" waren, die auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland „erheblich" zu gefährden. Für die Auslegung des Begriffs der „auswärtigen Beziehungen" und das Moment der „Erheblichkeit" gelten die obigen Ausführungen zu § 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG entsprechend.
(3) Eine Evokation nach § 120 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 lit. a GVG erfordert ferner, dass dem Fall besondere Bedeutung zukommt. Eine solche liegt nur vor, wenn ein staatsgefährdendes Delikt von erheblichem Gewicht inmitten steht, das den Gesamtstaat in einer derart spezifischen Weise angreift, dass ein Einschreiten des Generalbundesanwalts und eine Aburteilung durch ein Bundesgerichtsbarkeit ausübendes Gericht geboten ist. An die Bejahung einer besonderen Bedeutung sind strenge Anforderungen zu stellen, weil durch die Übernahmeerklärung nicht nur der gesetzliche Richter (Art. 101 GG) bestimmt, sondern auch in die verfassungsrechtliche Kompetenzverteilung zwischen Bund und Länder eingegriffen wird. Erforderlich ist eine Gesamtwürdigung der Tat- und Schuldschwere, d. h. der Umstände und Auswirkungen der

Tat unter besonderer Berücksichtigung des Gewichts des Angriffs auf das jeweils betroffene Rechtsgut des Staates (BGH, Beschluss vom 13.1.2009, Az.: 3 BJs 16/08-4, Rn. 33 ff.; BGH, NStZ 2008, 146/147 Rn. 6; KK-Hannich, StPO, 6. Aufl. [2008], § 120 GVG Rn. 3; vgl. auch Nehm, Die Zuständigkeit des Generalbundesanwalts für die Verfolgung extremistischer Einzeltäter, 2002, S. 22/23).
Bei der Beantwortung der Frage, ob dem Fall eine besondere Bedeutung zukommt, steht dem Generalbundesanwalt kein Beurteilungsspielraum zu, der gerichtlicher Nachprüfung entzogen wäre. Das gesetzliche Zuständigkeitsmerkmal der besonderen Bedeutung des Falls unterliegt als unbestimmter Rechtsbegriff der Nachprüfung der Gerichte (BGHSt 46, 238, 254/255).
Vorliegend wäre eine solche besondere Bedeutung des Falles 19 der Anklage nur zu bejahen, wenn er sich einerseits deutlich aus vergleichbaren Durchschnittsfällen herausheben und erhebliche negative Auswirkungen auf das Erscheinungsbild der Bundesrepublik Deutschland, insbesondere auf die außen- und wirtschaftspolitischen Belange des Staates, haben würde (vgl. BGH, NStZ 2002, 447/448 Rn. 6/7).
(4) Da das Oberlandesgericht bei der Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens seine Zuständigkeit von Amts wegen zu prüfen hat, ist es erforderlich, dass die Anklageschrift die Gesichtspunkte mitteilt, die für die Ausübung des Evokationsrechts durch den Generalbundesanwalt ausschlaggebend waren.
c) Diesen Anforderungen genügt die Begründung für die Ausübung des Evokationsrechtsnicht …
Dass es sich bei der Anklage um staatsgefährdende Delikte von erheblichem Gewicht handelt, wird nicht behauptet. Die Gutachten des Auswärtigen Amts sind aus den dargelegten Gründen nicht geeignet, eine erhebliche Gefährdung der auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland schlüssig darzulegen. Auch die dem verbleibenden Delikt - Fall 19 der Anklage - innewohnenden oder es begleitenden Umstände rechtfertigen eine Verfolgung durch die Strafgerichtsbarkeit des Bundes nicht. Die konspirative Vorgehensweise des Angeschuldigten diente nicht ausschließbar der Umgehung der deutschen Exportkontrolle und ist somit für die Tatbestandsverwirklichung typisch (vgl. BGH, Beschluss vom 20.12.2007, Az.: StB 12/07, StB 13/07, StB 47/07 zit. nach juris, Rn. 26 für das konspirative Vorgehen der Mitglieder einer kriminellen Vereinigung). Der Ermittlungsaufwand als solcher, insbesondere im Ausland, geht nicht über denjenigen hinaus, der üblicherweise von den Strafkammern des Landgerichts bewältigt werden kann.
Im Übrigen fehlt jegliche Tatsachenfeststellung, in welcher Verbindung der Iran zu denjenigen Staaten steht, die an dem angeklagten Export Anstoß nehmen könnten und wie diese ggf. reagieren könnten oder haben. Ohne diese Darstellung kann das Oberlandegericht aber nicht nachprüfen, ob überhaupt eine Beziehung zwischen dem Exportverstoß einerseits und der Stellung der Bundesrepublik Deutschland im internationalen Beziehungsgeflecht andererseits besteht oder nicht. Es wäre ferner darzulegen gewesen, welche Zwecke der strafbewehrten deutschen Exportkontrolle, die, wie ausgeführt, in Europa singulär geblieben ist, zugrunde liegen und in welchem Verhältnis diese zu den Interessen möglicherweise betroffener Drittstaaten stehen.
d) Obschon im Fall 19 der Anklage hinreichender Tatverdacht für eine Strafbarkeit desAngeschuldigten nach § 34 Abs. 1 Nr. AWG bestehen könnte, konnte der Senat dasHauptverfahren nicht vor dem zuständigen Gericht des Landes eröffnen, da § 34 Abs. 1Nr. 1 AWG wegen Verstoßes gegen vorrangiges Gemeinschaftsrecht keine strafrechtlicheWirkung entfaltet.

e) Schließlich ist das Oberlandesgericht zur Aburteilung möglicher Ordnungswidrigkeiten nach dem AWG unzuständig, da § 120 Abs. 2 Nr. 4 lit. a GVG die Bundesgerichtsbarkeit nur für Straftaten begründet.

VII.

Nebenentscheidungen

...

Zitiervorschlag:

OLG München Beschl. v. 19.3.2009 – 6 St 10/08, BeckRS 2009, 11745

BeckRS 2009, 3917

BGH, Urteil vom 19.09.2008 - V ZR 28/08

Titel:

Nachbarausgleich für Bergbaubeeinträchtigung - Enteignungsentschädigung

Normenketten:

GG Art. 14 I 2

BGB § 906 II 1

BBergG §§ 9 I, 114 ff.

Amtlicher Leitsatz:

1. Wird durch Erschütterungen der Erdoberfläche, die durch untertägigen Bergbau hervorgerufen werden, die ortsübliche Benutzung eines Grundstücks oder dessen Ertrag über das zumutbare Maß hinaus beeinträchtigt, kommt ein Ausgleichsanspruch des Eigentümers gegen den Bergbauberechtigten, der aufgrund des ihm verliehenen Bergwerkseigentums tätig wird, nach § 906 II 2 BGB in Betracht; diese Vorschrift wird nicht durch die Bergschadenshaftung (§§ 114 ff. BBergG) verdrängt. (amtlicher Leitsatz)

Rechtsgebiete:

Verwaltungsverfahren und -prozess, Sonstiges Bürgerliches Recht, Miet- und Wohn-, Leasing-, Pachtrecht

Schlagworte:

Nachbarrechtlicher Ausgleichsanspruch, Erschütterungen durch Bergbau

Fundstellen:

BGHZ 178, 90

DWW 2009, 71

LMK 2009, 280109 (m. Anm. Professor Dr. Herbert Roth)

LSK 2009, 090312

MDR 2009, 381 (Ls.)

NJW 2009, 762

NuR 2009, 217

NVwZ 2009, 608

NZM 2009, 134

VersR 2009, 792

WM 2009, 568

ZfS 2009, 316 (m. Anm. Heinz Diehl)

Rechtskraft:

rechtskräftig

KI-generierte Zusammenfassung:
Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass ein Ausgleichsanspruch des Eigentümers gegen den Bergbauberechtigten nach § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB in Betracht kommt, wenn durch untertägigen Bergbau hervorgerufene Erschütterungen die ortsübliche Benutzung eines Grundstücks oder dessen Ertrag über das zumutbare Maß hinaus beeinträchtigen, und dass dieser Anspruch nicht durch die Bergschadenshaftung nach §§ 114 ff. BBergG verdrängt wird.
In den Entscheidungsgründen führt der BGH aus, dass die Anwendbarkeit von § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB nicht daran scheitert, dass die Erschütterungen vom Bergwerkseigentum der Beklagten ausgehen. Das Bergwerkseigentum wird als ein dem Grundstückseigentum vergleichbares Recht angesehen, das ein vertikales nachbarliches Gemeinschaftsverhältnis begründet, in dem der Ausgleichsanspruch nach § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB originär anwendbar ist. Der BGH stellt klar, dass der Ausgleichsanspruch nicht subsidiär ist und nicht generell hinter andere Ansprüche zurücktritt. Er wird auch nicht durch die Bergschadenshaftung verdrängt, da die §§ 114 ff. BBergG keine abschließende Regelung für alle Beeinträchtigungen darstellen. Der Ausgleich ist nach den Grundsätzen der Enteignungsentschädigung zu bemessen und umfasst nur den unzumutbaren Teil der Beeinträchtigung. Die Beurteilung der Unzumutbarkeit richtet sich nach dem Empfinden eines verständigen durchschnittlichen Benutzers des Grundstücks.

BUNDESGERICHTSHOF
IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL
Verkündet am: 19. September 2008
Weschenfelder, Justizhauptsekretärin als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle
V ZR 28/08
in dem Rechtsstreit
Nachschlagewerk: ja
BGHZ:ja
BGHR:ja
BGH, Urteil vom 19. September 2008 - V ZR 28/08 - LG Saarbrücken
AG Lebach
Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. September 2008 durch die Richter Dr. Klein, Dr. Lemke und Dr. Schmidt-Räntsch, die Richterin Dr. Stresemann und den Richter Dr. Czub
für Recht erkannt:
Auf die Revision des Klägers wird das Urteil der 11. Zivilkammer des Landgerichts Saarbrücken vom 17. Januar 2008 aufgehoben.
Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.
Von Rechts wegen
Tatbestand:

1 Dem Kläger und seiner Lebensgefährtin gehört ein Grundstück in L. (Saarland). Auf dem Grundstück wurde Mitte des 19. Jahrhunderts ein Wohnhaus als

Südwestdeutsches Bauernhaus errichtet. Das Haus ist grundlegend saniert. Es wird von dem Kläger und seiner Lebensgefährtin bewohnt. An den Innen- und Außenwänden und an den Bodenbelägen des Hauses bildeten sich seit dem Jahr 2001 Risse, die auf den Bergbau zurückzuführen sind, den die Beklagte in der Gegend betreibt. Die Beklagte erkannte die Risse als Bergschäden an und ließ sie fortlaufend beseitigen. Sie ordnete das Gebäude in die höchste Schadensempfindlichkeitskategorie ein; solche Häuser können ab einer Schwingungsgeschwindigkeit von 3 mm/sek. beschädigt werden.

2 Seit dem Ende des Jahres 2000 traten in L.Erderschütterungen auf, die ebenfalls auf den Bergbau der Beklagten zurückgehen. Im Jahr 2005 wurden 59 Erschütterungen von ein bis drei Sekunden Dauer, einer Stärke zwischen 1,9 bis 3,7 auf der Richterskala und einer Schwingungsgeschwindigkeit bis zu 30 mm/sek. registriert. Der Wert von 5 mm/sek. wurde dabei insgesamt zehnmal erreicht oder überschritten. Im Februar und März 2006 wurden bei weiteren bergbaubedingten Erschütterungen Schwingungsgeschwindigkeiten von 71,28 mm/sek., 61,16 mm/sek. und 56,56 mm/sek. gemessen.

3 Mit der Behauptung, durch die Erschütterungen sei die Nutzungsmöglichkeit des Hauses stark eingeschränkt und die Lebens- und Wohnqualität in unzumutbarer Weise beeinträchtigt, verlangt der Kläger - gestützt auf einen Ausgleichsanspruch nach § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB - von der Beklagten aus eigenem und von seiner Lebensgefährtin abgetretenem Recht Zahlung von 2.600 € nebst Zinsen für die Zeit von Januar 2005 bis Januar 2006, hilfsweise bis April 2006. Dabei geht er davon aus, dass der fiktive Mietwert des Gebäudes um monatlich 200 € gemindert sei.

4 Das Amtsgericht hat der Klage in Höhe von 1.100 € nebst Zinsen stattgegeben. Das Landgericht, dessen Entscheidung in ZfB 2008, 77 ff. abgedruckt ist, hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen und auf die Berufung der Beklagten die Klage vollständig abgewiesen. Mit der von dem Landgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Klageantrag weiter. Die Beklagte beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels. Entscheidungsgründe: I.

5 Das Berufungsgericht verneint den geltend gemachten Anspruch. Es meint, die durch den untertägigen Bergbau verursachten Erschütterungen gingen nicht von einem anderen Grundstück im Sinne von § 906 Abs. 1 Satz 1 BGB aus. Zudem sei der Ausgleichsanspruch nach § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB subsidiär. Er scheide aus, soweit andere gesetzliche Bestimmungen den Sachverhalt abschließend regelten. So sei es hier. §§ 114 ff. BBergG enthielten eine § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB verdrängende Sonderregelung. Die dem Bergwerkseigentum mit der zwangsläufigen Folge übertägiger Einwirkungen innewohnende Berechtigung zur Bodenschatzgewinnung begründe eine die Ansprüche aus §§ 903 ff. BGB grundsätzlich ausschließende Duldungspflicht des Grundstückseigentümers.

II.

6 Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Der von dem Kläger geltend gemachte Ausgleichsanspruch aus § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB kann bestehen.

7 1. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts scheitert ein Anspruch des Klägers aus § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB nicht schon daran, dass die Erschütterungen nicht von einem anderen Grundstück, sondern von dem Bergwerkseigentum der Beklagten ausgehen.

8 a) Die Anwendbarkeit der Vorschrift auf Bergwerkseigentum folgt allerdings, insoweit ist der Beklagten Recht zu geben, nicht schon daraus, dass auf das

Bergwerkseigentum nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 BBergG oder, wenn es sich bei dem Bergwerkseigentum der Beklagten um ein Recht aus der Zeit vor dem Inkrafttreten des Bundesberggesetzes handelt, nach § 149 Abs. 1 Nr. 1 BBergG i.V.m. dieser Vorschrift die für Grundstücke geltenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechend anzuwenden sind, soweit das Bundesberggesetz nichts anderes bestimmt. Diese Art der Verweisung wird dann eingesetzt, wenn der Bezugstext nicht wörtlich zum Regelungsgegenstand der Verweisungsnorm passt und in der Ausgangsnorm die Notwendigkeit einer die Unterschiede zwischen der in der Verweisungsnorm behandelten und der in den in Bezug genommenen Normen behandelten Materie bedenkenden Anwendung zum Ausdruck gebracht werden soll (Bundesministerium der Justiz, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 2. Aufl., aaO, Rdn. 220). Eine in diesem Sinne entsprechende Anwendung kann deshalb dazu führen, dass einzelne der formal in Bezug genommenen Vorschriften nicht anzuwenden sind, weil sie sich nicht sachgerecht in den Regelungszusammenhang der Verweisungsnorm einfügen lassen.

9 b) Bei der Prüfung dieser Frage ist zu berücksichtigen, dass das Bergwerkseigentum als eine der Beleihung zugängliche Erweiterung der nicht beleihbaren Bewilligung nach § 8 Abs. 1 BBergG konzipiert ist (Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 8 Rdn. 1). Die in § 9 BBergG enthaltene Verweisung auf das Grundstücksrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs hat allein den Zweck, die Beleih- und Belastbarkeit der Bewilligung im Wege der Aufwertung zu einem grundstücksgleichen Recht herbeizuführen (Begründung des Entwurfs eines Bundesberggesetzes, BT-Drucks. 8/1315 S. 86). Hierin erschöpft sich die Bedeutung der Verweisung. Im Übrigen entsprechen der Inhalt des Bergwerkseigentums und die dem Bergwerkseigentümer zustehenden Rechte und Pflichten gegenüber seinen Nachbarn, insbesondere gegenüber den Eigentümern der über dem Bergwerkseigentum befindlichen Grundstücke, denen des Inhabers einer Bewilligung. Für diese gilt die Vorschrift in § 8 Abs. 2 BBergG, die aber nicht auf die für Grundstücke geltenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetz- buchs, sondern auf die Ansprüche aus dem Eigentum nach bürgerlichem Recht verweist. § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB gilt deshalb für Erschütterungen, die von einem Bergwerkseigentum ausgehen, nur, wenn er zu diesen "Ansprüchen" gehört.

10 c) Das ist der Fall. Die in § 8 Abs. 2 BBergG verwendete Formulierung "Ansprüche aus dem Eigentum" spricht zwar nach ihrem Wortsinn nur die Regelungen von §§ 985 bis 1007 BGB an (vgl. Boldt/Weller, BBergG, § 8 Rdn. 4; Piens/Schulte/Graf Vitzthum, aaO, § 8 Rdn. 2). Zweck und systematische Stellung von § 8 Abs. 2 BBergG führen aber zu einer erweiternden Auslegung der Vorschrift, die auch § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB umfasst.

11 aa) Der Gesetzgeber ist bei der Schaffung der Berechtigung nach § 8 BBergG und des Bergwerkeigentums nach § 9 BBergG konzeptionell von dem früheren Bergwerkseigentum ausgegangen, das zwar auf einer hoheitlichen Verleihung beruhte, begrifflich aber dem sachenrechtlichen (Grund-) Eigentum gleichgestellt war (BGHZ 53, 226, 233). Diese Gleichstellung geht nach dem Bundesberggesetz bei dem Bergwerkseigentum zwar inhaltlich weiter als bei der bergrechtlichen Bewilligung. Das ändert aber nichts daran, dass, von der nur bei dem Bergwerkseigentum möglichen Beleihung und Belastung abgesehen, Bergwerkseigentümer und Bewilligungsinhaber bezogen auf ihre Abbaubefugnis eine dem Grundstückseigentümer vergleichbare Rechtsstellung erhalten sollten.

1 bb) Bei der Beschreibung dieser Rechtsstellung in § 8 Abs. 2 BBergG hat sich der
2 Gesetzgeber zwar auf eine Verweisung auf die Ansprüche aus dem Eigentum beschränkt. Der Verzicht auf die Regelung der diesen Ansprüchen sachlich korrespondierenden Duldungspflichten insbesondere der Eigentümer der über dem Bergwerkseigentum befindlichen Grundstücke beruht auf der Ü- berlegung, dass sich diese aus dem Ausschließlichkeitscharakter der Bewilligung ergeben (Entwurfsbegründung, BT-Drucks. 8/1315 S. 86). Wie nach früherem Recht (dazu: BGHZ 53, 226, 233; 63, 234, 237; RGZ 98, 79, 82 f.) soll sich deshalb aus dem in § 7 Abs. 1 BBergG allein geregelten ausschließlichen Recht zum Abbau derjenigen Bodenschätze, für die die Abbaubewilligung oder das Bergwerkseigentum verliehen worden ist, die Pflicht der Eigentümer der Grundstücke auf dem darüber liegenden Gebirge ergeben, alle nachteiligen Einwirkungen des Abbaus auf ihre Grundstücke, selbst deren völlige Entwertung (BGHZ 53, 226 233; RGZ 98, 79, 84), hinzunehmen. Funktionell ersetzt der so verstandene Ausschließlichkeitscharakter von Bewilligung und Bergwerkseigentum die im horizontalen Grundstücksnachbarverhältnis bestehenden, in den §§ 904 ff. BGB - insbesondere in § 906 BGB - bestimmten Duldungspflichten. Schon diese weniger weit gehenden Duldungspflichten können dem betroffenen Grundstückseigentümer Opfer abverlangen, die ihm (unter den in § 906 Abs. 2 BGB bestimmten Voraussetzungen) nur gegen Zahlung eines Geldausgleichs zugemutet werden dürfen. Das aber hat erst recht für die wesentlich weitergehenden Duldungspflichten zu gelten, die aus dem Ausschließlichkeitscharakter der bergrechtlichen Berechtigungen folgen.

1 Den hier umso mehr gebotenen Ausgleich sieht das Bundesberggesetz selbst
3 jedoch nicht vor. Die in § 114 Abs. 1 BBergG bestimmte Bergschadenshaftung wird zwar seit jeher als Ausgleich verstanden (RGZ 98, 79, 82 f.). Sie setzt jedoch den Eintritt eines Bergschadens voraus und hat nur den Zweck, dem Berggeschädigten einen seinen erweiterten Duldungspflichten entsprechend erweiterten Anspruch auf Ersatz von Schäden zu verschaffen. Demgegenüber verfolgt § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB in erster Linie den Zweck, dem Grundstückseigentümer bei bestimmten Beeinträchtigungen einen Ausgleich dafür zu gewähren, dass er seine eigenen Interessen über das zumutbare Maß hinaus hinter die des Bergbauberechtigten zurückstellen und die Ausnutzung dessen bergrechtlicher Berechtigung in diesem Fall hinnehmen muss.

1 Dieser Ausgleich stellt bei dem heute erreichten Stand des bürgerlichen Rechts die
4 nicht ablösbare Kehrseite der Duldungsansprüche und damit auch des Ausschließlichkeitscharakters der bergrechtlichen Befugnisse dar. Bei den Duldungspflichten des Eigentümers aus §§ 904 ff. BGB handelt es sich ebenso wie bei den aus dem Ausschließlichkeitscharakter der Bergbauberechtigungen abgeleiteten Duldungspflichten um eine Bestimmung von Inhalt und Schranke des Eigentums im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG. Die mit solchen Inhaltsund Schrankenbestimmungen verbundenen Beschränkungen hat der betroffene Grundstückseigentümer zwar grundsätzlich entschädigungslos hinzunehmen. Sie müssen aber auch ihrerseits dem Verhältnismäßigkeitsprinzip gerecht werden (BVerfGE 58, 137, 150; 75, 78, 97 f.; 76, 220, 238; 92, 262, 273; Ja-rass/Pieroth, GG, 9. Aufl., Art. 14 Rdn. 38). Das führt dazu, dass das Oberflächeneigentum nicht in jedem denkbaren Fall und ohne jede Einschränkung hinter der Ausübung von Bergbauberechtigungen zurückzutreten hat (vgl. BVerwG 81, 329, 335 f.). Im

Verhältnis des Bergbauberechtigten zum Grundstückseigentümer kommt eine Beschränkung der Duldungspflichten zwar grundsätzlich nicht in Betracht, weil dies mit dem Ausschließlichkeitscharakter seiner Berechtigung unvereinbar wäre. In einer solchen Fallgestaltung ist dem Verhältnismäßigkeitsprinzip aber durch einen finanziellen Ausgleich Rechnung zu tragen (BVerfGE 58, 137, 152; 83, 201, 212 f.; 100, 226, 245 f.; BGHZ 128, 204, 205 f.; BVerwGE 84, 361, 367; 94, 1, 5; v. Mangoldt/Klein/Starck/Depenheuer, GG, 4. Aufl., Art. 14 Rdn. 241 ff.). Diesen Ausgleich sieht § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB im horizontalen nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis vor; für das vertikale Gemeinschaftsverhältnis kann wegen seiner konzeptionellen Gleichstellung mit dem Grundstückseigentum nichts anderes gelten.

15 cc) Die Vorschrift des § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB ist auch deshalb im Verhältnis des Bergbauberechtigten zum Grundstückseigentümer anzuwenden, weil sie nach heutigen Maßstäben zu den prägenden Nomen des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses gehört und der Gesetzgeber des Bundesberggesetzes von dem Bestehen eines solchen Gemeinschaftsverhältnisses zwischen dem Bergbauberechtigten und dem Grundstückseigentümer ausgeht. Das ergibt sich bei der Ausübung der bergrechtlichen Befugnisse auf einem zum Bergbau gehörenden Grundstück aus dem dann tatbestandlich anwendbaren § 906 BGB und aus § 114 Abs. 2 Nr. 3 BBergG, der Ansprüche aus dieser Norm ausdrücklich vorbehält. Dieses Gemeinschaftsverhältnis besteht aber auch dann, wenn die bergrechtlichen Befugnisse nicht auf einem bestimmten Grundstück ausgeübt werden, sondern durch untertätigen Bergbau. Das Bestehen eines solchen vertikalen Gemeinschaftsverhältnisses findet seinen Ausdruck namentlich in den Vorschriften der §§ 110 bis 113 BBergG, die dem Grundstückseigentümer unter anderem die Pflicht auferlegen, die Bebauung seines Grundstücks an die zu erwartenden bergbaulichen Einwirkungen anzupassen. Mit diesen Vorschriften wollte der Gesetzgeber das in der Entwurfsbegründung als "mehr oder weniger ungeordnetes Nebeneinander von Bergbau und Grundeigentum" bezeichnete Verhältnis durch "ein - auch gesetzlich anerkanntes - Nachbarschaftsverhältnis" ablösen (Entwurfsbegründung in BT-Drucks. 8/1315 S.138).

16 Bei der Ausgestaltung eines solchen Gemeinschaftsverhältnisses kann sich der Gesetzgeber zwar, wie geschehen, auf bestimmte Regelungskomplexe beschränken. Dessen Wirkungen lassen sich aber nicht auf diese Bereiche beschränken. Das vertikale nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis bestimmt das Verhältnis der Bergbauberechtigten zu den Grundstückseigentümern generell, nicht anders als das im horizontalen nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis zwischen den Eigentümern benachbarter Grundstücke der Fall ist. Das führt notwendig zur Geltung von § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB in seinem originären Anwendungsbereich, an den sich § 110 Abs. 3 BBergG für seinen Bereich auch anlehnt (vgl. zu dieser Parallele auch H. Westermann, Freiheit des Unternehmers und des Grundstückseigentümers und ihre Pflichtenbindungen im öffentlichen Interesse nach dem Referentenentwurf eines Bundesberggesetzes, 1973, S. 87 f.).

17 d) Das ist für das Gasspeicherrecht anerkannt.

18 Im Bereich dieses Rechts kommt § 906 BGB unbestritten nicht nur dann zur Anwendung, wenn der Betreiber des Gasspeichers von der nach § 126 BBergG bestehenden Möglichkeit Gebrauch macht, von den Eigentümern der obertätigen Grundstücke deren Übertragung (Grundabtretung) zu verlangen, sondern auch

dann, wenn diese nicht verlangt und der unterirdische Gasspeicher aufgrund einer bergrechtlichen Betriebserlaubnis betrieben wird (BGHZ 110, 17, 23). Der Speicherbetrieb ist bei Vorliegen einer solchen Erlaubnis zu dulden. Das wiederum führt nach § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB zu einem Ausgleichsanspruch der beeinträchtigten Grundstückseigentümer (BGH aaO).

19 Dies beruht darauf, dass der allein auf öffentlich-rechtlicher Grundlage zu duldende Speicherbetrieb ein vertikales nachbarliches Gemeinschaftsverhältnis entstehen lässt, das nach den für das horizontale Verhältnis zwischen Grundstückseigentümern geregelten Voraussetzungen zu einem Ausgleichsanspruch führt. Das kann bei dem durch §§ 8 Abs. 2, 9 Abs. 1 Satz 2 BBergG - zudem unter Verweis auf das bürgerliche Recht - ausgestalteten vertikalen Gemeinschaftsverhältnis zwischen dem Bergbauberechtigten und den Eigentümern der obertägigen Grundstücke nicht anders sein.

20 2. Anders als das Berufungsgericht meint, tritt der Ausgleichsanspruch auch weder generell hinter andere Ansprüche zurück noch wird er speziell durch die Bergschadenshaftung nach § 114 Abs. 1 BBergG verdrängt.

21 a) § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB begründet seiner Konzeption nach einen eigenständigen Anspruch. Der Anspruch steht mit anderen Ansprüchen, die sich aus der Beeinträchtigung eines Grundstücks ergeben können, in Anspruchskonkurrenz.

22 aa) Die Vorschrift knüpft an die wesentliche Beeinträchtigung eines Grundstücks an. Diese hat der Eigentümer nach § 906 Abs. 2 Satz 1 BGB entschädigungslos hinzunehmen, wenn sie sich mit wirtschaftlich zumutbaren Mitteln nicht abwenden lässt. Führt die Beeinträchtigung jedoch dazu, dass die ortsübliche Nutzung des beeinträchtigten Grundstücks oder dessen Ertrag über das zumutbare Maß hinaus beeinträchtigt wird, steht dem Eigentümer ein Anspruch auf Ausgleich zu. Das kann grundsätzlich nicht davon abhängig sein, dass sich ein Anspruch auf Ausgleich nicht aus einer anderen Norm ableiten lässt.

23 bb) Anders läge es nur bei dem nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruch, den der Senat in entsprechender Anwendung von § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB unter Übertragung von dessen Wertungen auf andere Fallkonstellationen (dazu Wenzel, NJW 2005, 241, 246) entwickelt hat. Dieser Anspruch dient der Ausfüllung von Lücken in den bestehenden Abwehrrechten und ist deshalb subsidiär (Senat, BGHZ 120, 239, 249; 160, 18, 20). Das schließt eine Anwendung grundsätzlich aus, soweit eine andere in sich geschlossene Regelung besteht (Senat, BGHZ 155, 99, 107; 160, 232, 234 f.). Das ist teilweise missverstanden worden (vgl. Palandt/ Bassenge, BGB, 68. Aufl., § 906 Rdn. 25 unter Verweis auf Senat, BGHZ 160, 18, 20 = NJW 2004, 3328) und gibt Anlass zur Klarstellung.

24 b) In seiner unmittelbaren Anwendung wird § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB nur durch abschließende gesetzliche Sonderregelungen verdrängt (Krüger, ZfIR 2007, 2, 4).

25 aa) Eine solche Sonderregelung nimmt der Bundesgerichtshof bei Vorschriften an, die den Ausgleich im nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis abschließend regeln und deren Wertung unterlaufen würde, käme daneben § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB zur Anwendung. So verhält es sich bei der Haftung nach § 22 WHG (BGHZ 76, 35, 43; 142, 227, 236) und bei der Möglichkeit der Anordnung von Maßnahmen zum Schutz von Planbetroffenen im Planfeststellungsverfahren nach § 74 Abs. 2 VwVfG (Senat, BGHZ 161, 323, 329), bei der Haftung nach § 2 HaftPflG hingegen nicht (Senat, BGHZ 155, 99, 107). Für die Bergschadenshaftung nach §§ 114 ff. BBergG

kann dies nicht angenommen werden.

26 bb) §§ 114 ff. BBergG regeln zwar eine verschuldensunabhängige und gemäß § 117 BBergG summenmäßig begrenzte Haftung. Schon im Bereich der Bergschäden regeln die Vorschriften die Haftung des Bergbauberechtigten aber nicht abschließend. Nach § 121 BBergG bleiben Vorschriften ausdrücklich unberührt, die für einen Bergschaden im Sinne von § 114 Abs. 1 BBergG eine weitergehende Haftung vorsehen. Auch in den Bereichen, die § 114 Abs. 2 BBergG aus dem Begriff des Bergschadens ausnimmt, treffen §§ 114 ff. BBergG keine abschließende Regelung, die durch die Anwendung von § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB unterlaufen werden könnte. So stellen etwa nach § 114 Abs. 2 Nr. 1 BBergG bergbaubedingte Personenschäden von Bergleuten, die an sich nach § 114 Abs. 1 BBergG ersatzfähige Schäden wären, keinen Berg- schaden dar. Der Ausschluss derartiger Schäden aus dem Bereich des Bergschadensrechts bedeutet auch unter Berücksichtigung der Berechtigung der Betroffenen aus der gesetzlichen Unfallversicherung (§§ 26 ff. SGB VII) jedoch keinen Ausschluss der Ansprüche der Geschädigten, sondern einen Verweis auf die außerhalb des Bergschadensrechts bestehenden Ansprüche, hinter die das Bergschadensrecht zurücktritt.

27 cc) In gleicher Weise verhält es sich gemäß § 114 Abs. 2 Nr. 3 BBergG mit Beeinträchtigungen, die nach § 906 BGB nicht verboten werden können.

28 (1) Dem wird allgemein entnommen, dass ein unmittelbar aus § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB folgender Anspruch besteht, wenn die wesentliche Beeinträchtigung des betroffenen Grundstücks, die durch eine ortsübliche Benutzung des Bergbaugrundstücks hervorgerufen und nicht durch wirtschaftlich zumutbare Maßnahmen des Bergbautreibenden verhindert werden kann, dessen ortsübliche Benutzung oder dessen Ertrag über das zumutbare Maß hinaus beeinträchtigt (Boldt/Weller, aaO, § 114 Rdn. 134; Piens/Schulte/Graf Vitzthum, aaO, § 114 Rdn. 52; Schumacher, Glückauf 1982, 1065; ähnlich Schulte, NVwZ 1989, 1138, 1140; ferner Staudinger/Roth, BGB [2002], § 906 Rdn. 76 zu § 14 BlmSchG). Die Herausnahme dieser Beeinträchtigungen aus dem Begriff des Bergschadens bedeutet danach gerade nicht, dass der Bergbauberechtigte für solche Beeinträchtigungen keinen Ausgleich zu leisten hätte. Maßgeblich bleiben vielmehr die allgemeinen Vorschriften, zu denen der Anspruch aus § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB gehört und der nach dem ausdrücklichen Hinweis der Entwurfsbegründung unberührt bleiben soll (BT-Drucks. 8/1315 S. 141).

29 (2) Die von dem Berufungsgericht für seine gegenteilige Ansicht zitierte Rechtsprechung ergibt nichts anderes. Das Urteil des Senats vom 23. April 1958 (BGHZ 27, 149 ff.) konnte sich mit dieser Frage nicht befassen, weil § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB erst am 1. Januar 1960 in Kraft getreten ist. Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat in seinem Urteil vom 23. November 2000 (BGHZ 146, 98, 102) nicht die Anwendung von § 906 BGB, sondern die Reichweite des Ausschließlichkeitscharakters der bergrechtlichen Berechtigung behandelt und hierzu entschieden, dass der Bergbauberechtigte nicht jede ihm nachteilige Nutzung des über seinem Bodenschatz liegenden Grundstücks verbieten darf. In seinem Urteil vom 17. Mai 2001 (BGHZ 148, 39, 53) hat er nur eine analoge Anwendung von § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB ausgeschlossen. Zu dem hier vorliegenden Fall der direkten Anwendung von § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB ist damit nichts gesagt.

III.

30 Für eine abschließende Entscheidung sind noch ergänzende Feststellungen zu treffen. Zu diesen weist der Senat auf Folgendes hin:

31 1. Zunächst wird zu klären sein, ob die tatsächlichen Voraussetzungen des grundsätzlich möglichen Anspruchs aus § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB gegeben sind.

32 2. Ein nach § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB geschuldeter Ausgleich ist nach den Grundsätzen der Enteignungsentschädigung zu bemessen. Diese umfasst einen Ausgleich für konkrete Beeinträchtigungen in der Nutzung eines von dem Eigentümer selbst bewohnten Hauses und kann an der hypothetischen Minderung des monatlichen Mietzinses orientiert werden (vgl. BGHZ 91, 20, 31), soweit nicht ohnehin Ausgleich für die Beeinträchtigung des Ertrags des betroffenen Grundstücks verlangt wird.

33 3. Auszugleichen ist nur der unzumutbare Teil der Beeinträchtigung, weil Einwirkungen bis zur Grenze der Unzumutbarkeit hingenommen werden müs- sen (Senat, BGHZ 62, 361, 371 f.). Wann diese Grenze überschritten wird, bestimmt sich nach dem Empfinden eines verständigen durchschnittlichen Benutzers des Grundstücks in seiner konkreten Beschaffenheit, Ausgestaltung und Zweckbestimmung, somit nach demselben Maßstab, der für die Beurteilung der Wesentlichkeit einer Beeinträchtigung im Sinne von § 906 Abs. 1 Satz 1 BGB gilt (Senat, Urt. v. 27. Oktober 2006, V ZR 2/06, NJW-RR 2007, 168, 169). Auf das persönliche Empfinden des Klägers und seiner Lebensgefährtin kommt es nicht an.

Vorinstanzen:

AG Lebach, Entscheidung vom 30.03.2007 - 3A C 80/06 -

LG Saarbrücken, Entscheidung vom 17.01.2008 - 11 S 87/07 -

Zitiervorschlag:

BGH Urt. v. 19.9.2008 – V ZR 28/08, BeckRS 2009, 3917

BeckRS 2009, 31768

OVG Bautzen, Urteil vom 17.09.2008 - 2 B 683/07

Titel:

Kürzung

Normenketten:

BhV Sachs § 12

BG Sachs § 102

Amtlicher Leitsatz:

1. Die Kürzung von Beihilfen sächsischer Beamter um einen jährlichen Selbstbehalt von 80,- Euro ist unzulässig. § 12 SächsBVO, der den Abzug vorsieht, ist nichtig, da § 102 SächsBG a. F. keine hinreichende Ermächtigungsgrundlage darstellt. Der Gesetzgeber muss selbst die Entscheidung treffen, ob und in welchem Ausmaß Eingriffe in das bestehende Beihilfesystem möglich sein sollen. (amtlicher Leitsatz)

Rechtsgebiete:

Verwaltungsverfahren und -prozess, Sonstiges besonderes Verwaltungsrecht

Schlagworte:

Kürzung, Rechtsgrundlage

Fundstellen:

DÖV 2009, 419 (Ls.)

LSK 2009, 300153

ECLI:

ECLI:DE:OVGSN:2008:0917.2B683.07.0A
Rechtskraft:
rechtskräftig

Senat
Hauptschlagwort: Beihilfe Selbstbehalt Parlamentsgesetz Ermächtigungsgrundlage Verordnung
Normenkette:
Leitsatz:
In der Verwaltungsrechtssache
des Herrn ...
- Kläger -
- Berufungsbeklagter -
prozessbevollmächtigt: Rechtsanwälte ...
gegen
den Freistaat ...
vertreten durch das Landesamt für Finanzen
vertreten durch den Präsidenten ..., St-allee ..., D.
- Beklagter -
- Berufungskläger -
wegen
Selbstbehalt zur Beihilfe
hat der 2. Senat des Sächsischen Oberverwaltungsgerichts durch den Vizepräsidenten des Oberverwaltungsgerichts Dr. Grünberg, den Richter am Oberverwaltungsgericht Dehoust und die Richterin am Verwaltungsgericht Dr. Henke aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 17. September 2008 für Recht erkannt:
Die Berufung wird zurückgewiesen.
Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt der Beklagte.
Die Revision wird nicht zugelassen.
Tatbestand
Der Kläger wendet sich gegen einen Beihilfebescheid des Beklagten, soweit die dort errechnete Beihilfe um einen Selbstbehalt in Höhe von 80,- Euro gekürzt wurde.
Der geborene Kläger ist Polizeihauptmeister im Ruhestand. Er beantragte am 29. September 2004 die Gewährung einer Beihilfe für ab dem 3.9.2004 angefallene krankheitsbedingte Aufwendungen in Höhe von 587,29 Euro. Mit Bescheid vom 30.9.2004 gewährte der Beklagte dem Kläger eine Beihilfe in Höhe von 297,40 Euro. Zur Begründung hieß es, das im Antrag enthaltene Medikament sei nicht beihilfefähig. Für die übrigen Aufwendungen wurde bei einem Bemessungssatz von 70% eine Beihilfe in Höhe von 377,40 Euro festgesetzt, von der ein Selbstbehalt in Höhe von 80,- Euro abgezogen wurde.
Auf den Widerspruch des Klägers vom 6.10.2004 änderte der Beklagte mit weiterem Bescheid vom 13.10.2004 den Ausgangsbescheid dahingehend, dass auch für das Medikament eine Beihilfe von 70% geleistet, mithin eine Beihilfe von 411,10 Euro gewährt werde, von welcher der Selbstbehalt abzuziehen sei. Im Übrigen wies der Beklagte den Widerspruch des Klägers mit Widerspruchsbescheid vom 19.10.2004, zugestellt am 20.10.2004, zurück. Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass Rechtsgrundlage der Entscheidung § 102 SächsBG i. V. m. der im Freistaat Sachsen geltenden Verordnung der Sächsischen Staatsregierung über die Gewährung von Beihilfen

in Krankheits-, Pflege-, Geburts- und Todesfällen vom 22.7.2004 (Sächsische Beihilfeverordnung - SächsBVO) sei. Die §§ 1 und 11 dieser Verordnung seien mit Wirkung vom 1.1.2004 in Kraft getreten; im Übrigen sei die Verordnung nach ihrer Verkündung, mithin am 1.9.2004 in Kraft getreten. Nach § 1 SächsBVO sei die allgemeine Verwaltungsvorschrift des Bundes für Beihilfen in Krankheits-, Pflege-, Geburts- und Todesfällen nebst den dazu ergangenen Hinweisen in der am 31.12.2003 geltenden Fassung (BhV) entsprechend anzuwenden, soweit in der Sächsischen Beihilfeverordnung nichts anderes bestimmt sei. Gemäß § 12 Abs. 1 SächsBVO werde die nach Anwendung des § 15 BhV verbleibende Beihilfe für jedes Kalenderjahr, in dem beihilfefähige Aufwendungen entstanden sind, um 80,- Euro gekürzt, soweit nicht eine der in § 12 SächsBVO benannten Ausnahmen vorliege.
Mit dieser Verordnung werde einer Entschließung des Deutschen Bundestages Rechnung getragen, mit der Bund und Länder aufgefordert worden seien, die Be- und Entlastungen des am 1.1.2004 in Kraft getretenen Gesetzes zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung (GMG) wirkungsgleich in die beamtenrechtliche Krankenfürsorge zu übertragen. Auch Beamte, Richter und Versorgungsempfänger könnten nach den Forderungen des Deutschen Bundestages angemessen an ihren Krankheitsaufwendungen und den gestiegenen Kosten des Gesundheitswesens beteiligt werden, soweit dies nicht zu finanziellen Belastungen führe, die einen amtsangemessenen Lebensunterhalt beeinträchtigen könnten. Dabei seien die Systemunterschiede zwischen den gesetzlichen Krankenversicherungen und der auf der Fürsorgepflicht des Dienstherrn beruhenden beamtenrechtlichen Krankenfürsorge zu berücksichtigen.
Die Staatsregierung habe von ihrer Verordnungsermächtigung im Sächsischen Beamtengesetz Gebrauch gemacht und Ausnahmen zu den Beihilfevorschriften des Bundes durch Erlass der sächsischen Beihilfeverordnung geregelt. Das GMG werde beim Freistaat Sachsen wirkungsgleich durch Erhebung eines systemgerechten Selbstbehalts je Beihilfeanspruch in Höhe von 80,- Euro umgesetzt, der für jedes Kalenderjahr, in dem Aufwendungen entstanden sind, von der Beihilfe abgezogen werde. Dieser Beitrag zu den Krankheitskosten sei inhaltlich mit der sogenannten „Praxisgebühr" des GMG nicht vergleichbar. Er sei vielmehr ein eigenständiger Kostenbeitrag für alle Beihilfeberechtigten, der auch die übrigen Mehrbelastungen der Gesundheitsreform in pauschalierter Form wirkungsgleich abdecken solle. Neben einem Beitrag für privat(zahn)ärztliche Leistungen seien darin auch Anteile für die erhöhten Abzugsbeträge für Arzneimittel und Fahrkosten, für Eigenanteile an den Aufwendungen für Hilfsmittel, den Unterkunfts- und Verpflegungskosten bei Sanatoriumsbehandlungen und Heilkuren sowie für die Inanspruchnahme allgemeiner Krankenhausleistungen und häuslicher Krankenpflege enthalten. Hierbei sei auch berücksichtigt worden, dass medizinisch notwendige Leistungen (Brillen und nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel) nicht aus dem Leistungskatalog der Beihilfe gestrichen worden seien. Der Selbstbehalt sei unabhängig von der Art der Aufwendung, zu der die Beihilfe beantragt werde, zu erheben; auch Versorgungsempfänger seien nicht vom Selbstbehalt befreit. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts werde durch die Erhebung einer Kostendämpfungspauschale weder die Pflicht des Dienstherrn zur angemessenen Alimentation des Beamten noch die Fürsorgepflicht verletzt.
Der Kläger erhob am 19.11.2004 Klage. Zur Begründung trug er vor, die angewendete Beihilfevorschrift des § 12 Abs. 1 SächsBVO verstoße hinsichtlich des Abzugs eines Selbstbehalts in Höhe von 80,- Euro wegen der konkreten finanziellen Verhältnisse des Klägers gegen die Fürsorgepflicht des Dienstherrn gem. § 79 BBG. Angesichts des

Einkommens des Klägers in Höhe von insgesamt rund 1.460,- Euro monatlich und angesichts der für das chronische Leiden (Diabetes mellitus) des Klägers monatlich aufzuwendenden Kosten in Höhe von rund 200,- Euro führe der Abzug des Selbstbehalts dazu, dass dem Kläger das von der Rechtsprechung geforderte „Minimum an Lebenskomfort" nicht mehr verbleibe. Hinzu kämen weitere monatliche Kosten für Medikamente in Höhe von ca. 175,- Euro, die durch mehrere Herzoperationen des Klägers verursacht seien, und für welche der Kläger ebenfalls in Vorleistung zu treten habe.
Der Beklagte trat der Klage unter Bezugnahme auf sein Vorbringen im Widerspruchsbescheid entgegen.
Mit Urteil vom 18.10.2007 hob das Verwaltungsgericht die angefochtenen Bescheide des Beklagten hinsichtlich des einbehaltenen Selbstbehalts in Höhe von 80,- Euro auf und verpflichtete den Beklagten, dem Kläger eine weitere Beihilfe in dieser Höhe zu gewähren. Die vom Beklagten für die Vornahme des Selbstbehalts herangezogene Rechtsgrundlage, der am 1.9.2004 in Kraft getretene § 12 Abs. 1 SächsBVO, sei mangels ausreichender Ermächtigungsgrundlage nichtig. Der der genannten Regelung zugrundeliegende § 102 SächsBG i. d. F. der Bekanntmachung vom 14.6.1999 (a. F.) stelle in seiner hier maßgeblichen, bis zum 27.4.2007 geltenden Fassung keine hinreichende Ermächtigungsgrundlage i. S. v. Art. 75 SächsVerf dar. § 102 SächsBG a. F. sei inhaltlich insoweit unbestimmt, als das Ausmaß der Verordnungsermächtigung nicht erkennbar sei, insbesondere keine Regelung zum Ob bzw. Wie der Einführung eines Selbstbehalts durch die Exekutive enthalten sei. Erst mit Art. 2 des Gesetzes zur Neuordnung des Disziplinarrechts sowie zur Änderung anderer beamtenrechtlicher Vorschriften im Freistaat Sachsen vom 10.4.2007 habe der sächsische Gesetzgeber in Ansehung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Verfassungswidrigkeit der Beihilfevorschriften des Bundes die Vorschrift des § 102 SächsBG a. F. geändert und die Erhebung „zumutbarer Selbstbehalte" in den Gesetzestext aufgenommen.
Von einer Weitergeltung des somit nichtigen § 12 SächsBVO für einen Übergangszeitraum sei nicht auszugehen, da die Notwendigkeit solcher Übergangsfristen nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts lediglich anerkannt worden sei, um eine sonst eintretende Funktionsunfähigkeit staatlicher Einrichtungen zu vermeiden, die der verfassungsmäßigen Ordnung noch ferner stünde als der bisherige Zustand. Diese Voraussetzungen lägen hier nicht vor, nachdem in Sachsen auch ohne die Selbstbehaltsregelung ein funktionierendes Beihilfesystem zur Verfügung stehe. Die Einbehaltung von Beihilfeleistungen durch den Beklagten erweise sich auch nicht aus anderen Gründen als (teilweise) rechtmäßig; insbesondere könne der Beklagte nicht die zum maßgeblichen Zeitpunkt geltenden Beihilfevorschriften des Bundes zum Abzug eines Eigenbehalts (§ 12 Abs. 2 BhV) anwenden. Denn entsprechend der Ermächtigung in § 102 SächsBG a. F. habe der sächsische Gesetzgeber mit § 1 SächsBVO i. d. F. vom 22.7.2004 die Anwendung des Beihilferechts des Bundes in der am 31.12.2003 geltenden Fassung festgeschrieben (statische Verweisung), also gerade ohne die Änderungen der 27. und 28. Allgemeinen Verwaltungsvorschrift des Bundes zur Änderung der Beihilfevorschriften, durch die zum 1.1.2004 mit § 12 BhV eine Eigenbehaltsregelung eingeführt wurde. Demnach könne dahinstehen, ob die Einführung von Kostendämpfungspauschalen, Selbstbehalten oder Eigenbehalten bzw. deren Anwendung generell oder in konkreten Einzelfällen gegen das Gebot der beamtenrechtlichen Rücksichtnahme verstoße oder Art. 33 Abs. 5 GG verletze. Das Verwaltungsgericht ließ die Berufung gemäß § 124a Abs. 1 Satz 1 VwGO wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache zu.
Zur Begründung der am 29.11.2007 eingelegten Berufung macht der Beklagte geltend,

dass entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts § 102 SächsBG a. F. eine hinreichende Legitimation des Landesgesetzgebers für von der Beihilfeverordnung des Bundes abweichende landesspezifische Regelungen - auch solche zum Selbstbehalt - darstelle. Zwar verweise § 102 SächsBG a. F. auf die Beihilfevorschriften des Bundes, die laut Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 17.6.2007 nicht den Anforderungen des verfassungsrechtlichen Gesetzesvorbehalts genügen. Für eine Übergangszeit seien diese Beihilfevorschriften jedoch noch anzuwenden. Als landesspezifische Verordnungsregelung sei die Einführung des Selbstbehalts durch § 12 SächsBVO zudem gerade nicht in der Rechtsform einer Verwaltungsvorschrift erfolgt. Erst nach Inkrafttreten der Sächsischen Beihilfeverordnung am 1.9.2004 habe das Bundesverwaltungsgerichts mit seinen weiteren Urteilen vom 28.10.2004 entschieden, dass auch eine Bezugnahme im Landesrecht auf die nicht den verfassungsrechtlichen Erfordernissen entsprechenden Beihilfevorschriften des Bundes grundgesetzwidrig sei. Gleichzeitig billige das Bundesverwaltungsgericht in der Entscheidung den Ländern einen überschaubaren Zeitraum zum Erlass verfassungskonformer Ermächtigungsnormen für beihilferechtliche Regelungen zu. Erst zu diesem Zeitpunkt habe auf Seiten des Beklagten Handlungsbedarf sowohl zur Änderung der Ermächtigungsgrundlage in § 102 SächsBG a. F. als auch nachfolgend für den Erlass einer sächsischen Beihilfeverordnung bestanden. § 102 SächsBG sei durch Art. 2 des Gesetzes zur Neuordnung des Disziplinarrechts sowie zur Änderung anderer beamtenrechtlicher Vorschriften im Freistaat Sachsen vom 10.4.2007 neu gefasst worden; auf der Grundlage dieser Neufassung werde derzeit eine umfassende sächsische Beihilfeverordnung erarbeitet. Folglich sei § 12 SächsBVO rechtmäßig und im Falle des Klägers anzuwenden. Die Anwendung einer derartigen Kostendämpfungspauschale verstoße auch nicht gegen den Alimentationsgrundsatz. Dies ergebe sich aus dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 3.7.2003.
Der Beklagte beantragt,
unter Änderung des Urteils des Verwaltungsgerichts Dresden vom 18. Oktober 2007 - 3 K 2799/04 - die Klage abzuweisen.
Der Kläger beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.
Er vertieft sein erstinstanzliches Vorbringen und trägt ergänzend vor, dass auch § 102 SächsBG in seiner aktuellen Fassung keine hinreichende Ermächtigungsgrundlage für die Einführung eines Selbstbehalts in Sachsen darstelle. Des Weiteren handele es sich bei § 12 SächsBVO nicht um eine wirkungsgleich gem. § 28 Abs. 4 SGB V in das Beamtenrecht übertragene Kostendämpfungspauschale, sondern um einen krankheits- und maßnahmeunabhängigen Selbstbehalt, welcher pauschal zur Anwendung komme. In den vom Bundesverwaltungsgericht mit Urteilen vom 17.6.2004 und 18.10.2004 entschiedenen Fällen, in denen eine Weitergeltung der verfassungswidrigen Vorschriften für einen angemessenen Übergangszeitraum zugelassen wurde, sei die mit § 12 BhV eingeführte Einbehaltsregelung betroffen gewesen, welche maßnahme- und krankheitsabhängige Ausnahmen bei der Erhebung des Selbstbehalts durchaus zuließe. Eine Weitergeltung der gem. § 12 SächsBVO eingeführten Selbstbehaltspauschale sei deshalb auch nicht unter Bezugnahme auf die genannte Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu rechtfertigen.
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf die dem Senat vorliegende Verwaltungsakte, die Akte des Verwaltungsgerichts sowie die Gerichtsakten zum Berufungsverfahren Bezug genommen.
Entscheidungsgründe

Die Berufung des Beklagten hat keinen Erfolg. Das Verwaltungsgericht hat der Klage zu Recht stattgegeben, da der Kläger Anspruch auf die Gewährung der vollen Beihilfe ohne Abzug eines Selbstbehalts i. H. v. 80,- Euro hat.
Der Beihilfeanspruch des Klägers beurteilt sich nach der Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt des Entstehens der Aufwendungen (BVerwG, Urt. v. 15.12.2005 - 2 C 35/04 - m. w. N., zit. nach juris). Da der Kläger krankheitsbedingte Aufwendungen für den Monat September 2004 geltend macht, ist auf die zu diesem Zeitpunkt bestehende Rechtslage abzustellen.
Als Rechtsgrundlage wurde vom Beklagten die Vorschrift des § 12 Abs. 1 Satz 1 SächsBVO vom 22.7.2004 herangezogen, die gemäß § 13 Abs. 3 SächsBVO zum 1.9.2004 in Kraft getreten ist. Hiernach wird die nach Anwendung des § 15 BhV verbleibende Beihilfe für jedes Kalenderjahr, in dem beihilfefähige Aufwendungen entstanden sind, um 80,- Euro gekürzt. § 12 SächsBVO ist als Sonderregelung gegenüber § 1 SächsBVO konzipiert, der für die Gewährung von Beihilfen allgemein auf die Beihilfevorschriften (BhV) des Bundes in der am 31.12.2003 geltenden Fassung verweist, „soweit nachfolgend nichts anderes bestimmt ist". Die Errechnung des hier nach § 15 BhV zu leistenden Betrags ist zwischen den Beteiligten unstreitig und nicht Gegenstand des Verfahrens.
Der Abzug des Selbstbehalts von 80,- Euro ist indessen rechtswidrig und verletzt den Kläger in seinen Rechten. Denn die als Rechtsgrundlage herangezogene Bestimmung des § 12 Abs. 1 Satz 1 SächsBVO beruht ihrerseits nicht auf einer ausreichenden Ermächtigungsgrundlage und ist deshalb nichtig. Im Beihilferecht ist dem Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes Rechnung zu tragen (dazu sogleich unter a). Die hierzu herangezogene Ermächtigungsgrundlage entspricht allerdings nicht den Anforderungen des Art. 75 SächsVerf (dazu unter b). Eine Heilung des demzufolge nichtigen § 12 Abs. 1 Satz 1 SächsBVO ist auch zu einem späteren Zeitpunkt nicht erfolgt (dazu unter c).
a) Der erkennende Senat folgt der in ständiger Rechtsprechung vom Bundesverwaltungsgericht vertretenen Auffassung, wonach für Eingriffe in die Ausgestaltung des vorhandenen Beihilfesystems der Verfassungsgrundsatz des Vorbehalts des Gesetzes gilt (vgl. BVerwG, Urt. v. 17.6.2004, BVerwGE 121, 103; BVerwG, Urt. v. 28.10.2004, DVBl. 2005, 509; BVerwG, Urt. v. 20.3.2008 - 2 C 49/07 -, zit. nach juris). Nach diesem Grundsatz, der sich aus dem rechtsstaatlichen und demokratischen System des Grundgesetzes (Art. 20 Abs. 1 und 3, Art. 80 Abs. 1 GG) ergibt, sind die grundlegenden Entscheidungen in wesentlichen Regelungsbereichen durch Parlamentsgesetz zu treffen. Dies gilt aufgrund des Homogenitätsgebots gemäß Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG auch für die Landesgesetzgebung, für die Art. 80 Abs. 1 GG nicht unmittelbar anwendbar ist (BVerfG, Beschl. v. 27.1.1976, BVerfGE 41, 251). Im Übrigen folgt dies auch aus Art. 75 Abs. 1 SächsVerf.
Zwar gehört die gegenwärtige Ausgestaltung der Fürsorge mittels Beihilfeleistungen nicht zu den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums, so dass eine Änderung erfolgen kann, ohne dass Art. 33 Abs. 5 GG berührt wird. Hiervon hängt indessen die Gewichtung des Regelungsbereiches der Beihilfe als wesentlich im Sinne des Parlamentsvorbehalts nicht ab: Der Umfang der Beihilfen bestimmt die Qualität der Versorgung bei Krankheit und Pflegebedürftigkeit sowie den Umfang der Eigenvorsorge. Bei der Erhaltung und Wiederherstellung der Gesundheit, der Sicherung einer menschenwürdigen Existenz auch bei Pflegebedürftigkeit sowie der Wahrung eines amtsangemessenen Lebensunterhalts trotz laufender Aufwendungen für die Risikovorsorge oder besonderer Belastungen wegen Krankheit und Hilflosigkeit handelt es sich um Schutzgüter mit Verfassungsrang (BVerwG, Urt. v. 17.6.2004 a. a. O.).

Neben der hierdurch begründeten hohen Bedeutung der Beihilfe ist ihr Wechselbezug zu den Besoldungs- und Versorgungsbezügen zu beachten; jedenfalls die Gesetzesbindung der Besoldung berührt das Alimentationsprinzip als hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums i. S. v. Art. 33 Abs. 5 GG (BVerwG, Urt. v. 28.4.2005, BVerwGE 123, 308). Angesichts des dem Dienstherrn unter Berücksichtigung seiner Fürsorgepflicht und der Wechselbezüglichkeit von Alimentation und Beihilfe verbleibenden Gestaltungsspielraums bei der Ausgestaltung des Beihilfesystems erscheint es deshalb geboten, dass der parlamentarische Gesetzgeber selbst die Verantwortung für wesentliche Einschränkungen der vorhandenen Beihilfe- und Vorsorgestandards übernimmt, wie sie die von Bund und Ländern eingeführten „Kostendämpfungsmaßnahmen" im weitesten Sinn darstellen. Eine Regelung der Beihilfegewährung durch Parlamentsgesetz ist schließlich auch erforderlich, um die Transparenz im demokratischen Willensbildungsprozess, die Abwägung mit anderen Gesetzgebungsentscheidungen „in einer Hand" und die Kontinuität des einmal gewählten Systems zu gewährleisten (BVerwG, Urt. v. 17.6.2004 a. a. O.).
Aus diesen Erwägungen sind aufgrund des Gesetzesvorbehalts zumindest die tragenden Strukturprinzipien der Beihilfegewährung gesetzlich zu regeln. Der Gesetzgeber hat dabei das Leistungssystem zu bestimmen, das dem Beamten und seiner Familie Schutz im Falle von Krankheiten und Pflegebedürftigkeit bietet, er hat festzulegen, welche Risiken erfasst werden, für welche Personen Leistungen erbracht und bemessen oder ausgeschlossen werden und welche zweckidentischen Leistungen und Berechtigungen Vorrang haben (so BVerwG, Urt. v. 17.6.2004 a. a. O.). Zur Überzeugung des erkennenden Senats zählt zu den durch Parlamentsgesetz zu regelnden Tatbeständen nach dieser Definition auch eine Beihilfekürzung in Form eines Selbstbehaltes, wie sie § 12 SächsBVO normiert, da es sich hierbei um einen Unterfall des Leistungsausschlusses handelt. Dies entspricht auch der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 20.3.2008 (a. a. O.), wonach es nahe liege, Beihilfekürzungen in Form von Selbstbeteiligungen (in Form von Sockelbeträgen für einzelne Besoldungsgruppen) unmittelbar durch Gesetz zu regeln, wenn sie die Schwelle der Geringfügigkeit überschreiten. Jedenfalls über das „Ob" eines Selbstbehaltes muss der parlamentarische Gesetzgeber entscheiden.
b) Das vorliegend als Ermächtigungsgrundlage herangezogene parlamentarische Gesetz entspricht indessen nicht den Anforderungen des Art. 75 SächsVerf. Die ihrem wesentlichen Inhalt nach zum 1.9.2004 in Kraft getretene Sächsische Beihilfeverordnung vom 22.7.2004 wurde gemäß ihrer Präambel aufgrund von § 102 SächsBG i. d. F. der Bekanntmachung vom 14.6.1999 (im Weiteren: a. F.) erlassen. Der Wortlaut dieser Bestimmung, die durch das Sächsische Verwaltungsmodernisierungsgesetz (SächsVwModG) vom 5.5.2004 keine Änderung erfuhr, lautete zu diesem Zeitpunkt:
„Für die Gewährung von Beihilfen in Krankheits-, Pflege-, Geburts- und Todesfällen an Beamte, Richter, Ruhestandsbeamte und Richter im Ruhestand, deren versorgungsberechtigte Hinterbliebene sowie Dienstanfänger gelten die Beihilfevorschriften des Bundes in ihrer jeweiligen Fassung entsprechend, soweit nicht durch Rechtsverordnung der Staatsregierung etwas anderes bestimmt wird."
Diese Vorschrift stellt zur Überzeugung des Senats keine hinreichende gesetzliche Ermächtigungsgrundlage im Sinne von Art. 75 Abs. 1 SächsVerf dar. Hiernach kann die Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen nur durch Gesetz erteilt werden. Dabei müssen Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung bestimmt werden. Die Rechtsgrundlage ist in der Verordnung anzugeben. Art. 75 SächsVerf ist Art. 80 Abs. 1 GG nachgebildet. Das Bundesverfassungsgericht hat in einer Reihe von Entscheidungen allgemeine Grundsätze zur Auslegung dieser Verfassungsnorm entwickelt (Beschl. v.

11.1.1966, BVerfGE 19, 354).
Danach fehlt es jedenfalls „dann an der nötigen Beschränkung, wenn die Ermächtigung so unbestimmt ist, dass nicht mehr vorausgesehen werden kann, in welchen Fällen und mit welcher Tendenz von ihr Gebrauch gemacht werden wird und welchen Inhalt die auf Grund der Ermächtigung erlassenen Verordnungen haben können" (BVerfG, Urt. v. 23.10.1951, BVerfGE 1, 14; vgl. auch Beschl. v. 10.6.1953, BVerfGE 2, 307; Beschl. v. 11.2.1958, BVerfGE 7, 267; Urt. v. 15.12.1959, BVerfGE 10, 251; Beschl. v. 27.11.1962, BVerfGE 15, 153; Beschl. v. 2.6.1964, BVerfGE 18, 52). Der Gesetzgeber hat also selbst die Entscheidung zu treffen, dass bestimmte Fragen geregelt werden sollen; er muss die Grenzen einer solchen Regelung festsetzen und angeben, welchem Ziel sie dienen soll (BVerfG, Beschl. v. 10.6.1953 und v. 27.11.1962 a. a. O.). Das Gesetz muss mithin selbst schon etwas bedacht und etwas gewollt haben (BVerfG, Beschl. v. 10.6.1953 a. a. O.; Urt. v. 5.3.1958, BVerfGE 7, 282) und dem Verordnungsgeber ein „Programm" setzen, das durch die Verordnung erreicht werden soll (BVerfG, Beschl. v. 13.6.1956, Beschl. v. 12.11.1958, BVerfGE 8, 274). Hierdurch soll sich das Parlament seiner Verantwortung als gesetzgebende Körperschaft bewusst werden und Teile seiner Gesetzgebungsmacht der Exekutive nur dann übertragen können, wenn es die Grenzen dieser Kompetenzen bedacht und diese nach Tendenz und Programm so genau umrissen hat, dass schon aus der Ermächtigung erkennbar und vorhersehbar ist, was dem Bürger gegenüber zulässig sein soll (BVerfG, Beschl. v. 20.10.1981, BVerfGE 58, 257 m. w. N.). Dabei braucht der Gesetzgeber allerdings Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung nicht ausdrücklich im Text des Gesetzes zu bestimmen. „Es genügt, wenn sich Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung aus dem ganzen Gesetz ermitteln lassen. Maßgebend ist der in der Bestimmung zum Ausdruck kommende objektive Wille des Gesetzgebers, so wie er sich aus dem Wortlaut der Ermächtigungsnorm und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den die Ermächtigung gestellt ist. Auch die Entstehungsgeschichte kann - vor allem zur Bestätigung des Ergebnisses der Auslegung - herangezogen werden" (BVerfG, Beschl. v. 12.11.1958 a. a. O.; vgl. auch Beschl. v. 27.11.1962 a. a. O.).
Nach diesen Maßstäben genügt § 102 SächsBG a. F. nicht den Anforderungen des Art. 75 Abs. 1 SächsVerf. Zwar liegt eine Erteilung der Verordnungsermächtigung in Form eines parlamentarischen Gesetzes vor. Auch ist die Rechtsgrundlage der Sächsischen Beihilfeverordnung in der Präambel der Verordnung ausdrücklich genannt. Allerdings enthält § 102 SächsBG a.F. keine nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmte Ermächtigung. In ihrer hier maßgeblichen, bis zum 27.4.2007 geltenden Fassung verweist die Vorschrift hinsichtlich der Gewährung von Beihilfen grundsätzlich auf die Beihilfevorschriften des Bundes, soweit nicht der Verordnungsgeber etwas anderes bestimmt. Hierdurch erfolgt lediglich eine inhaltliche Festlegung des Verordnungsgebers derart, dass abweichende Regelungen auf dem Gebiet der Beihilfe zulässig sind. Zu welchem Zweck bzw. innerhalb welcher Grenzen der Verordnungsgeber indessen von den Beihilfevorschriften des Bundes soll abweichen dürfen, ist in der Ermächtigungsnorm nicht geregelt. So bleibt insbesondere offen, ob und in welcher Weise der Verordnungsgeber einen Selbstbehalt einführen darf. Damit ist für den Verordnungsgeber nicht erkennbar, welche Regelungen gegenüber dem Adressaten der Verordnung zulässig sein sollen; es fehlt die Vorgabe eines durch die Exekutive auszufüllenden „Programms". Auch eine Auslegung der Ermächtigungsnorm führt nicht weiter, da sich weder dem Wortlaut, noch der Gesetzessystematik des § 102 SächsBG a. F. Anhaltspunkte für den objektiven Willen des Landesgesetzgebers betreffend Zweck und Ausmaß der Ermächtigung entnehmen lassen. Die Heranziehung der Entstehungsgeschichte des § 102 SächsBG a. F. hilft bei der

Auslegung nicht weiter, da sich aus den Gesetzesmaterialien kein Hinweis darauf ergibt, dass sich der sächsische Gesetzgeber vor dem Jahr 2007 mit der Einführung eines Selbstbehalts befasst hätte. Eine Entscheidung von solcher Tragweite darf indessen nach den oben dargelegten Grundsätzen nicht der Exekutive überlassen werden.
Für die Richtigkeit dieser Auffassung spricht nicht zuletzt die zwischenzeitlich erfolgte detaillierte Neuregelung des § 102 SächsBG durch das Gesetz vom 10.4.2007 zur Neuordnung des Disziplinarrechts sowie zur Änderung anderer beamtenrechtlicher Vorschriften im Freistaats Sachsen, dort Art. 2 Ziff. 13. Die Bestimmung des § 102 SächsBG in der aktuellen Fassung lautet:
„Den Beamten und Ruhestandsbeamten sowie deren versorgungsberechtigten Hinterbliebenen werden Beihilfen zu Aufwendungen in Krankheits-, Pflege-, Geburts- und Todesfällen, zur Gesundheitsvorsorge und Früherkennung von Krankheiten sowie zum Schwangerschaftsabbruch und zur Sterilisation gewährt, wenn und solange ihnen laufende Besoldungs- und Versorgungsbezüge zustehen. Beihilfen werden auch zu Aufwendungen für Ehegatten und Kinder der in Satz 1 genannten Personen gewährt. Das Nähere regelt die Staatsregierung durch Rechtsverordnung. Dabei ist insbesondere zu bestimmen,
welche Personen beihilfeberechtigt oder berücksichtigungsfähig sind,
unter welchen Voraussetzungen Beihilfen gewährt werden und welche Aufwendungen beihilfefähig sind,
wie die Beihilfen zu bemessen sind. Sie sollen zusammen mit den aus demselben Anlass gewährten Leistungen Dritter und anderer Ansprüche die entstandenen Aufwendungen nicht übersteigen und die notwendigen und angemessenen Aufwendungen unter Berücksichtigung der Eigenvorsorge und zumutbarer Selbstbehalte decken. In der Regel umfasst die zumutbare Eigenvorsorge beim Beihilfeberechtigten 50 Prozent, beim wirtschaftlich nicht unabhängigen Ehegatten sowie bei Versorgungsempfängern 30 Prozent und bei den Kindern 20 Prozent dieser Aufwendungen."
Zur Begründung der Neufassung führt der Gesetzentwurf (LT-Drs. 4/5064) aus:
„Nach dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 17.6.2004 - 2 C 50/02 - genügen die Beihilfevorschriften des Bundes (BhV), auf die derzeit in § 102 Halbsatz 2 SächsBG in Verbindung mit § 1 SächsBVO vom 22. Juli 2004 (SächsGVBl. S. 397) verwiesen wird, in Form von Verwaltungsvorschriften nicht den Anforderungen des verfassungsrechtlichen Gesetzesvorbehaltes. Wegen ihrer außergewöhnlichen Bedeutung seien zumindest die tragenden Strukturprinzipien zur Gewährung von Beihilfen im Krankheitsfall und bei der Pflegebedürftigkeit vom Gesetzgeber zu treffen. Dazu gehöre auch die Höhe der zumutbaren Eigenvorsorge (BVerwG DÖV 2005, 24 f.)."
Da § 102 SächsBG a. F. den Anforderungen des Art. 75 Abs. 1 SächsVerf wegen mangelnder Bestimmtheit nicht genügt, stellt diese Bestimmung - auch nach Auffassung des sächsischen Gesetzgebers - keine hinreichende Ermächtigungsgrundlage für § 12 SächsBVO dar. Mangels Ermächtigungsgrundlage war § 12 SächsBVO von Beginn an und damit auch zum hier maßgeblichen Zeitpunkt, dem Entstehen der Aufwendungen im September 2004, nichtig.
c) Der Senat weist ergänzend darauf hin, dass eine Heilung der nichtigen Bestimmung des § 12 SächsBVO auch zu einem späteren Zeitpunkt nicht erfolgt ist. Dabei kann an dieser Stelle offen bleiben, ob durch die Neufassung des § 102 SächsBG vom 10.4.2007 eine gemäß Art. 75 Abs. 1 SächsVerf hinreichende Ermächtigungsgrundlage für die Einführung eines Selbstbehalts geschaffen wurde, wofür vieles spricht. Die bloße Einführung einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage führt jedoch nicht dazu, dass die nichtige Bestimmung über den Selbstbehalt nunmehr nachträglich wirksam würde. Die Gültigkeit

einer Rechtsverordnung darf nicht von Umständen abhängen, die weder aus ihr selbst noch aus der ihr zugrunde liegenden gesetzlichen Ermächtigung ersichtlich sind (BGH, Urt. v. 15.2.1979 - III ZR 172/77 -, zit. nach juris). Eine aufgrund einer nicht ausreichenden gesetzlichen Ermächtigung erlassene Rechtsverordnung muss deshalb, um wirksam zu werden, nach dem Inkrafttreten der vervollständigten gesetzlichen Grundlage erneut verkündet werden (Maunz, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 80 Rn. 26; Brenner, in: von Mangoldt/Klein, Grundgesetz, 5. Aufl., Art. 80 Rn. 76, 78; Sannwald, in: Schmidt-Bleibtreu et al., Grundgesetz, 11. Aufl., Art. 80 Rn. 54 sowie Handbuch der Rechtsförmlichkeit Rn. 784; vgl. auch BVerfG, Urt. v. 17.12.1953, BVerfGE 3, 255; Urt. v. 26.7.1972, BVerfGE 34, 9).
Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage einer „Fortgeltung" des § 12 SächsBVO trotz Nichtigkeit für einen Übergangszeitraum vorliegend nicht (vgl. hierzu BVerwG, Urt. v. 17.6.2004 a. a. O. für die Beihilfevorschriften des Bundes). Die Bestimmung des § 12 SächsBVO war wie ausgeführt von Beginn an (1.9.2004) nichtig, so dass eine „Fortgeltung" zur Gewährleistung von Rechtssicherheit ausscheidet. Es trifft auch keine Belastung durch einen „regelungslosen" Zustand ein, da nichtig lediglich die Bestimmung über den Selbstbehalt ist, deren Nichtanwendbarkeit keinen Einfluss auf die Ermittlung und Gewährung der Beihilfe im Übrigen hat.
Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO.
Die Revision ist nicht zuzulassen, da keiner der Gründe des § 132 Abs. 2 VwGO vorliegt.
Rechtsmittelbelehrung
Die Nichtzulassung der Revision kann durch Beschwerde angefochten werden.
Die Beschwerde ist beim Sächsischen Oberverwaltungsgericht, Ortenburg 9, 02625 Bautzen, innerhalb eines Monats nach Zustellung dieses Urteils einzulegen. Die Beschwerde muss das angefochtene Urteil bezeichnen.
Die Beschwerde ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieses Urteils zu begründen. Die Begründung ist bei dem oben genannten Gericht einzureichen.
In der Begründung der Beschwerde muss die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache dargelegt oder die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, des Gemeinsamen Senats der Obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts, von der das Urteil abweicht, oder der Verfahrensmangel bezeichnet werden.
Für das Beschwerdeverfahren besteht Vertretungszwang; dies gilt auch für die Einlegung der Beschwerde und für die Begründung. Danach muss sich jeder Beteiligte durch einen Rechtsanwalt oder einen Rechtslehrer an einer deutschen Hochschule im Sinne des Hochschulrahmengesetzes mit Befähigung zum Richteramt als Bevollmächtigten vertreten lassen. Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse können sich durch eigene Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt oder durch Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt anderer Behörden oder juristischer Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse vertreten lassen. Ein Beteiligter, zur Vertretung berechtigt ist, kann sich selbst vertreten.
Beschluss vom 29.9.2008
Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 80,- € festgesetzt.
Gründe
Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf § 63 Abs. 2 Satz 1, § 47 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1, § 52 Abs. 3 GKG.
Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 68 Abs. 1 Satz 5, § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).

Zitiervorschlag:
OVG Bautzen Urt. v. 17.9.2008 – 2 B 683/07, BeckRS 2009, 31768

BeckRS 2008, 33762

BVerwG (6. Senat), Beschluss vom 28.02.2008 – 6 BN 5.07

Titel:
Beschwerde, Revision, Versorgung, Verwaltungsprozess, Darlegungserfordernis, Verwaltungsverfahren, Zulassung, Hinterbliebenenrente, Anerkennung, Ehe, Aufhebung, Normenkontrollverfahren, Bedeutung, Verfassungsrecht, Fortbildung des Rechts, Zulassung der Revision
Rechtsgebiet:
Verwaltungsverfahren und -prozess
Schlagworte:
Beschwerde, Revision, Versorgung, Verwaltungsprozess, Darlegungserfordernis, Verwaltungsverfahren, Zulassung, Hinterbliebenenrente, Anerkennung, Ehe, Aufhebung, Normenkontrollverfahren, Bedeutung, Verfassungsrecht, Fortbildung des Rechts, Zulassung der Revision
vorgehend:
OVG Koblenz, Urteil vom 20.11.2007 - 6 C 10767/07 (nicht rechtskräftig)
Weiterführende Hinweise:
Revision zugelassen
ECLI:
ECLI:DE:BVerwG:2008:280208B6BN5.07.0
Rechtskraft:
rechtskräftig

Text1

BUNDESVERWALTUNGSGERICHT
BESCHLUSS
BVerwG 6 BN 5.07 (6 CN 1.08)
OVG 6 C 10767/07
In der Normenkontrollsache
…
hat der 6. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
am 28. Februar 2008
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Bardenhewer und die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Hahn und Dr. Graulich beschlossen:

Tenor:

Die Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts Rheinland-Pfalz über die Nichtzulassung der Revision gegen sein Urteil vom 20. November 2007 wird insoweit aufgehoben, als der Normenkontrollantrag mit dem äußerst hilfsweise gestellten Antrag, § 15 Satz 2 Nr. 3 der Satzung des Versorgungswerks der rheinland-pfälzischen Rechtsanwaltskammern vom 25. Oktober 2006 für nichtig zu erklären, abgelehnt worden ist. Insoweit wird die Revision zugelassen.
Die weitergehende Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision wird

zurückgewiesen.
Die Antragstellerin trägt die Hälfte der Kosten des Beschwerdeverfahrens. Im Übrigen folgt die Kostenentscheidung derjenigen der Revisionsentscheidung.
Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Beschwerdeverfahren und für das Revisionsverfahren - insoweit vorläufig - auf 36.000 € festgesetzt.

Gründe:

1 1. Im Umfang der Zulassung der Revision ist die Beschwerde begründet. Insoweit hat die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung (§ 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO). Das Revisionsverfahren kann zur Klärung der Frage beitragen, ob Verfassungsrecht es zulässt, dass ein Versorgungswerk von Rechtsanwaltskammern, das eine Hinterbliebenenrente gewährt, die Hinterbliebenenversorgung durch Satzung ausschließt, wenn die Ehe nach Vollendung des 62. Lebensjahres oder nach Eintritt der Berufsunfähigkeit des Mitglieds geschlossen wurde und nicht mindestens drei Jahre bestanden hat, ohne dass dem Hinterbliebenen der Gegenbeweis eröffnet wird, dass nach den besonderen Umständen des Falles die Annahme nicht gerechtfertigt ist, dass es der alleinige oder überwiegende Zweck der Heirat war, der Witwe oder dem Witwer eine Versorgung zu verschaffen.

2 2. Die Beschwerde bleibt im Übrigen ohne Erfolg.

3 Die Rechtssache hat, soweit die Revision nicht zugelassen worden ist, nicht die allein geltend gemachte grundsätzliche Bedeutung im Sinne des § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO. Grundsätzliche Bedeutung kommt einer Rechtssache nur zu, wenn sie eine für die Revisionsentscheidung erhebliche Frage des revisiblen Rechts aufwirft, die im Interesse der Einheit oder der Fortbildung des Rechts revisionsgerichtlicher Klärung bedarf. Das Darlegungserfordernis des § 133 Abs. 3 Satz 3 VwGO verlangt die Bezeichnung einer konkreten Rechtsfrage, die für die Revisionsentscheidung erheblich sein wird, und einen Hinweis auf den Grund, der ihre Anerkennung als grundsätzlich bedeutsam rechtfertigen soll. Die Beschwerde muss daher erläutern, dass und inwiefern die Revisionsentscheidung zur Klärung einer bisher revisionsgerichtlich nicht beantworteten fallübergreifenden Rechtsfrage führen kann.

4 Die Antragstellerin hält die Frage für klärungsbedürftig, „ob das Rechtsstaatsprinzip verletzt wird, wenn eine Satzungsänderung nicht durch Erlass und Bekanntmachung einer Änderungssatzung erfolgt, sondern durch Erlass und Bekanntmachung einer Neufassung, aus der nicht ersichtlich ist, welche Normen geändert wurden". Diese Frage ist im Sinne der Ausführungen des Berufungsgerichts zu dieser Problematik zu beantworten, ohne dass dazu ein Revisionsverfahren durchgeführt werden müsste. Das Oberverwaltungsgericht hat zutreffend darauf hingewiesen, dass der Normgeber darüber entscheidet, ob er bei entsprechendem Regelungsbedarf eine bereits geltende, das einschlägige Sachgebiet regelnde Norm durch eine Änderungsvorschrift seinen nunmehr bestehenden Regelungsvorstellungen anpasst oder ob er unter Aufhebung der bestehenden Vorschriften eine neue Rechtsnorm erlässt. Dem jeweils eingeschlagenen Verfahren folgt die Verkündung (Bekanntmachung) der Norm, so wie sie erlassen worden ist.

5 Bereits in der frühen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist die Befugnis des Normgebers zum vollständigen (konstitutiven) Neuerlass von Rechtsvorschriften, die bereits vorher galten, jedoch geändert worden waren, ohne weiteres anerkannt worden (BVerfG, Beschlüsse vom 23. Oktober 1958 - 1 BvL 45/56 - BVerfGE 8, 210 <213 f.> und vom 17. November 1959 - 1 BvL 80/53 u. a. - BVerfGE 10, 185 <191>). Diese Befugnis des Normgebers begegnet keinen rechtlichen Bedenken.

6 In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist geklärt, dass gesetzliche Regelungen so gefasst sein müssen, dass der Betroffene seine Normunterworfenheit und die Rechtslage so konkret erkennen kann, dass er sein Verhalten danach auszurichten vermag (BVerfG, Beschluss vom 9. April 2003 - 1 BvL 1/01, 1 BvR 1749/01 - BVerfGE 108, 52 <75>). Diese Anforderungen gelten auch für sonstige Rechtsnormen, die sich an den Bürger wenden. Daher muss der Normgeber seine Regelungen so bestimmt fassen, wie dies nach der Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte und mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist (BVerfG, Beschluss vom 9. August 1995 - 1 BvR 2263/94, 229 und 534/95 - BVerfGE 93, 213 <238>). Diesen Anforderungen kann grundsätzlich sowohl mit dem Erlass einer Änderungsvorschrift als auch mit dem Neuerlass einer eine bestimmte Materie vollständig regelnden Norm genügt werden. Ist eine Normlage infolge einer Vielzahl von Änderungsnormen unübersichtlich geworden (vgl. dazu etwa BVerfG, Beschluss vom 13. September 2005 - 2 BvF 2/03 - BVerfGE 114, 196 <236>), so kann gerade durch Erlass einer vollständig neu regelnden Norm dem Gesichtspunkt der Normenklarheit und der Normenwahrheit Rechnung getragen werden. Demgemäß trifft es entgegen den Ausführungen der Antragstellerin nicht zu, dass der Bundesgesetzgeber lediglich ändernde, nicht aber ablösende Gesetze erlässt. Das Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 2. Aufl. 1999, herausgegeben vom Bundesministerium der Justiz (Rn. 508 ff., 524 ff.) enthält umfangreiche Hinweise auch für den Erlass von sog. Ablösungsgesetzen und führt dafür Beispiele an.

7 Hinsichtlich der Bekanntmachung gebietet das Rechtsstaatsprinzip, dass Rechtsnormen so zu verkünden (bekanntzumachen) sind, dass die Betroffenen sich vom Erlass und vom Inhalt der Rechtsnorm verlässlich Kenntnis verschaffen können und dass diese Möglichkeit der Kenntnisnahme nicht in unzumutbarer Weise erschwert ist (vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 2. April 1963 - 2 BvL 22/60 - BVerfGE 16, 6 <17> und vom 22. November 1983 - 2 BvL 25/81 - BVerfGE 65, 283 <291>). Welche Anforderungen im Einzelnen an die Verkündung zu stellen sind, richtet sich nach dem jeweils einschlägigen Recht. Denn das Rechtsstaatsprinzip enthält keine in allen Einzelheiten eindeutig bestimmten Gebote und Verbote, es bedarf vielmehr der Konkretisierung je nach den sachlichen Gegebenheiten (vgl. Beschluss vom 18. Oktober 2006 - BVerwG 9 B 6.06 - Buchholz 310 § 108 Abs. 2 VwGO Nr. 66 Rn. 4). Wird eine das betreffende Sachgebiet unter Aufhebung zuvor ergangener Bestimmungen umfassend neu regelnde Norm erlassen und den Anforderungen gemäß bekanntgemacht, kann der Normunterworfene besonders deutlich erkennen, was von dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der Neuregelung an rechtens sein soll. Er ist nicht gehalten, in älteren Verkündungsblättern zu forschen und den geltenden Normtext zu erschließen. Dass dadurch Gesetzesänderungen „verschleiert" werden könnten, wie die Antragstellerin meint, ist nicht nachvollziehbar. Die von der Antragstellerin für ihre gegenteilige Ansicht angeführten Beispiele verkennen, dass der Inhalt der neu erlassenen Vorschriften von den zur Normsetzung berufenen Organen verantwortet wird und Geltung beansprucht.

8 Wenn die Antragstellerin ein Interesse an der Normgenese hat und sich darüber informieren will, wann welche Änderungen in der Vergangenheit beschlossen worden sind und inwieweit die Neufassung davon abweicht, bleibt es ihr unbenommen, entsprechende Nachforschungen in den Verkündungsblättern vorzunehmen. Für die Erkennbarkeit der Rechtslage ist das ohne Bedeutung.

9 3. Die Entscheidung über die Kosten folgt, soweit die Beschwerde zurückgewiesen

worden ist, aus § 154 Abs. 2 VwGO. Im Übrigen folgt sie der Kostenentscheidung in der Hauptsache. Die Festsetzung des Wertes des Streitgegenstandes beruht auf §§ 47, 52 Abs. 1, § 63 Abs. 1 Satz 1 GKG und berücksichtigt, dass das wirtschaftliche Interesse der Antragstellerin auf die Gewährung von Hinterbliebenversorgung gerichtet ist. Dieses Interesse bewertet der Senat im vorliegenden Normenkontrollverfahren mit der Hälfte des dreifachen Jahresbetrags der geschätzten Versorgung von 2.000 € pro Monat.

Zitiervorschlag:
BVerwG Beschl. v. 28.2.2008 – 6 BN 5.07, BeckRS 2008, 33762

BeckRS 2008, 33047

OVG Magdeburg (3. Senat), Urteil vom 22.03.2006 - 3 L 249/04

Titel:
Erhebung von Beiträgen für den Besuch von Kindertageseinrichtungen
Normenketten:
SGB VIII § 90 Abs. 1 Satz 2
KiFöG § 13 Abs. 2
Amtlicher Leitsatz:
Entscheidet sich der Satzungsgeber bei der Erhebung von Gebühren für die Benutzung von Kindertageseinrichtungen für eine Staffelung der Elternbeiträge, hat er dabei kumulativ die Merkmale „Einkommensgruppen" und „Kinderzahl oder Zahl der Familienangehörigen" zu berücksichtigen.
Rechtsgebiete:
Sonstiges besonderes Verwaltungsrecht, Verwaltungsverfahren und -prozess
Schlagworte:
Elternbeitrag, Kindergartenbeiträge, Kindertageseinrichtung, Gebührenbescheid, Betreuung von Kindern, Kindertagesstätte, Erhebung, Satzung, Staffelung, Einkommensgruppe, Kinderzahl, Familienangehöriger
vorgehend:
VG Dessau vom 22.04.2004 - 2 A 222/03 (Rechtskraft: unbekannt)
ECLI:
ECLI:DE:OVGST:2006:0322.3L249.04.0A
Rechtskraft:
nicht rechtskräftig

Tatbestand:

1 Die Kläger wenden sich gegen die Heranziehung zu Elternbeiträgen für den Besuch der in der Trägerschaft der Beklagten stehenden Kindertagesstätte „F." durch ihren Sohn M.

2 In der Sitzung vom 22. April 1998 beschloss der Stadtrat der Beklagten die Satzung über die Erhebung von Gebühren und Entgelten für die Benutzung der kommunalen Kindertageseinrichtungen der Beklagten (Satzung vom 28. April 1998). Nach § 2 Sätze 2 und 3 der Satzung setzt der Stadtrat die Höhe der Elternbeiträge für die Nutzung von Plätzen in Kindertageseinrichtungen fest. Ihre jeweilige Höhe ergibt sich aus der Anlage 1, die Bestandteil der Satzung ist. Weiter

sieht § 3 Abs. 1 Satz 1 der Satzung vor, dass sich der Elternbeitrag für Kinder von Erziehungsberechtigten mit zwei Kindern in der Familie auf 70% und mit drei und mehr Kindern in der Familie auf 40% des nach § 2 festgesetzten Betrages ermäßigt. Berücksichtigt werden nach dieser Bestimmung alle Kinder in der Familie bis zum vollendeten 18. Lebensjahr, für die staatliches Kindergeld gezahlt wird.

3 Am 21. Juni 2000 beschloss der Stadtrat der Beklagten hinsichtlich der Staffelung der Gebühren eine Änderung der Satzung über die Erhebung von Beiträgen und Gebühren für die Benutzung der kommunalen Tageseinrichtungen der Beklagten (Satzung vom 27. Juni 2000). Hiernach wird der Elternbeitrag nunmehr für eine Betreuungszeit von bis zu sechs Stunden, bis zu acht Stunden und mehr als acht Stunden sowie danach gestaffelt, ob es sich um Kinder bis zum vollendeten dritten Lebensjahr, um Kinder ab dem vollendeten dritten Lebensjahr oder um Kinder ab dem Schuleintritt handelt. Ferner ermäßigt sich der Elternbeitrag um 30%, wenn zwei Kinder bis zum 18. Lebensjahr in der Familie leben, für die Kindergeld gezahlt wird und um 60%, wenn drei oder mehr Kinder bis zum 18. Lebensjahr in der Familie leben, für die Kindergeld gezahlt wird. Die Satzung ist nachfolgend hinsichtlich der Höhe der Gebühren geändert worden, die Art der Staffelung der Elternbeiträge ist nachfolgend nicht mehr verändert worden.

4 Mit Bescheid vom 9. April 2003 setzte die Beklagte den von den Klägern zu entrichtenden Elternbeitrag für eine tägliche Betreuungszeit bis zu fünf Stunden ab dem 1. Mai 2003 auf monatlich 83,00 € fest.

5 Hiergegen legten die Kläger unter dem 6. Mai 2003 Widerspruch ein, welchen sie damit begründeten, dass sie mit der Höhe der festgesetzten Gebühr nicht einverstanden seien, weil die Gebührensatzung nicht dem Kinderförderungsgesetz vom 5. März 2003 angepasst worden sei.

6 Mit Bescheid vom 23. Juni 2003 wies die Beklagte den Widerspruch zurück. Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass die Gebührensatzung vom 28. April 1998 in der Fassung der letzten Änderung vom 17. Juli 2001 durch das Inkrafttreten des Kinderförderungsgesetzes nicht gegenstandslos geworden sei. Auch wenn sich aus dem Gesetz nunmehr eine Halbtagsbetreuung mit einer täglichen Betreuungszeit von fünf Stunden ergebe, sei es nicht zwingend geboten, künftig einen Abschlag gegenüber der Gebühr für eine Betreuungszeit von bis zu sechs Stunden vorzunehmen, da der Kostendeckungsgrad der Elternbeiträge ohnehin relativ niedrig sei.

7 Am 24. Juli 2003 haben die Kläger vor dem Verwaltungsgericht Dessau Klage erhoben. Zur Begründung haben sie vorgetragen, dass der Beitrag für eine tägliche Betreuungszeit von nunmehr fünf Stunden in Höhe von 83,00 € zuvor für eine tägliche Betreuungszeit von bis zu sechs Stunden entrichtet worden sei. Es sei kein Grund dafür ersichtlich, weshalb für eine durch die Beklagte einseitig geminderte Betreuungszeit derselbe Beitrag gezahlt werden müsse.

8 Die Kläger haben beantragt,
den Bescheid der Beklagten vom 9. April 2003 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 23. Juni 2003 aufzuheben.

9 Die Beklagte hat beantragt,
die Klage abzuweisen.

10 Die Beklagte hat zur Begründung auf den streitbefangenen Bescheid verwiesen. Bedenken gegen die in der Gebührensatzung vorgenommene soziale Staffelung bestünden nicht, da nach § 18 Satz 2 des im Zeitpunkt des Beschlusses über die

Gebührensatzung geltenden Kinderbetreuungsgesetzes (KiBeG) auch eine Staffelung nur nach der Kinderzahl möglich gewesen sei. Eine Staffelung, welche kumulativ Einkommen und Kinderzahl berücksichtige, sei dagegen weder nach § 90 SGB VIII noch nach dem nunmehr geltenden Kinderförderungsgesetz vom 5. März 2003 (KiFöG) geboten. Die geänderte Formulierung des § 13 KiFöG diene vielmehr dazu, den Gestaltungsspielraum zur Staffelung der Elternbeiträge ungeschmälert an die Träger der Einrichtung zu übertragen. Die zuständigen Gremien seien beim Zustandekommen der satzungsrechtlichen Grundlagen ordnungsgemäß beteiligt worden.

11 Mit Urteil vom 22. April 2004 hat das Verwaltungsgericht Dessau die angefochtenen
1 Bescheide der Beklagten aufgehoben. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, dass die Satzung über die Erhebung von Gebühren und Entgelten für die Benutzung der kommunalen Kindertageseinrichtungen der Beklagten vom 22. April 1998 in der Fassung der Änderungssatzung vom 17. Juli 2001 keine wirksame Rechtsgrundlage für die angefochtenen Bescheide (mehr) darstelle, da die darin getroffene Regelung über die Staffelung der Gebühren nur nach der Kinderzahl und nicht auch nach Einkommensgruppen mit höherrangigem Recht nicht vereinbar sei. Für das Erfordernis kumulativer Staffelungskriterien spreche bereits der gegenüber dem vormals geltenden Gesetz zur Förderung und Betreuung von Kindertageseinrichtungen (KiBeG) geänderte Wortlaut der Regelung über die Staffelung der Elternbeiträge in § 13 Satz 2 KiFöG. Nach § 90 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII könne Landesrecht eine Staffelung „nach Einkommensgruppen und Kinderzahl oder Zahl der Familienangehörigen" vorschreiben. Ob diese Gesetzesfassung im Gegensatz zur gesetzgeberischen Intention anstelle der Eröffnung eines weiten Gestaltungsspielraumes zugunsten des Landesgesetzgebers eine Pflicht zur kumulativen Berücksichtigung der Merkmale „Einkommen", „Kinderzahl" und „Zahl der Familienangehörigen" bei der Entgeltstaffelung begründe, habe das Bundesverwaltungsgericht in der von der Beklagten angeführten Entscheidung vom 15. September 1998 (- 8 C 25.97 -, NVwZ 1999, 993 [995]) ausdrücklich offen gelassen. Nach Überzeugung der Kammer sei diese Frage zu bejahen. Für eine Pflicht zur kumulativen Berücksichtigung beider Merkmale bei der Entgeltstaffelung spreche neben dem eindeutigen Wortlaut auch die Entstehungsgeschichte der Vorschrift des § 90 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII. Auf die Frage, ob die in der Anlage 1 zur Gebührensatzung festgelegten Gebührensätze für die Benutzung der kommunalen Tageseinrichtungen wegen des Fehlens einer auf der Grundlage des Kinderförderungsgesetzes und der danach vorgesehenen Halbtagsbetreuung von mindestens fünf Stunden vorgenommenen Kalkulation nichtig sei, komme es deshalb nicht an.

12 Zur Begründung der vom Verwaltungsgericht zugelassenen Berufung trägt die
2 Beklagte vor: Das Verwaltungsgericht gehe unzutreffend davon aus, dass § 90 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII in der maßgeblichen Fassung vom 16. Februar 1993 sowie der auf dieser Ermächtigung beruhende § 13 Satz 2 KiFöG es zwingend gebiete, dass Träger von Kindertageseinrichtungen die Elternbeiträge kumulativ nach Einkommensgruppen und nach der Kinderzahl oder Zahl der Familienangehörigen staffeln müssen, wenn sie sich überhaupt für eine Staffelung entschieden. Nach der Grundsatzentscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 15. September 1998 sei aus der Gesetzgebungsgeschichte zur Neufassung des § 90 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII nicht zwingend abzuleiten, dass die Differenzierungskriterien „Einkommen"

und „Kinderzahl" nunmehr kumulativ miteinander verknüpft seien. Dies ergebe sich auch aus Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung, wonach die Gestaltungsmöglichkeiten bei der Erhebung von Elternbeiträgen durch Landesrecht gegenüber der vorherigen Fassung erweitert werden sollten und zudem die Möglichkeiten der Staffelung durch ein weiteres Kriterium, nämlich um die Zahl der Familienangehörigen erweitert werden sollte. Für die landesrechtliche Regelung des § 13 Satz 2 KiFöG gelte nichts anderes. Da sich die Ermächtigungsgrundlage in Sachsen-Anhalt in der Wortwahl nicht von der des Bundes unterscheide, habe damit auch der Träger einer Kindertageseinrichtung in Sachsen-Anhalt die Befugnis erhalten, eine Staffelung der Elternbeiträge nach einem oder zwei der im Gesetz genannten Kriterien, also auch ausschließlich nach der Kinderzahl, vornehmen zu können.

13 Die Beklagte beantragt,

unter Aufhebung des Urteils des Verwaltungsgerichts Dessau - 2. Kammer - vom 22. April 2004 die Klage abzuweisen.

14 Die Kläger beantragen,

die Berufung zurückzuweisen.

15 Die Kläger machen sich zur Begründung ihres Antrages in vollem Umfang die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils zu eigen und zum Gegenstand ihrer Erwiderung.

16 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhaltes und des Vorbringens der Beteiligten im Übrigen wird auf den Inhalt der Gerichtsakten und der beigezogenen Verwaltungsvorgänge der Beklagten, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind, Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

17 Die zulässige Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts vom 22. April 2004 ist unbegründet.

18 Das Verwaltungsgericht hat zu Recht festgestellt, dass der streitbefangene Bescheid der Beklagten vom 9. April 2003 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 23. Juni 2003 rechtswidrig ist und die Kläger dadurch in ihren Rechten verletzt.

19 Das Verwaltungsgericht ist im Ergebnis zutreffend davon ausgegangen, dass die als Rechtsgrundlage für die angefochtenen Bescheide in Betracht kommende Satzung der Beklagten über die Erhebung von Gebühren und Entgelten für die Benutzung der kommunalen Kindertageseinrichtungen vom 22. April 1998 in der Fassung der Änderungssatzung vom 21. Juni 2000 nicht mit höherrangigem Recht vereinbar ist, da sie eine Staffelung der Elternbeiträge nur nach dem Merkmal der Kinderzahl vorsieht.

20 Sowohl der Wortlaut als auch die Gesetzgebungsmaterialien der bundesrechtlichen Rahmenvorschrift des § 90 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII (zuvor § 90 Abs. 1 Satz 2 KJHG), der landesrechtlichen Vorschriften in den verschiedenen Fassungen des § 18 des Gesetzes zur Förderung und Betreuung von Kindern in Tageseinrichtungen (KiBeG) und auch die Regelung des § 13 Satz 2 des Gesetzes zur Förderung und Betreuung von Kindern in Tageseinrichtungen und in Tagespflege vom 5. März 2003 (KiFöG, GVBl. LSA S. 48) weisen darauf hin, dass, sofern die Elternbeiträge für Kindertageseinrichtungen entweder durch Landesgesetz oder in Satzungen der kommunalen Träger gestaffelt werden, die Merkmale „Einkommensgruppen" und „Kinderzahl oder Zahl der Familienangehörigen" kumulativ zu berücksichtigen sind

(vgl. zu vergleichbaren landesrechtlichen Regelungen: OVG Lüneburg, Urt. v. 23.11.1994 - 9 L 2038/94 -; OVG Koblenz, Urt. v. 30.04.1997 - 12 C11399/95 -, FEVS 48, 259).

21 In der ursprünglichen Fassung des § 90 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII (vormals Gesetz zur Neuregelung des Kinder- und Jugendhilferechts - KJHG -) vom 26. Juni 1990 (BGBl. I S. 1163) lautete die hier maßgebliche bundesgesetzliche Rahmenvorschrift:

„Landesrecht kann für die Inanspruchnahme von Tageseinrichtungen für Kinder pauschale Beträge festsetzen und diese nach Einkommensgruppen oder Kinderzahl staffeln (Hervorhebung durch d. Senat)."

22 Die ab dem 1. April 1993 geltenden Neufassung der Vorschrift (Gesetz v. 16.02.1993, BGBl. I S. 239) lautete:

„Landesrecht kann eine Staffelung der Teilnahmebeiträge und Gebühren, die für die Inanspruchnahme der Tageseinrichtungen für Kinder zu entrichten sind, nach Einkommensgruppen und Kinderzahl oder der Zahl der Familienangehörigen vorschreiben oder selbst entsprechend gestaffelte Beiträge festsetzen (Hervorhebung durch d. Senat)."

23 Diese Bestimmung ist in den nachfolgenden Gesetzesänderungen insoweit - hinsichtlich der Staffelungsmerkmale - nicht mehr geändert worden.

24 Bereits der Wortlaut der seit dem 1. April 1993 geltenden Fassung des § 90 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII spricht für das Erfordernis einer kumulativen Berücksichtigung der Merkmale „Einkommensgruppen" und „Kinderzahl oder Zahl der Familienangehörigen", wenn sich der Landesgesetzgeber bzw. die vom jeweiligen Landesgesetzgeber zur Satzungsgebung ermächtigten Träger von Kindertageseinrichtungen zu einer Staffelung der Elternbeiträge entschließen. Nach den anerkannten Regelungen zur Abfassung von Gesetzestexten (vgl. Bundesministerium der Justiz, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, Rn. 73 f.) wird die Konjunktion „und" dann verwendet, wenn in einer Rechtsvorschrift verschiedene Voraussetzungen kumulativ festgelegt werden sollen. Zwar können bei einer Aufzählung verschiedene Glieder auch durch Kommata voneinander getrennt werden. In einem solchen Fall steht vor dem letzten Aufzählungsglied aber „und" oder „sowie", um den kumulativen Charakter der Aufzählung eindeutig zu bestimmen. Das Wort „oder" ist hingegen immer dann zu verwenden, wenn in einer Vorschrift verschiedene Voraussetzungen festgelegt werden, ohne dass notwendigerweise eine Kumulation der Voraussetzungen erfolgen soll.

25 Entgegen der Auffassung der Beklagten bestätigen auch die Gesetzesmaterialien zum Achten Buch Sozialgesetzbuch (zuvor KJHG) die Annahme des Erfordernisses einer kumulativen Berücksichtigung der beiden vorbenannten Merkmale bei der Staffelung der Elternbeiträge. Für ein solches gesetzgeberisches Gebot spricht die Gesamtschau der Entwicklung der verschiedenen Fassungen des § 90 SGB VIII.

26 In den Materialien zur ursprünglichen Fassung des § 90 Abs. 1 SGB VIII (KJHG) vom 26. Juni 1990 (BGBl. I S. 1163) heißt es in einem Prüfauftrag des Bundesrates (BT-Drucksache 11/5948, S. 145):

„Bei der Heranziehung zu den Kosten für die Inanspruchnahme von Kindertageseinrichtungen oder Tagespflege muss klar gestellt werden, dass auch bei pauschalierten Heranziehungsbeträgen die Staffelung nach Einkommensgruppen nicht zwingend ist und insbesondere auch die familiäre Situation berücksichtigt werden kann, z. B. durch eine Staffelung nach

Geschwisterzahl. Auch die Regelung über den Erlass von Kostenbeiträgen im Einzelfall sollte offener gestaltet werden."

27 Der zuständige Bundestagsausschuss für Jugend, Familie, Frauen und Gesundheit (BT-Drucksache 11/6748, S. 82 f.) hat im Rahmen der Begründung seines Beschlusses, welcher dem späteren Gesetzeswortlaut mit der alternativen Aufzählung der Merkmale „Einkommensgruppen" oder „Kinderzahl" entspricht, ausgeführt:

„Die Kostenregelungen gehen auf die Anregungen des Bundesrats zurück. Sie sind das Ergebnis der Beratungen einer Arbeitsgruppe unter Beteiligung der Länder, der Kommunalen Spitzenverbände und der Bundesarbeitsgemeinschaft der Landesjugendämter und überörtlichen Erziehungsbehörden.

28 Nach dem Regierungsentwurf vom 21. April 1992 zur Änderung des § 90 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII im Rahmen des 1. Änderungsgesetzes zum KJHG von 1993 sollte die geänderte Fassung zunächst wie folgt lauten:

„Landesrecht kann für die Inanspruchnahme von Angeboten nach Absatz 1 Nr. 3 Pauschalbeiträge festsetzen und diese nach Einkommensgruppen und Kinderzahl staffeln (Hervorhebung durch d. Senat)."

29 In der Begründung zu diesem Entwurf heißt es (BT-Drucksache 12/2866, S. 25):

„Die Vorschrift ersetzt § 90 der geltenden Fassung.

Zu Absatz 1 Durch die Formulierung von Nummer 2 wird sichergestellt, dass für Angebote der Beratung in allgemeinen Fragen der Erziehung und Entwicklung junger Menschen nach § 16 Abs. 2 Nummer 2 keine Teilnahmebeiträge erhoben werden dürfen. Dies entspricht der gegenwärtigen Praxis. Im Übrigen entspricht die Vorschrift mit redaktionellen Änderungen § 90 Abs. 1 der geltenden Fassung (Hervorhebung durch d. Senat)."

30 In der Stellungnahme des Bundesrates zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung (BT-Drucksache 12/2866, S. 36), in welcher abweichend vom Regierungsentwurf die spätere Gesetzesfassung des § 90 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII vorgeschlagen wird, heißt es zur Begründung dieses - nur auf § 90 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII bezogenen - Vorschlages:

„Die derzeitige Fassung kann so verstanden werden, dass sie dem Landesgesetzgeber - entgegen zahlreichen Ländergesetzen - nur noch die Möglichkeit lässt, selbst gestaffelte Elternbeiträge festzusetzen, nicht aber entsprechende Rahmenvorgaben für die Träger der Kindertageseinrichtungen und die örtlichen Träger der Jugendhilfe zu machen. Im Übrigen wird davon ausgegangen, dass § 90 Abs. 3 KJHG abweichende Vorgaben des Landesgesetzgebers für die Regelung der Elternbeiträge durch die Träger i. S. einer weitergehenden Sozialstaffel nicht ausschließt. Denn diese Vorschrift regelt nur den Erlass oder die Herabsetzung von Elternbeiträgen bei unzumutbarer Belastung im Einzelfall. Das Gesetz sollte die Möglichkeit eröffnen, die Pauschalbeiträge entweder nach Einkommensgruppen und Kinderzahl oder nach Einkommensgruppen und Zahl der Familienangehörigen zu staffeln. Dieser Ergänzungsvorschlag berücksichtigt, dass es nicht unerheblich ist, ob ein Familieneinkommen in Höhe eines Betrages von X-DM zur Verfügung steht, von dem neben zwei Kindern ein Elternteil leben muss oder ob von dem selben Betrag der Lebensunterhalt von Mutter und Vater und zwei Kindern bestritten werden muss (Hervorhebungen durch den Senat)."

31 Die Bundesregierung hat diesem Vorschlag in ihrer Gegenäußerung ohne Einschränkung zugestimmt (BT-Drucksache 12/2866, S. 43).

32 In dem Bericht des federführenden Bundestagsausschusses für Frauen und Jugend (BT-Drucksache: 12/3711, S. 46) heißt es zur Begründung des Beschlusses, welcher den Vorschlag des Bundesrates übernimmt:

„Die Ausschussfassung nimmt einen Vorschlag des Bundesrates auf, dem die Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung zugestimmt hat."

33 Nach Überzeugung des Senates spricht insbesondere der Umstand, dass nicht der ursprüngliche Regierungsentwurf, sondern der abweichende, nach der Begründung eindeutig kumulativ ausgestaltete Vorschlag des Bundesrates vom Gesetzgeber übernommen worden ist und insbesondere auch die Bundesregierung diesem Änderungsvorschlag vorbehaltlos und ohne einschränkende Erläuterung zugestimmt hat, deutlich dafür, dass die Bestimmung des § 90 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII für den Fall der Staffelung der Elternbeiträge dem Landesgesetzgeber bzw. den Trägern von Kindertageseinrichtungen nur die Möglichkeit der alternativen Berücksichtigung der Merkmalspaare „Einkommensgruppen und Kinderzahl" oder „Einkommensgruppen und Zahl der Familienangehörigen" eröffnen soll.

34 Soweit sich die Beklagte zur Begründung ihrer gegenteiligen Auffassung im Wesentlichen auf die Begründung des Urteils des Bundesverwaltungsgerichtes vom 15. September 1998 (- 8 C 25.97 -, NVwZ 1999, 993) stützt, ist zunächst darauf zu hinzuweisen, dass die Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts zur Auslegung von § 90 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII für die Entscheidung nicht tragend sind und das Bundesverwaltungsgericht die Frage der kumulativen oder alternativen Berücksichtigung der Staffelungsmerkmale ausdrücklich offen gelassen hat. Wie das Bundesverwaltungsgericht auch hervorhebt, berücksichtigte die streitgegenständliche Satzung in dem entschiedenen Fall das Elterneinkommen und die Kinderzahl kumulativ. Soweit das Bundesverwaltungsgericht Argumente gegen eine „Kumulation" anführt, die sich die Beklagte zu eigen macht, verkennt der Senat nicht, dass es vor dem Hintergrund, dass § 90 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII den Ländern und Trägern von Kindertageseinrichtungen auch die Möglichkeit einräumt, auf eine Staffelung der Elternbeiträge gänzlich zu verzichten, durchaus sinnvoll und zweckmäßig erscheint, dem Normgeber für den Fall der Beitragsstaffelung keine obligatorischen Maßgaben zu erteilen (vgl. allgemein zum Ermessen des Satzungsgebers bei der Ausgestaltung der Elternbeiträge: Urt. d. Senates vom 22.03.2006 - 3 L 258/03 -). Es mag zwar durchaus die Zielsetzung des ursprünglichen Regierungsentwurfes gewesen sein, die seit dem 1. Januar 1991 geltende Regelung über die Erhebung von Elternbeiträgen in § 90 SGB VIII inhaltlich nicht zu ändern und den Ländern bzw. Trägern von Kindertageseinrichtungen auch weiterhin „offene" Gestaltungsmöglichkeiten bei der Festsetzung der Elternbeiträge einzuräumen. Entgegen der Auffassung der Beklagten hat sich ein solches anfängliches gesetzgeberisches Anliegen aber in der endgültigen Gesetzesfassung nicht durchgesetzt. Die mögliche Intention des Regierungsentwurfes ist in dem vorgeschlagenen ursprünglichen Wortlaut der Regelung schon insoweit nicht umgesetzt worden, als dort das Wort „oder" durch die Konjunktion „und" ersetzt wurde. Der Regierungsentwurf ist ferner im weiteren Gesetzgebungsverfahren beruhend auf der Initiative des Bundesrates nochmals abgeändert worden. Nach dem Wortlaut der Begründung des Bundesrates zu seinem von der Regierungsvorlage abweichenden Vorschlag sollte ausdrücklich nur eine kumulative Berücksichtigung der Merkmale „Einkommensgruppen" und „Kinderzahl oder Zahl der Familienangehörigen" im Falle der Staffelung der

Elternbeiträge möglich sein.

35 Das Landesrecht hat diese Auslegung der bundesrechtlichen Regelung auch übernommen. Zwar weist erst die Fassung des § 13 KiFöG vom 5. März 2003 eine dem Bundesrecht wortgleich entsprechende Bezeichnung der Staffelungsmerkmale auf. Jedoch ist den Gesetzgebungsmaterialien und dem Kontext der Regelung zu entnehmen, dass der Landesgesetzgeber auch hinsichtlich der Fassungen des § 18 des Kinderbetreuungsgesetzes 1996 und 1999 von dem Erfordernis der kumulativen Berücksichtigung der Staffelungsmerkmale ausgegangen ist, auch wenn der Wortlaut der Normen dies nicht in eindeutiger Weise zum Ausdruck bringt.

36 In dem zeitlich auf die Neufassung des § 90 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII im Gesetz vom 16. Februar 1993 zunächst folgenden Gesetz zur Förderung und Betreuung von Kindern - KiBeG - vom 18. Juli 1996 (GVBl. LSA S. 224) ist die die Rahmenvorschrift des § 90 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII ausfüllende landesrechtliche Bestimmung des § 18 Abs. 2 Satz 2 KiBeG wie folgt gefasst worden:

„Die Beiträge der Eltern sind sozial verträglich zu gestalten und können nach den Elterneinkommen, dem Alter und der Zahl von Geschwistern der Kinder in Betreuungseinrichtungen gestaffelt werden."

37 Nach der Änderung des § 18 KiBeG durch das Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Förderung und Betreuung von Kindern in Tageseinrichtungen vom 31. März 1999 (GVBl. LSA S. 125) lautete die Vorschrift:

„Hinsichtlich der Erhebung von Elternbeiträgen gelten die Regelungen in § 90 SGB VIII. Die Träger von Kindertageseinrichtungen können die Elternbeiträge für ihre Kindertageseinrichtungen nach Einkommensgruppen, Kinderzahl oder der Zahl der Familienangehörigen staffeln."

38 Nach dem für den hier streitgegenständlichen Gebührenzeitraum geltenden Gesetz zur Förderung und Betreuung von Kindern in Tageseinrichtungen und in Tagespflege des Landes Sachsen-Anhalt vom 5. März 2003 (- KiFöG -, GVBl. LSA S. 48) lautet die Bestimmung über die Erhebung von Elternbeiträgen (§ 13 Sätze 1 und 2 KiFöG) nunmehr:

„Hinsichtlich der Erhebung von Elternbeiträgen gelten die Regelungen in § 90 des Achten Buches Sozialgesetzbuch. Die Träger von Tageseinrichtungen können die Elternbeiträge für ihre Tageseinrichtungen nach Einkommensgruppen und Kinderzahl oder Zahl der Familienangehörigen staffeln."

39 Den Gesetzgebungsmaterialien lässt sich entnehmen, dass der Landesgesetzgeber bereits bei den Beratungen zum Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen vom 18. Juli 1996 davon ausgegangen ist, dass im Falle der Staffelung der Elternbeiträge kumulativ das Elterneinkommen und die Kinderzahl durch den Satzungsgeber zu berücksichtigen ist.

40 In dem Entwurf der Landesregierung für ein Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen heißt es in der Begründung zur Änderung von § 18 (LT-Drucksache 2/1640, S. 26):

„Allein die Anzahl der Kinder ohne Rücksicht auf das Elterneinkommen kann eine Ermäßigung von Beiträgen sozial gegenüber den anderen nicht rechtfertigen. Maßstab kann hier nur das Einkommen der Sorgeberechtigten sein. Dies ist mit dem neuen Vorschlag angemessen berücksichtigt."

41 Weiter hat die damalige Ministerin für Arbeit, Soziales und Gesundheit Dr. K1. im Rahmen der Einbringung des Gesetzentwurfes in den Landtag ausgeführt

(Plenarprotokoll 2/33 vom 14.12.1995, S. 2393 f.):

„Zum einen ist die soziale Verträglichkeit bundes- und landesgesetzlich festgeschrieben, und die Landesregierung wird Empfehlungen zu Höchstgrenzen und zur Staffelung von Elternbeiträgen herausgeben. Die Träger erhalten ausdrücklich die Möglichkeit, den Anteil der Eltern nach deren Finanz- und Familiensituation zu staffeln (Hervorhebung durch den Senat)."

42 Im Rahmen der Ausschussberatungen ist der Regierungsentwurf lediglich dahingehend geändert worden, dass das Wort „Geschwisterkinder" durch die Worte „von Geschwistern der Kinder" ersetzt wurde und das Ministerium für Arbeit, Soziales und Gesundheit Empfehlungen für die Staffelung der Elternbeiträge zu erlassen hatte (LT-Drucksache 2/2257, S. 26). Die Materialien, wie auch die zwar durch Kommata getrennte, aber mit der Konjunktion „und" verbundene Aufzählung der Staffelungsmerkmale lassen deutlich erkennen, dass das bundesgesetzlich vorgegebene Erfordernis der kumulativen Berücksichtigung von Einkommensgruppen und Kinderzahl bzw. Zahl der Familienangehörigen vom landesgesetzgeberischen Willen umgesetzt werden sollte.

43 Soweit die Beklagte im gerichtlichen Verfahren die im Anschluss an das Gesetz vom 18. Juli 1996 ergangenen Empfehlungen des Ministeriums für Arbeit, Soziales und Gesundheit zur Höhe und Staffelung der Elternbeiträge in Kindertageseinrichtungen vom 6. September 1996 vorgelegt hat, lässt sich auch diesen ausdrücklich als unverbindlich gekennzeichneten Empfehlungen nicht entnehmen, dass der Gesetzgeber - abweichend von den vorgenannten Äußerungen im Gesetzgebungsverfahren - von der Möglichkeit einer alternativen Berücksichtigung der in § 90 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII genannten Begriffsmerkmale ausgegangen ist.

44 In dem Entwurf des Haushaltsbegleitgesetzes 1999, welcher den Entwurf des Gesetzes zur Änderung des Gesetzes zur Förderung und Betreuung von Kindern in Tageseinrichtungen vom 31. März 1999 und erstmals eine Verweisung auf § 90 SGB VIII zum Gegenstand hatte und die in der genannten Vorschrift aufgeführten Begriffsmerkmale enthält, wird zur Begründung der Änderung ausgeführt (LT-Drucksache 3/529, S. 22, dort noch § 17):

„Unter dem Aspekt des Abbaus von landesrechtlich vorgegebenen Standards erscheint es auch gerechtfertigt, die Beitragsbestimmung zwar in der Hand der Einrichtungsträger zu belassen, jedoch keine weitere Ausgestaltung im Landesgesetz vorzusehen unter Bezugnahme auf die maßgebliche Klausel in § 90 SGB VIII. Es ist allerdings notwendig, durch Landesgesetz den Trägern in Ausfüllung des Vorbehalts gemäß § 90 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII das Recht zur Beitragsstaffelung zu übertragen. Die Träger der freien Jugendhilfe sind damit in eigener Handlungsautonomie befugt, die Höhe ihrer Elternbeiträge festzulegen. Ob die Festsetzung dann letztlich angemessen ist, entscheidet sich unter den bereits in der Begründung zum neuen § 16 dargelegten Aspekten. Dies ist eine Angelegenheit im Selbstverwaltungsbereich der Betroffenen."

45 Es ist den nachfolgenden parlamentarischen Beratungen nicht zu entnehmen, dass mit dem „Abbau landesrechtlicher Standards" mehr als die ersatzlose Streichung der bisher enthaltenen - bundesrechtlich nicht vorgesehenen - gesetzlichen Verpflichtung zur „sozialverträglichen Gestaltung" der Elternbeiträge gemeint war. Die ausdrückliche Bezugnahme auf § 90 SGB VIII und der damit erklärte Wille zur Übernahme auch der Regelung des § 90 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII in das Landesrecht - welcher allerdings im späteren Gesetzeswortlaut durch die mit einem Komma

getrennte Aufzählung der Merkmale „Einkommensgruppen" und „Kinderzahl oder Zahl der Familienangehörigen" nicht konsequent umgesetzt wurde, belegen nach Auffassung des Senats, dass der Landesgesetzgeber der Regelung des § 18 KiBeG in der Fassung des Gesetzes vom 31. März 1999 keinen vom Inhalt der bundesrechtlichen Regelung abweichenden Sinngehalt beimessen und - abweichend von der gesetzgeberischen Intention der zeitlich vorgehenden Regelung - nunmehr eine alternative Berücksichtigung der Merkmale „Einkommensgruppen" und „Kinderzahl bzw. Zahl der Familienangehörigen" zulassen wollte.

46 Die Gesetzgebungsmaterialien zum Kinderförderungsgesetz vom 5. März 2003 enthalten keine Ausführungen dazu, aus welchen Gründen § 13 Satz 2 KiFöG nunmehr - anders als die vorgehende Regelung - die bundesrechtliche Regelung des § 90 Abs. 1 Satz 2 SBG VIII hinsichtlich der Möglichkeiten der Staffelung der Elternbeiträge im Wesentlichen wortgleich übernimmt und das bisher vorhandene Komma zwischen Einkommensgruppen und Kinderzahl bzw. Zahl der Familienangehörigen durch die Konjunktion „und" ersetzt. Anhaltspunkte dafür, dass nicht nur redaktionelle Gründe, sondern ein anderes Normverständnis den Landesgesetzgeber veranlasst haben könnte, abweichend von der bisherigen Regelung erst mit dem Inkrafttreten des Kinderförderungsgesetzes vom 5. März 2003 das Erfordernis der kumulativen Berücksichtigung der vorbenannten Merkmale bei der Staffelung der Elternbeiträge einzuführen, vermag der Senat nicht festzustellen.

47 Die Gesamtschau der Gesetzesmaterialien zu den verschiedenen Fassungen des § 18 KiBeG bzw. des § 13 KiFöG unter Berücksichtigung des Kontextes der landesgesetzlichen Regelungen rechtfertigen danach nicht die Annahme, dass der Landesgesetzgeber - trotz des teilweise von den bundesgesetzlichen Rahmenbestimmungen abweichenden Wortlautes der vorgenannten Regelungen - den Trägern von Kindertageseinrichtungen in Sachsen-Anhalt auch die Möglichkeit eingeräumt hat, im Falle der Staffelung der Elternbeiträge in einer Satzung die Merkmale „Einkommensgruppen" und „Kinderzahl bzw. Zahl der Familienangehörigen" alternativ berücksichtigen zu können.

48 Die streitgegenständliche Satzung der Beklagten ist danach nicht mit höherrangigem Bundes- und Landesrecht vereinbar und keine geeignete Rechtsgrundlage für den streitgegenständlichen Gebührenbescheid, weil sie eine Ermäßigung der Gebühren für die Benutzung der kommunalen Kindertageseinrichtungen nur nach der Anzahl der Kinder in einer Familie vorsieht und das Einkommen der Eltern bei der Staffelung der Elternbeiträge nicht berücksichtigt wird. Auf die weiter von den Beteiligten aufgeworfenen Fragen zur Ausgestaltung der Elternbeiträge, wie insbesondere zur Frage der Berücksichtigung von Betreuungszeiten, kommt es daher vorliegend nicht an.

49 Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO.

50 Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus den §§ 167 VwGO, 708 Nr. 10, 711 ZPO. Gründe für die Zulassung der Revision (§ 132 Abs. 2 VwGO) liegen nicht vor.

Zitiervorschlag:
OVG Magdeburg Urt. v. 22.3.2006 – 3 L 249/04, BeckRS 2008, 33047

OVG Koblenz, Beschluss vom 13.03.2006 - 8 A 11599/05

Titel:
BAURECHT
Normenketten:
EGStGB Art. 297
GG Art. 2 I
GG Art. 12 I
GG Art. 14 I
Amtlicher Leitsatz:
1. Nach Aufhebung der Rechtsverordnung zum Schutze der Jugend und des öffentlichen Anstandes für Rheinland-Pfalz vom 19. 4. 2005 (StAnz. S. 582) durch Rechtsverordnung vom 26. 10. 2005 (StAnz. S. 1484) gilt im ehemaligen Regierungsbezirk Rheinhessen-Pfalz die Rechtsverordnung zum Schutze der Jugend und des öffentlichen Anstandes für den Regierungsbezirk Rheinhessen-Pfalz vom 14. 8. 1986 (StAnz. S. 916) in der Fassung der letzten Änderungsverordnung vom 17. 2. 2004 (StAnz. S. 202) weiter. Die Fortgeltung des seit Jahrzehnten bestehenden Prostitutionsverbotes in den Gemeinden des heutigen Rhein-Pfalz-Kreises unterliegt auch nach dem Inkrafttreten des Prostitutionsgesetzes vom 20. 12. 2001 (BGBl. I, 3938) keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. (amtlicher Leitsatz)
Rechtsgebiete:
Öffentliches Baurecht, Sonstiges besonderes Verwaltungsrecht
Schlagworte:
Prostitution, Verbot
Fundstellen:
DÖV 2006, 519
LSK 2006, 270060
NVwZ-RR 2006, 611
ECLI:
ECLI:DE:OVGRLP:2006:0313.8A11599.05.0A
Rechtskraft:
nicht rechtskräftig

Aktenzeichen: 8 A 11599/05.OVG
Entscheidungs_Typ: Beschluss
Gericht: OVG
Hauptschlagwort: allgemeine Handlungsfreiheit Aufhebungsverordnung Baurecht Bauvorbescheid Berufsfreiheit Bordell Derogation Eigentumsgrundrecht Einwohner Einwohnerzahl Gemeindegebiet Gewerbegebiet Jugendschutz Nichtigkeit öffentlicher Anstand Prostitutionsgesetz Prostitu
Ort: Koblenz
VerkündungsDatum: 2006-03-13
8. Senat
Leitsatz:
Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz
Beschluss
In dem Verwaltungsrechtsstreit

wegenBauvorbescheids
hat der 8. Senat des Oberverwaltungsgerichts Rheinland-Pfalz in Koblenz auf Grund der Beratung vom 13. 3. 2006, an der teilgenommen haben
Vorsitzender Richter am Oberverwaltungsgericht Dr. HeldRichter am Oberverwaltungsgericht UtschRichter am Verwaltungsgericht Bender
beschlossen:
Die Berufung des Kl. gegen das auf Grund mündlicher Verhandlung vom 08. 8. 2005 ergangene Urteil des Verwaltungsgerichts Neustadt an der Weinstraße wird zurückgewiesen.
Der Kl. hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.
Der Beschluss ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar.
Die Revision wird nicht zugelassen.
G r ü n d e
I.
Der Kl. begehrt die Erteilung eines positiven Bauvorbescheides zur Umnutzung eines Zahntechniklabors in eine Sauna mit Prostitutionsausübung.
Er beabsichtigt, das auf dem einem Dritten gehörenden Grundstück errichtete, bisher als Zahntechniklabor genutzte Gebäude in M., An der F. ..., zu einer Sauna mit Prostitutionsausübung umzubauen. Das Baugrundstück liegt im Bereich des Bebauungsplans „Gewerbegebiet S... – Änderung 3" der Gemeinde M., der insoweit ein Gewerbegebiet festsetzt, in dem Vergnügungsstätten und Räume mit Sexdarbietungen ausgeschlossen sind.
Die Erteilung eines vom Kl. am 30. 8. 2004 beantragten positiven Bauvorbescheides lehnte der Bekl. mit Bescheid vom 07. 10. 2004 unter Hinweis auf entgegenstehende Festsetzungen des Bebauungsplanes ab. Den hiergegen eingelegten Widerspruch wies der Kreisrechtsausschuss des Bekl. mit der Begründung zurück, § 1 der Rechtsverordnung zum Schutze der Jugend und des öffentlichen Anstandes für den Regierungsbezirk Rheinhessen-Pfalz vom 14. 8. 1986 (StAnz. S. 916) in der Fassung der Änderungsverordnung vom 23. 8. 2001 (StAnz. S. 1717), wonach u.a. im Gebiet des Rhein-Pfalz-Kreises die Prostitutionsausübung verboten sei, stehe dem Vorhaben als sonstige Vorschrift des öffentlichen Rechts entgegen.
Die hiergegen erhobene Klage wies das Verwaltungsgericht unter Berufung auf das in einer am 19. 4. 2005 von der Aufsichts- und Dienstleistungsdirektion erlassenen Rechtsverordnung zum Schutze der Jugend und des öffentlichen Anstandes für Rheinland-Pfalz (StAnz. S. 582) enthaltene Prostitutionsverbot für das Gebiet des Rhein-Pfalz-Kreises ab.
Diese Verordnung, die ihrerseits die Verordnung vom 14. 8. 1986 in der Fassung der letzten Änderungsverordnung vom 17. 2. 2004 (StAnz. S. 202) außer Kraft gesetzt hatte, hob die Aufsichts- und Dienstleistungsdirektion mit Verordnung vom 26. 10. 2005 (StAnz. S. 1484) auf. Die Bekanntmachung enthielt den Hinweis „Es wird darauf hingewiesen, dass die Prostitutionsverbote, die mit Inkrafttreten der o.a. Rechtsverordnung vom 19. 4. 2005 außer Kraft getreten sind, durch diese Aufhebung wieder Gültigkeit erlangen".
Mit seiner vom Senat zugelassenen Berufung verfolgt der Kl. sein Begehren weiter. Er meint, nach Aufhebung der Verordnung vom 26. 10. 2005 existiere kein rechtsverbindliches Prostitutionsverbot für den Rhein-Pfalz-Kreis mehr. Insbesondere könne die aufgehobene Verordnung vom 14. 8. 1986 nicht durch einen bloßen Hinweis wieder in Kraft gesetzt werden. Dies ergebe sich auch aus ihrem Charakter als Gefahrenabwehrverordnung sowie aus rechtsstaatlichen Anforderungen an die

Bestimmtheit und die Verkündung von Rechtsnormen. Große Teile des Landes mit einem flächendeckenden Prostitutionsverbot zu belegen, sei ein ungerechtfertigter Eingriff in Art. 12 I GG. Nach Erlass des Prostitutionsgesetzes im Jahr 2002 sei ein derart weitgehender Ausschluss, dazu noch in einem Gewerbegebiet, nicht mehr zum Schutz der Jugend und des öffentlichen Anstandes erforderlich.
Der Kl. beantragt,
den Bekl. unter Abänderung des angefochtenen Urteils und Aufhebung des Bescheides vom 17. 10. 1004 sowie des Widerspruchsbescheides vom 24. 1. 2005 zu verpflichten, ihm den am 30. 8. 2004 beantragten Bauvorbescheid zu erteilen.
Der Bekl. beantragt,
die Klage abzuweisen.
Er hält das Vorhaben im Hinblick auf die von ihm im Widerspruchsbescheid zitierte Verordnung, die nach Aufhebung der Verordnung vom 19. 4. 2005 wieder Geltung beanspruche, für unzulässig.
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die von den Beteiligten zur Gerichtsakte gereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. Die Verwaltungs- und Widerspruchsakten des Bekl. sowie Verwaltungsvorgänge der Aufsichts- und Dienstleistungsdirektion betreffend Änderungen der Rechtsverordnung zum Schutze der Jugend und des öffentlichen Anstandes für den Regierungsbezirk Rheinhessen-Pfalz lagen dem Senat vor. Auf ihren Inhalt wird ebenfalls verwiesen.
II.
Die zulässige Berufung, die der Senat einstimmig für unbegründet hält und über die er - nicht zuletzt auf Grund des bereits ergangenen Urteils vom 17. 7. 2002 (BauR 2002, 1692) und der hierzu ergangenen Entscheidung des BVerwG vom 20. 11. 2003 (NVwZ 2004, 743) - gem. § 130a VwGO nach vorheriger Anhörung der Beteiligten ohne mündliche Verhandlung durch Beschluss entscheidet, hat keinen Erfolg.
Das Verwaltungsgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Dem Kl. steht kein Anspruch auf Erteilung des beantragten Bauvorbescheides für sein Vorhaben zu. Zwar ist dieses nach zutreffender Auffassung des Verwaltungsgerichts mit dem Bebauungsplan „Gewerbegebiet S... – Änderung 3" der Gemeinde M. vereinbar. Es steht aber offensichtlich in Widerspruch zu sonstigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften in Gestalt des § 1 der Rechtsverordnung zum Schutze der Jugend und des öffentlichen Anstandes für den Regierungsbezirk Rheinhessen-Pfalz vom 14. 8. 1986 in der zuletzt durch Verordnung vom 17. 2. 2004 geänderten Fassung – SperrbezV 1986 -. Ungeachtet der Frage, ob der Kl. seine anfangs wohl nur auf die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens gerichtete Bauvoranfrage im Widerspruchsverfahren stillschweigend auf die ordnungsrechtliche Problematik des Sauna-Bordells erstreckt hat, kann er daher jedenfalls unter dem Gesichtspunkt fehlenden Sachbescheidungsinteresses (s. dazu Senatsurteil vom 17. 7. 1996 – 8 A 11337/95.OVG -, ESOVGRP) keinen positiven Bauvorbescheid beanspruchen.
Nach § 1 SperrbezV 1986 ist in allen Gemeinden mit weniger als 50.000 Einwohnern im Gebiet des ehemaligen Regierungsbezirks Rheinhessen-Pfalz, d.h. unter anderem auch im Gebiet des Rhein-Pfalz-Kreises, wozu die verbandsfreie Gemeinde M. mit 13.000 Einwohnern (s. ...) gehört, die Ausübung der Prostitution verboten. Gegen dieses Verbot verstoßen Errichtung und Betrieb einer Sauna mit Prostitutionsausübung. Die genannte Vorschrift ist weder außer Kraft getreten (1) noch begegnet ihre Gültigkeit in materieller Hinsicht Bedenken (2).
1. Entgegen der Auffassung des Kl. ist die Geltung der Sperrbezirksverordnung 1986

durch den Erlass der Verordnung vom 19. 4. 2005 – SperrbezV 2005 - nicht beendet worden. Zwar ordnet deren § 10 II an, dass am Tag nach der Veröffentlichung der Sperrbezirksverordnung 2005 alle Verordnungen außer Kraft treten, durch welche bislang innerhalb des Landes Rheinland-Pfalz die Prostitutionsausübung eingeschränkt oder gänzlich verboten worden ist. Der Gehalt dieses Normbefehls erschöpft sich indessen in einer der Rechtssicherheit dienenden Umschreibung der von der Sperrbezirksverordnung 2005 ausgehenden Derogationswirkung (s. dazu Bundesministerium der Justiz: „Handbuch der Rechtsförmlichkeit", Rz 531). Er ist – ebenso wie die Derogationswirkung der Sperrbezirksverordnung 2005 selbst - durch die Rechtsverordnung vom 26. 10. 2005 mit ex tunc-Wirkung beseitigt worden. Diese hat die Sperrbezirksverordnung 2005 „aufgehoben, soweit sie nicht bereits durch die Urteile des Oberverwaltungsgerichts Rheinland-Pfalz vom 10. 10. 2005, 12 C 11236/05.OVG und 12 C 11023/05.OVG für unwirksam erklärt worden ist". Aus dieser Formulierung wird deutlich, dass der Verordnungsgeber hinsichtlich der Sperrbezirksverordnung 2005 insgesamt mittels Aufhebung den Rechtszustand herstellen wollte, der für deren § 1 Nr. 09 und § 2 Abs. 7 Nr. 1.4 bereits durch Erlass der zitierten Normenkontrollurteile eingetreten war. Dieser ist aber durch die von Anfang an mangelnde Geltung einer Rechtsvorschrift gekennzeichnet (s. Kopp/Schenke: VwGO, 13. Aufl. 2003, § 47 Rn 144).
Dass es dem Verordnungsgeber darauf ankam, die Geltung der Sperrbezirksverordnung 2005 insgesamt (und damit auch ihres § 10 II) rückwirkend zu beseitigen, wird durch den Hinweis bestätigt, der der Veröffentlichung der Aufhebungsverordnung beigefügt ist. Der Hinweis lässt erkennen, dass der Verordnungsgeber infolge der rückwirkenden Aufhebung des § 10 II SperrbezV 2005 – zu Recht - von einer Fortgeltung der hiervon betroffenen Vorschriften ausgeht. Denn der von ihm durch die Aufhebung der Sperrbezirksverordnung 2005 herbeigeführte Zustand steht demjenigen gleich, der bei Gesamtnichtigkeit der Sperrbezirksverordnung 2005 bestünde. Stellt sich aber die Nichtigkeit eines Rechtssatzes heraus, der einen zuvor geltenden Rechtssatz abgelöst hat, führt dies – mangels Eintritt der Derogationswirkung - regelmäßig zur Fortgeltung des zuvor geltenden Rechtssatzes, auch ohne dass dieser durch ausdrücklichen erneuten Normbefehl erst wieder (ggf. rückwirkend) in Kraft gesetzt werden müsste (s. Schlaich/Korioth: Das BVerfG, 6. Aufl. 2004, S. 319; Schneider, Gesetzgebung, S. 276; Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl. 1974, S. 144, BVerfGE 102, 197, 208).
Anderes folgt auch nicht aus der Rechtsprechung des 6. Senats des erkennenden Gerichts zur Geltung von Beitragssatzungen (s. Urteil vom 29. 3. 1976, AS 14, 250). Zwar ist hiernach in Fällen, in denen eine Beitragssatzung durch eine nachfolgende formell aufgehoben und zugleich materiell ersetzt wird, bei Nichtigkeit des materiellen Teils der nachfolgenden Satzung nicht ohne weiteres auch von einer Nichtigkeit der in ihr enthaltenen Aufhebungsregelung auszugehen, sodass die alte Satzung nicht „automatisch" weiter gilt. Dies beruht indessen auf der Erwägung, der Satzungsgeber mache angesichts der Möglichkeiten zum Erlass rückwirkender Beitragssatzungen den Aufhebungsbefehl hinsichtlich der alten Satzung nicht von der Gültigkeit des materiellen Teils der neuen Satzung abhängig (aaO., S. 252; kritisch dazu Schneider, aaO., S. 277). Derartige, spezifisch beitragsrechtliche Überlegungen greifen aber dann nicht Platz, wenn es – wie hier – um den nachträglichen Wegfall von Vorschriften geht, deren Zweck vorrangig darin bestand, den vorher in einer Vielzahl von Vorschriften mit regionaler Geltung geregelten Rechtszustand durch eine Verordnung mit landesweiter Geltung zusammen zu fassen und im wesentlichen beizubehalten.
2. Das im demnach fortgeltenden § 1 SperrbezV 1986 (auch) für den Rhein-Pfalz-Kreis

und damit für das gesamte Gebiet der Gemeinde M. enthaltene Prostitutionsverbot begegnet hinsichtlich seiner Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht keinen Bedenken. Die Regelung ist von einer verfassungsrechtlich unbedenklichen Ermächtigungsgrundlage gedeckt (a) und genügt deren Anforderungen (b).
a. Gemäß Art. 297 I Nr. 1 EGStGB kann die Landesregierung (oder eine von ihr ermächtigte Behörde; s. Art. 297 II EGStGB) zum Schutz der Jugend oder des öffentlichen Anstandes für das ganze Gebiet einer Gemeinde bis zu 50.000 Einwohnern (mit alleinigem oder Hauptwohnsitz; s. BVerwG, Urteil vom 20. 11. 2003, NVwZ 2004, 743) die Prostitution verbieten. Diese Vorschrift genügt dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot und beinhaltet keinen unzulässigen Eingriff in die Grundrechte der allgemeinen Handlungsfreiheit, der Berufsfreiheit und des Eigentums (s. dazu im einzelnen überzeugend Nds. OVG, Urteil vom 24. 10. 2002, NordÖR 2003, 26 m.w. Nachw. aus der Rechtsprechung). Auch das Inkraftreten des Prostitutionsgesetzes vom 20. 12. 2001 (BGBl. I, 3983) rechtfertigt keine Zweifel an der Gültigkeit der Norm (s. BVerwG, aaO.).
b. Der rheinland-pfälzische Verordnungsgeber hat bei Erlass der Sperrbezirksverordnung 1986 von dieser Ermächtigungsgrundlage jedenfalls im Hinblick auf den Rhein-Pfalz-Kreis und das dazu gehörende Gebiet der Gemeinde M. in nicht zu beanstandender Weise Gebrauch gemacht.
Die Möglichkeit des gemeindeweiten Prostitutionsverbotes gem. Art. 297 I Nr. 1 EGStGB dient dazu, Kommunen mit „empfindlicher" Sozialstruktur Schutz vor den von der Prostitution ausgehenden Gefahren für den öffentlichen Anstand und die Jugend zu bieten. Eine derartige Empfindlichkeit besteht nach Einschätzung des Gesetzgebers typischerweise in kleinen und mittelgroßen Gemeinden. Dort ist wegen Art und Überschaubarkeit der Sozialstruktur die Prostitution - im Vergleich zur Anonymität größerer Städte – erhöht wahrnehmbar und daher besonders geeignet, Einfluss auf die sittliche Entwicklung männlicher Jugendlicher zu nehmen. Hinzu kommt, dass wegen der meist überwiegenden Wohnfunktion solcher Gemeinden eine Ausweisung von gesonderten Sperrbezirken ohne Verstoß gegen das Kasernierungsverbot des Art. 297 III EGStGB in der Regel nicht möglich ist (s. zu alledem Urteil des erkennenden Senats vom 17. 7. 2002, BauR 2002, 1692).
Vor dem Hintergrund dieser, auf die Bekämpfung einer typischen Gefahrenlage abzielenden Betrachtungsweise hat der Verordnungsgeber sein Normerlassermessen auszuüben. Er muss insoweit prüfen, ob das flächendeckende Prostitutionsverbot hinsichtlich des konkreten Gemeindegebietes dem Schutz der Jugend oder des öffentlichen Anstandes dient. Dabei kommt es allerdings nicht darauf an, ob die zu schützenden Rechtsgüter konkret gefährdet oder gestört sind. Es genügt vielmehr, dass die Verordnung sich gegen Gefahren richtet, die aus Handlungen oder Zuständen nach den Erfahrungen des täglichen Lebens mit überwiegender Wahrscheinlichkeit fortdauernd entstehen können (sogen. abstrakte Gefährdung). Für die Gültigkeit der Verordnung genügt es, dass ein Bezug auf die gesetzliche Zweckbestimmung vorliegt und dass die Norm geeignet erscheint, dem mit der Ermächtigung verfolgten Zweck zu dienen (s. BayVerfGH, NJW 1983, 2188, 2189 m.w. Nachw., Senatsurteil vom 17. 7. 2002, aaO., Nds. OVG, Urteil vom 24. 10. 2002, aaO.;). Dies ist vorliegend im Blick auf das Gebiet des Rhein-Pfalz-Kreises im Allgemeinen und das Gemeindegebiet von M. im Besonderen der Fall.
Der Rhein-Pfalz-Kreis besteht insgesamt aus 26 Gemeinden, von denen die einwohnerstärkste (Schifferstadt) nur 18.898 Einwohner hat (s. die Tabelle „Bevölkerungsentwicklung 2003", http://www.rhein-pfalz-kreis.de/bv ew 2003 .pdf). Von den am 31. 12. 2003 im Kreisgebiet vorhandenen 42.044 Wohngebäuden wiesen 29.749

nur eine, 8.895 zwei und nur 3.400 drei oder mehr Wohnungen auf (http://www.rhein-pfalz-kreis.de/wohnsituation rpk 03.pdf). Aus diesen statistischen Zahlen geht deutlich hervor, dass der Rhein-Pfalz-Kreis, bedingt durch die eher geringe Einwohnerzahl der Gemeinden und die dort vorherrschenden Wohnverhältnisse insgesamt eine Sozialstruktur aufweist, der wegen ihrer Überschaubarkeit der von Art. 297 EGStGB vorausgesetzte Schutzbedarf zuzubilligen ist. Dies wird zusätzlich unterstrichen durch die Regelung in Art. 297 I Nr. 2 EGStGB, wonach die Einrichtung von Sperrbezirken für Teile des Gemeindegebietes nur in Gemeinden mit mehr als 20.000 Einwohnern möglich ist. Daraus folgt, dass Landkreise, die nur aus Gemeinden mit weniger als 20.000 Einwohnern bestehen, grundsätzlich mit einem flächendeckenden Prostitutionsverbot belegt werden können, soweit nicht einzelne der kreisangehörigen Gemeinden atypische Strukturen aufweisen, die den Schutzbedarf hinsichtlich der Jugend oder des öffentlichen Anstandes mindern oder aufheben. Dies ist aber bei der hier in Rede stehenden Gemeinde M. nicht der Fall. Bei ihr handelt es sich um ein am Rande des Ballungsraums Mannheim/ Ludwigshafen gelegenes „Großdorf" mit 13.000 Einwohnern, das als großstadtnahe Wohnsiedlungsgemeinde fungiert (s. ...). Als solche weist sie die typischen Merkmale auf, die der Gesetzgeber – wie oben dargelegt – als empfindliche und daher im Hinblick auf die Gefahren der Prostitution schutzbedürftige Sozialstruktur einstuft. Liegt damit hinsichtlich des Rhein-Pfalz-Kreises und insbesondere der Gemeinde M. ohne weiteres die für den Erlass eines Prostitutionsverbotes erforderliche, aber auch ausreichende abstrakte Gefährdungslage vor, so greift der Einwand des Kl., sein Sauna-Bordell liege außerhalb der Wohngebiete in einem Gewerbegebiet, wo keine Jugendgefährdung zu befürchten sei, nicht durch. Denn die Feststellung einer konkreten Gefahr im Hinblick auf ein bestimmtes Bordell ist – wie erwähnt – nicht Voraussetzung für die Gültigkeit eines auf Art. 297 I Nr. 1 EGStGB gestützten Prostitutionsverbots.
Entgegen der Auffassung des Kl. ist auch nach Erlass der Sperrbezirksverordnung 1986 keine Änderung der Sach- und Rechtslage eingetreten, die die „Geschäftsgrundlage" für die seinerzeit einwandfreie Ausübung des Normerlassermessens entfallen lassen könnte. Auf das Prostitutionsgesetz aus dem Jahr 2001 kann insofern nicht mit Erfolg abgestellt werden, so dass dahingestellt bleiben kann, welche Schlussfolgerungen daraus für die Gültigkeit vor seinem In-Kraft-Treten erlassener Sperrbezirksverordnungen zu ziehen wären. Denn die zivil- und sozialversicherungsrechtliche Anerkennung der Prostitution durch das Prostitutionsgesetz hat die Bedeutung des Jugendschutzes in keiner Weise relativiert (so deutlich der 6. Senat des erkennenden Gerichts im Beschluss vom 05. 7. 2005, NVwZ-RR 2005, 713 - ebenfalls zu der hier streitgegenständlichen SperrbezV 1986 -). Insbesondere begründet dieses Gesetz und der in ihm etwa zum Ausdruck kommende Wandel der gesellschaftlichen Anschauungen über die Prostitution keine Notwendigkeit, im Rahmen des Art. 297 I Nr. 1 EGStGB nunmehr den Nachweis einer konkreten Gefährdung der Jugend oder des öffentlichen Anstandes im Gebiet einer bestimmten Gemeinde oder Teilen hiervon zur Voraussetzung für die Fortgeltung bestehender Prostitutionsverbote zu erheben. Zwar mögen Angebot und Nachfrage entgeltlichen Geschlechtsverkehrs als solche nicht mehr allgemein und in jeder Hinsicht einem gesellschaftlichen Unwerturteil unterliegen. Dies bedeutet aber noch nicht, dass sich die vom Prostitutionsbetrieb ausgehenden Gefahren für heranreifende Jugendliche derart vermindert hätten, dass die Gültigkeit bestehender, auf eine abstrakte Gefährdungslage gestützter Sperrbezirksverordnungen in Frage gestellt werden müsste. Gegenteiliges lässt sich auch aus den bereits zitierten Urteilen des 12. Senat des erkennenden Gerichts vom 10. 10. 2005 (aaO.) nicht entnehmen. Im Unterschied zum

vorliegenden Fall betreffen beide Entscheidungen Vorschriften der Sperrbezirksverordnung 2005, durch die erstmals im Jahre 2005 flächendeckende Prostitutionsverbote für das Gebiet einer Verbandsgemeinde und eines Landkreises verhängt wurden und bisher legal ansässige Bordellbetreiber in zwei Gemeinden betrafen. Hierzu hat der 12. Senat entschieden, dass bei Einrichtung neuer Sperrbezirke erhöhte Anforderungen an die Ausübung des Normerlassermessens zu stellen, insbesondere die Belange der bisher legal ansässigen Bordellbetreiber und Prostituierten im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung gebührend zu würdigen seien. Diese Entscheidungen betreffen mithin einen anderen Sachverhalt. Aus ihnen lassen sich daher nicht die vom Kl. befürworteten Schlussfolgerungen für die Fortgeltung der Sperrbezirksverordnung 1986 im Hinblick auf die Gemeinde M. ziehen, wo wegen des seit Jahrzehnten bestehenden Prostitutionsverbotes legale Bordelle, verbunden mit Vertrauensschutz für Betreiber und Prostituierte, nicht entstehen konnten.
Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 II VwGO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit des Beschlusses hinsichtlich der Kosten aus §§ 167 VwGO, 708 ff. ZPO.
Die Revision ist nicht zuzulassen, da Zulassungsgründe gem. § 132 II VwGO nicht vorliegen.
Rechtsmittelbelehrung
...
gez. Dr. Held gez. Utsch gez. Bender
Beschluss
...
gez. Dr. Held gez. Utsch gez. Bender
Zitiervorschlag:
OVG Koblenz Beschl. v. 13.3.2006 – 8 A 11599/05, BeckRS 2006, 21844

BeckRS 2006, 40747

BSG (1. Senat), Urteil vom 13.12.2005 - B 1 KR 4/05 R

Titel:
Zurückweisung der Revision - Anspruch auf Sterbegeld
Normenkette:
GMG Art. 1 Nr. 36, Art. 37 Abs. 1
Rechtsgebiet:
Sozialrecht
Schlagworte:
Sterbegeldanspruch, Sprungrevision, gesetzliche Krankenversicherung, Eigentumsschutz, Existenzsicherung, Vertrauensschutz
Fundstellen:
SozR 4–1100 Art. 2 Nr. 4
SozR 4–2500 § 58 Nr. 1
Rechtskraft:
rechtskräftig

Text1

BUNDESSOZIALGERICHT
Im Namen des Volkes

Urteil
in dem Rechtsstreit
Az: B 1 KR 4/05 R
……,
Kl. und Revisionsklägerin,
Prozessbevollmächtigte: …,
g e g e n
AOK Sachsen - Die Gesundheitskasse,
Stern Platz 7, 01067 Dresden,
Bekl. und Revisionsbeklagte.
Der 1. Senat des BSG hat ohne mündliche Verhandlung am
13. 12. 2005 durch den Präsidenten v o n W u l f f e n, die Richter
Dr. K r e t s c h m e r und Dr. H a u c k sowie den ehrenamtlichen Richter
Dr. A n d r e s e n und die ehrenamtliche Richterin K a n d r a s c h o w
für Recht erkannt:

Tenor:

Die Sprungrevision der Kl. gegen das Urteil des Sozialgerichts Dresden vom 26. 1. 2005 wird zurückgewiesen.
Kosten des Revisionsverfahrens sind nicht zu erstatten.

Gründe:

I

1 Die Beteiligten streiten über den Anspruch auf Sterbegeld.

2 Der 1935 geborene Ehegatte der Kl. war bei der beklagten AOK krankenversichert. Er verstarb am 23. 6. 2004. Die Kl. trug die Bestattungskosten. Sie beantragte bei der Bekl., Sterbegeld in Höhe von 525,- € zu zahlen. Die Bekl. lehnte den Antrag ab, da der Anspruch auf Sterbegeld durch das Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung vom 14. 11. 2003 (GKV-Modernisierungsgesetz - GMG, BGBl I 2190) mit Wirkung zum 1. 1. 2004 entfallen sei (Bescheid vom 21. 9. 2004; Widerspruchsbescheid vom 21. 10. 2004).

3 Das Sozialgericht (SG) hat die Klage auf Zahlung von Sterbegeld abgewiesen, da Art 1 Nr 36 GMG iVm Art 37 GMG den Anspruch auf Sterbegeld zum 1. 1. 2004 ohne Verfassungsverstoß beseitigt habe (Urteil vom 26. 1. 2005).

4 Mit ihrer vom SG zugelassenen Sprungrevision rügt die Kl. die Verletzung der in Art 37 Abs 8 GMG enthaltenen Übergangsbestimmung und trägt vor, der Gesetzgeber habe in Art 37 GMG geregelt, dass die §§ 58 und 59 Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V) nF erst mit Wirkung zum 1. 1. 2005 in Kraft treten. Deshalb sei davon auszugehen, dass die vorher bestehenden Regelungen zum Sterbegeld erst zu diesem Zeitpunkt außer Kraft getreten seien. Zumindest sei die Regelung so unklar, dass sie für das Jahr 2004 nicht zu Lasten der Versicherten ausgelegt werden dürfe. Sie (die Kl.) habe darauf vertraut, dass ihr Sterbegeld zustehe.

5 Die Kl. beantragt,
das Urteil des Sozialgerichts vom 26. 1. 2005 aufzuheben und die Bekl. unter Änderung ihres Bescheides vom 21. 9. 2004 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 21. 10. 2004 zu verurteilen, der Kl. Sterbegeld in Höhe von 525,- € zu zahlen.

6 Die Bekl. beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

7 Sie hält die angefochtene Entscheidung für zutreffend.

II

8 Die zulässige Sprungrevision der Kl., über die der Senat im Einverständnis der Beteiligten durch Urteil ohne mündliche Verhandlung (§ 124 Abs 2 Sozialgerichtsgesetz <SGG>) entscheidet, ist nicht begründet. Zu Recht hat das SG die Klage auf Zahlung von Sterbegeld abgewiesen, da der Kl. ein solcher Anspruch nicht zusteht. Der Anspruch auf Sterbegeld aus der gesetzlichen Krankenversicherung ist mit dem Inkrafttreten des GMG am 1. 1. 2004 entfallen. Das verstößt nicht gegen Verfassungsrecht.

9 1. Der Anspruch auf Sterbegeld war im SGB V ursprünglich an Stelle der zuvor geltenden §§ 201 ff Reichsversicherungsordnung (RVO), die seinerzeit noch höhere Zahlbeträge vorgesehen hatten, durch das Gesundheitsreformgesetz (GRG vom 20. 12. 1988, BGBl I 2477) im 7. Abschnitt des 3. Kapitels unter der Überschrift „Sterbegeld" geregelt. § 58 SGB V bestimmte Folgendes: „Beim Tod eines Versicherten wird ein Zuschuss zu den Bestattungskosten (Sterbegeld) gezahlt, wenn der Verstorbene am 1. 1. 1989 versichert war. Das Sterbegeld wird an denjenigen gezahlt, der die Bestattungskosten trägt." § 59 SGB V (idF durch Art 1 Nr 4 Beitragssicherungsgesetz vom 23. 12. 2002, BGBl I 4637) sah vom 1. 1. 2003 an vor: „Das Sterbegeld beträgt beim Tod eines Mitglieds 525 €, beim Tod eines nach § 10 Versicherten 262,50 €" (zuvor ab dem 1. 1. 2002: 1.050 €/525 €, vgl Art 1 Nr 7 8. Euroeinführungsgesetz vom 23. 10. 2001, BGBl I 2702; davor ab dem 1. 1. 1989: 2.100DM/1050DM, vgl Art 1 und 79 Abs 1 GRG). Zwar trug die Kl. die Bestattungskosten ihres verstorbenen Ehegatten, der im Todeszeitpunkt versichertes Mitglied der Bekl. war. Sie hätte daher Anspruch auf Sterbegeld in Höhe von 525 € gehabt, wenn der Verstorbene am 1. 1. 1989 versichert war und die genannte Regelung am 23. 6. 2004, dem Todestag des Versicherten, noch gegolten hätte. Letzteres ist indessen nicht der Fall. Denn das GMG hat den Anspruch auf Sterbegeld gem. §§ 58 und 59 SGB V aF bereits mit Wirkung ab 1. 1. 2004 und nicht erst - wie die Revision meint - mit Wirkung ab 1. 1. 2005 beseitigt.

10 Es unterliegt schon nach dem Wortlaut des Art 1 Nr 36 GMG iVm Art 37 GMG keinem Zweifel, dass der gesamte 7. Abschnitt im 3. Kapitel des SGB V mit Wirkung ab 1. 1. 2004 neu „gefasst" worden ist. Die Regelung „Zahnersatz" ersetzt seither vollständig den bis dahin geltenden Abschnitt „Sterbegeld". Letzterer ist damit entfallen, wie das SG zutreffend erkannt hat (vgl auch Deter, Sozialer Fortschritt 2004, 189, 191; Orlowski, SGb 2004, 622 f; Schlegel, VSSR 2004, 313, 336; Schmidt in: H. Peters, Handbuch der Krankenversicherung, Stand 1. 3. 2005, Anm zu §§ 58, 59 SGB V aF; Schmidt/Urmersbach, KrV 2004, 322 f mwN; aA Schnapp, SGb 2004, 451 f; Debus, SGb 2005, 331 ff). Art 37 Abs 8 GMG sieht insoweit nur vor, dass einzelne Bestimmungen des Abschnitts „Zahnersatz", die §§ 55, 58 Abs 1, 2 und 4 sowie 59 SGB V, am 1. 1. 2005 in Kraft treten. Ein solches Vorgehen des Gesetzgebers entspricht den Empfehlungen des Bundesministeriums der Justiz zur einheitlichen rechtsförmlichen Gestaltung von Gesetzen und Rechtsverordnungen nach § 38 Abs 3 Besonderer Teil Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien (GGO II; vgl Handbuch der Rechtsförmlichkeit, herausgegeben vom BMJ, 2. Aufl. 1999, RdNr 627 ff).

11 Die Gesetzessystematik bestätigt den Wortlaut. Art 1 Nr 3 GMG hat mit Wirkung vom 1. 1. 2004 § 11 Abs 1 Satz 2 SGB V („ferner besteht Anspruch auf Sterbegeld

<§§ 58 und 59>„) aufgehoben. Art 3 Nr 3 GMG hat vom gleichen Zeitpunkt an in § 21 Abs 1 des Ersten Buches Sozialgesetzbuch die Nr 5 („Sterbegeld") beseitigt (Art 37 Abs 1 GMG). Auch die Gesetzesmaterialien verdeutlichen, dass der Anspruch auf Sterbegeld zum 1. 1. 2004 entfallen sollte. Bereits der Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und Bündnis 90/Die Grünen sah vor, dass der 7. Abschnitt im 3. Kapitel des SGB V aufgehoben wird (vgl BT-Drucks 15/1170 S 10 zu Art 1 Nr 20 und S 72 - Gesetzbegründung zu Nr 20 - iVm Art 25 Abs 1 und Absätze 2 bis 5 des Gesetzentwurfs). Art 1 Nr 36 des Gesetzentwurfs der Fraktionen SPD, CDU/CSU und Bündnis 90/Die Grünen knüpfte an diese Teilregelung an. In der allgemeinen Gesetzesbegründung zur Neuordnung der Finanzierung heißt es ua, Sterbegeld müsse künftig von den Versicherten selbst finanziert werden (BT-Drucks 15/1525 S 77; vgl hierzu auch Schmidt in: H. Peters, Handbuch der Krankenversicherung, Stand 1. 3. 2005, Anm zu §§ 58, 59 SGB V aF). Bereits für das Jahr 2004 wird zudem von einer Entlastung durch den Wegfall des Sterbegeldes ausgegangen, die auf 0,4 Mrd € geschätzt wird (BT-Drucks 15/1525 S 171). Das beleuchtet zugleich den Regelungszweck. Danach kann insgesamt nicht bezweifelt werden, dass der Gesetzgeber ab 1. 1. 2004 die Rechtsgrundlage des Anspruchs auf Sterbegeld in der gesetzlichen Krankenversicherung beseitigt hat.

12 2. Verfassungsrecht steht der Streichung des Sterbegelds zum 1. 1. 2004 nicht entgegen. Die Gesetzesänderung verletzt weder die Kl. in ihrem grundgesetzlich geschützten Eigentum (Art 14 Abs 1 Grundgesetz <GG>) noch verstößt sie gegen Art 2 Abs 1 GG iVm dem rechtsstaatlichen Grundsatz des Vertrauensschutzes, dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und dem Sozialstaatsprinzip.

13 Nach der Rechtsprechung des Senats unterliegt die Anwartschaft auf Leistungen aus der gesetzlichen Krankenversicherung auf Sterbegeld, wie sie bis zum Ende des Jahres 2003 in den §§ 58 und 59 SGB V normiert war, nicht der Eigentumsgarantie (BSGE 69, 76, 77 f = SozR 3-2500 § 59 Nr 1 S 3 f). Wie der Senat bereits dargelegt hat, kommt nach der Rechtsprechung des BVerfG <BVerfG> (BVerfGE 53, 257, 289 ff = SozR 7610 § 1587 Nr 1; BVerfGE 69, 272, 300 = SozR 2200 § 165 Nr 81; BVerfGE 72, 9, 19 = SozR 4100 § 104 Nr 13) der Eigentumsschutz sozialversicherungsrechtlicher Positionen ua nur in Betracht, wenn sie auf nicht unerheblichen Eigenleistungen des Versicherten beruhen und zudem der Sicherung seiner Existenz dienen. Die zuletzt genannte Voraussetzung ist nicht erfüllt.

14 Die Existenzsicherungsfunktion einer sozialversicherungsrechtlichen Position kann nur bejaht werden, wenn eine Position der großen Mehrzahl der Staatsbürger zur existenziellen Sicherung dient (BVerfGE 69, 272, 303; vgl auch BVerfGE 100, 1, 33 f = SozR 3-8570 § 10 Nr 3 S 31, 48 f mwN). Daran fehlt es beim Sterbegeld. Es soll - wie schon die bisherige Ausgestaltung als Zuschussleistung (vgl § 58 Satz 1 SGB V aF) deutlich macht - lediglich die wirtschaftliche Belastung durch die Begräbniskosten mildern (vgl Senat, BSGE 69, 76, 78 = SozR 3-2500 § 59 Nr 1 S 4; BVerfG SozR 3-2500 § 59 Nr 3 S 9, 10).

15 Der Wegfall des Anspruchs auf Sterbegeld verletzt auch nicht Art 2 Abs 1 GG iVm dem rechtsstaatlichen Grundsatz des Vertrauensschutzes, dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und dem Sozialstaatsprinzip (Art 20 Abs 1, Art 28 Abs 1 Satz 1 GG). Zwar greift Art 1 Nr 36 GMG iVm Art 37 Abs 1 GMG in eine gesetzlich begründete Rechtsposition ein, da zum 1. 1. 2004 der zuvor gesetzlich ausgestaltete Anspruch auf Zahlung von Sterbegeld für die in der gesetzlichen

Krankenversicherung Versicherten entfallen ist. Dies unterliegt jedoch keinen durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken. Insbesondere kann die Kl. nichts aus den Grundsätzen zum Eingriff in eine befristete Übergangsregelung für sich herleiten.

16 Allerdings ist es nach der Rechtsprechung des BVerfG nur unter besonderen Anforderungen verfassungsrechtlich hinzunehmen, dass der Gesetzgeber das Vertrauen in den Fortbestand einer befristeten Übergangsvorschrift enttäuscht, die er gerade aus Vertrauensschutzgründen erlassen hatte, wenn er sie bereits vor Ablauf der ursprünglich vorgesehenen Frist zu Lasten der Berechtigten beseitigt (vgl BVerfGE 102, 68, 96 f = SozR 3-2500 § 5 Nr 42 S 191 f). Bei Zugrundelegung eines weiten Verständnisses von diesem Ausgangspunkt kommt in Betracht, die Streichung des Sterbegeldes durch das GMG insoweit als Eingriff in eine für die Betroffenen günstige Übergangsvorschrift anzusehen (vgl dazu Schlegel, VSSR 2004, 313, 336). Eine befristete Übergangsregelung - allerdings mit sehr langer Laufzeit - kann man in den §§ 58 und 59 SGB V aF deshalb sehen, weil der Anspruch nach § 58 Satz 1 SGB V aF ua vorausgesetzt hat, dass der verstorbene Versicherte bereits am 1. 1. 1989 versichert war (vgl Schlegel, VSSR 2004, 313, 336, bei Fußnote 100 mwN). Das könnte im Extremfall bedeuten, dass selbst einem am 31. 12. 1988 Geborenen, der am 1. 1. 1989 familienversichert war (§ 10 SGB V), vom Gesetzgeber noch eine lebenslange Übergangsfrist eingeräumt worden wäre.

17 Nicht jede für einen Betroffenen günstige Übergangsvorschrift begründet indessen einen besonderen Vertauensschutz gegen Eingriffe des Gesetzgebers. Dafür ist vielmehr erforderlich, dass die Übergangsregelung ursprünglich gerade aus spezifischen Vertrauensschutzgründen getroffen worden war und sich nicht bloß im Rahmen des weiten Gestaltungsspielraums bewegte, der dem Gesetzgeber bei der Ausformung sozialrechtlicher Positionen zusteht. Das hat die Rechtsprechung des BVerfG zB bei dem Eingriff in die Anwartschaft auf eine Mitgliedschaft in der Krankenversicherung der Rentner durch Art 25 Nr 1 Gesundheitsstrukturgesetz (GSG vom 21. 12. 1992, BGBl I 2266) in die übergangsrechtliche Regelung des Art 56 Abs 3 GRG bejaht (vgl BVerfGE 102, 68, 96 f = SozR 3-2500 § 5 Nr 42 S 191 f). Auch die Literatur verlangt für einen derartigen besonderen Vertrauensschutz eine solche Verankerung im Gesetz, dass er sich daraus - mit Hilfe der üblichen Auslegungsmittel - ergeben muss (vgl dazu zB Maurer in Isensee/Kirchhoff, Handbuch des Staatsrechts Bd III, 2. Aufl 1996, § 60 RdNr 61).

18 Die Sterbegeldregelung (§§ 58 und 59 SGB V idF des GRG) begründete keinen solchen besonderen Vertrauensschutz. Schon formal ordnete der Gesetzgeber die Regelung nicht dem Übergangsrecht zu. Abweichend von der ursprünglichen Bestimmung in Art 56 des Entwurfs des GRG der Bundesregierung und der Fraktionen der CDU/CSU und FDP (vgl BT-Drucks 11/2237 = BT-Drucks 11/2493, S 126 und Begründung hierzu S 271), in der aus Gründen des Bestandsschutzes eine Übergangsregelung für vor dem 1. 1. 1939 Geborene vorgesehen war, wurde die später Gesetz gewordene Sterbegeldregelung ausdrücklich aus dem Übergangsrecht herausgenommen und als 7. Abschnitt (§§ 57, 58) des 3. Kapitels in das SGB V eingefügt (vgl Bericht des 11. Ausschusses zu den Gesetzentwürfen GRG, BT-Drucks 11/3480 S 35 f). Zudem ging bereits die Rechtsprechung des BVerfG zum Sterbegeld in § 201 RVO davon aus, dass die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers bei der Gewährung von Sozialleistungen, die - wie das Sterbegeld -

keine nachhaltige und keine erhebliche Bedeutung für den Versicherten und seine Angehörigen haben, besonders weit ist (BVerfGE 60, 113 = SozR 2200 § 201 Nr 2 S 2). Auch unter Würdigung der ggf extrem langen Laufzeit der auslaufenden Regelung zum Sterbegeldanspruch im GRG konnte - in Würdigung der Rechtsprechung des BVerfG zum Vertrauensschutz in die gesetzgeberische Ausgestaltung einzelner Positionen im Recht der Krankenversicherung - durch die Ausgestaltung des Sterbegeldanspruchs im SGB V kein besonderer Vertrauensschutz begründet werden. So hat die Rechtsprechung des BVerfG herausgestellt, dass derjenige, welcher als Pflichtversicherter der gesetzlichen Krankenversicherung beitritt, von vornherein nicht erwarten darf, die gesetzlichen Vorschriften über die Leistungen bestünden auf Dauer unverändert fort und er werde bei notwendigen Änderungen besser gestellt als andere Pflichtversicherte. Die gesetzlichen Sozialversicherungen sind Solidargemeinschaften auf Dauer, die sich im Laufe der Zeit vielfachen Veränderungen anpassen müssen. Wer Mitglied einer so geprägten Gemeinschaft ist, erwirbt nicht nur die damit verbundenen Chancen, sondern trägt mit den anderen Versicherten auch ihre Risiken (BVerfGE 69, 272, 314 = SozR 2200 § 165 Nr 81 S 135). Um so weniger wäre das Vertrauen in eine ggf lebenslange Privilegierung gegenüber anderen gesetzlich Krankenversicherten schutzwürdig. Schließlich stellte das Sterbegeld ohnehin nur einen geringfügigen, seiner Art nach eher systemfremden (vgl dazu auch BT-Drucks 15/1525, S 91 zu Nr 36) Teil der Leistungen und nicht etwa eine der Kernleistungen der gesetzlichen Krankenversicherung dar. Damit konnte die Ausgestaltung des Sterbegeldanspruchs durch das GRG insgesamt nicht als Übergangsregelung verstanden werden, die nur im Hinblick auf den Vertrauensschutz getroffen worden war und den Betroffenen einen besonderen Vertrauensschutz in die Unabänderbarkeit der gesetzlich gewährten Position vermittelte.

19 Nichts anderes ergibt sich daraus, dass der Gesetzgeber nach Rückführung des Sterbegeldes auf einen Festbetrag durch das GRG (vgl dazu oben) in einem weiteren Schritt - wie dargelegt - die Höhe des Sterbegeldes kürzte, bevor er den Sterbegeldanspruch insgesamt zum 1. 1. 2004 beseitigte. Eine solche schrittweise Reduzierung verstößt jedenfalls dann nicht gegen Verfassungsrecht, wenn die jeweiligen Einzelschritte kein besonderes Vertrauen begründet haben und die Gesamtregelung, - wäre sie nicht auf Einzelschritte aufgeteilt gewesen -, verfassungsrechtlich ebenfalls zulässig gewesen wäre. So aber liegt es hier. Die stufenweise Absenkung der Höhe des Sterbegeldes vor der Beseitigung des gesamten Anspruchs erfolgte jeweils aus Gründen der Stabilisierung der finanziellen Situation der gesetzlichen Krankenversicherung und gab den Versicherten keinerlei Anlass, zukünftig auf eine ungeschmälerte Höhe des Sterbegeldes zu vertrauen. Das beruht zum einen auf der grundsätzlichen Veränderbarkeit sozialversicherungsrechtlicher Positionen, die der Einzelne als Mitglied der Versichertengemeinschaft erhält (vgl nochmals BVerfGE 69, 272, 314 = SozR 2200 § 165 Nr 81). Zudem ist das Fehlen einer nachhaltigen und erheblichen Bedeutung des Sterbegeldes für den Versicherten und seine Angehörigen (BVerfGE 60, 113 = SozR 2200 § 201 Nr 2) in Rechnung zu stellen. Schließlich handelte es sich nicht um eine fürsorgeähnliche, vertrauensbegründende Dispositionen hervorrufende Leistung. Betroffen ist vielmehr eine Leistung, die infolge ihres Zuschusscharakters nur bewirkte, dass

sich die Belastung des Nachlasses mit den Beerdigungskosten (§ 1968 Bürgerliches Gesetzbuch) vermindert (vgl hierzu Schlegel, VSSR 2004, 313, 336).

20 Schließlich ist für die Bewertung der Schutzwürdigkeit des Vertrauens zu berücksichtigen, dass die fraglichen Regelungen stets mit Zukunftswirkung eingesetzt haben, mithin mangels besonderen Vertrauensschutzes nur die Prüfmaßstäbe anzulegen sind, die für die sogenannte unechte Rückwirkung oder tatbestandliche Rückanknüpfung gelten. Ein solcher Fall liegt vor, wenn - wie hier - eine Norm auf gegenwärtige, noch nicht abgeschlossene Sachverhalte und Rechtsbeziehungen für die Zukunft einwirkt und damit zugleich die betroffenen Rechtspositionen nachträglich entwertet (BVerfGE 101, 239, 263; BVerfGE 69, 272, 309 = SozR 2200 § 165 Nr 81 S 132; BVerfGE 51, 356, 362 = SozR 2200 § 1233 Nr 12 mwN) oder wenn eine Norm künftige Rechtsfolgen von Gegebenheiten aus der Zeit vor ihrer Verkündung abhängig macht (BVerfGE 79, 29, 45 f; BVerfGE 72, 141, 154 = SozR 2200 § 1265 Nr 78).

21 Die von der Verfassung für eine solche rechtliche Ausgestaltung gezogene Grenze ist beim Wegfall des Sterbegeldes nicht überschritten. Das durch den Grundsatz des Vertrauensschutzes gesicherte Vertrauen wird bei der unechten Rückwirkung nämlich nur enttäuscht, wenn das Gesetz einen entwertenden Eingriff vornimmt, mit dem der Berechtigte nicht zu rechnen brauchte, den er also bei seinen Dispositionen nicht berücksichtigen konnte (BVerfGE 69, 272, 309 = SozR aaO mwN; BSGE 69, 76, 79 = SozR 3-2500 § 59 Nr 1 S 4 mwN). Auch wenn die Anwartschaft auf Leistungen aus der Sozialversicherung den Einzelnen in der Regel der Notwendigkeit enthebt, anderweitig für bestimmte Lebensrisiken wie Alter, Erwerbsunfähigkeit, Krankheit usw Vorsorge zu treffen, gilt insoweit kein umfassender Schutz vor jedweder Änderung. Der Gesetzgeber kann vielmehr im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung nicht darauf verzichten, aus Gründen des Allgemeinwohls neue Regelungen zu treffen, die sich wechselnden Erfordernissen anpassen. Dabei muss er gesellschaftspolitischen Veränderungen und damit verbundenen wechselnden Interessenlagen, insbesondere auch der Belastbarkeit der Solidargemeinschaft der Versicherten, Rechnung tragen. Der Einzelne kann sich demgegenüber nicht mit Erfolg darauf berufen, dass er auf den Fortbestand einer bestimmten gesetzlichen Regelung vertraut habe, wenn dieses Vertrauen unter Berücksichtigung der gesamten Umstände billigerweise eine Rücksichtnahme durch den Gesetzgeber nicht beanspruchen kann (BVerfGE 69, 272, 310 = SozR 2200 § 165 Nr 81).

22 Die danach notwendige Interessenabwägung zwischen dem Ausmaß des den Einzelnen treffenden Vertrauensschadens und der Bedeutung des gesetzlichen Anliegens für das Wohl der Allgemeinheit rechtfertigte die Streichung des Sterbegeldes. Das Ausmaß der den Einzelnen treffenden Nachteile war begrenzt, da es - wie dargelegt - um eine eher systemfremde, nicht den Versicherten selbst berechtigende, der Höhe nach eingeschränkte, nicht existenzsichernde, auf Grund ihres Auslaufcharakters - Anknüpfung an den Versichertenstatus am 1. 1. 1989 - Ungleichheit begründende Leistung ging, die die Rechtsordnung auch durch den Anspruch aus § 1968 BGB und notfalls denjenigen auf Sozialhilfe absichert. Dem steht gegenüber die in hohem Maße im Gemeinwohlinteresse liegende Aufrechterhaltung der Finanzierbarkeit der gesetzlichen Krankenversicherung, über die der größte Teil der Bevölkerung seine Absicherung für den Krankheitsfall erfährt (vgl dazu zuletzt BVerfG - Beschluss vom 18. 7. 2005 - 2 BvF 2/01 - unter C IV 2,

RdNr 127 f). Dieser Gesichtspunkt überwiegt hier das nur eingeschränkt schutzwürdige Vertrauen der Kl. in die Aufrechterhaltung des unveränderten Bestandes der gesetzlich normierten Leistungsansprüche beim Tod eines Versicherten auf Sterbegeld. Der Eingriff verletzt danach ebenso wenig den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wie das Sozialstaatsprinzip (vgl dazu BVerfGE 68, 193, 209; 69, 272, 314; 103, 172, 185; BSGE 69, 76, 81 mwN = SozR 3-2500 § 59 Nr 1 S 7).

2 3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.

Zitiervorschlag:
BSG Urt. v. 13.12.2005 – B 1 KR 4/05 R, BeckRS 2006, 40747

BeckRS 2006, 40746

BSG (1. Senat), Urteil vom 13.12.2005 - B 1 KR 3/05 R

Titel:
Anspruch auf Sterbegeld
Normenkette:
GMG Art. 3 Nr 3, Art. 37 Abs. 1
Rechtsgebiete:
Medizinrecht, Sozialrecht
Schlagworte:
Sterbegeld, Bestattungskosten, Zahnersatz, Sprungrevision
Rechtskraft:
rechtskräftig

Text1

BUNDESSOZIALGERICHT
Im Namen des Volkes
Urteil
in dem Rechtsstreit
Az: B 1 KR 3/05 R
…, Kl. und Revisionsklägerin, Prozessbevollmächtigte: …,
g e g e n
AOK Sachsen - Die Gesundheitskasse, Sternplatz 7, 01067 Dresden, Bekl. und Revisionsbeklagte.
Der 1. Senat des BSG hat ohne mündliche Verhandlung am
13. 12. 2005 durch den Präsidenten v o n W u l f f e n, die Richter
Dr. K r e t s c h m e r und Dr. H a u c k sowie den ehrenamtlichen Richter
Dr. A n d r e s e n und die ehrenamtliche Richterin K a n d r a s c h o w
für Recht erkannt:

Tenor:

Die Sprungrevision der Kl. gegen das Urteil des Sozialgerichts Dresden vom 26. 1. 2005 wird zurückgewiesen.
Kosten des Revisionsverfahrens sind nicht zu erstatten.

Gründe:

I

1 Die Beteiligten streiten über den Anspruch auf Sterbegeld.

2 Der 1944 geborene Ehegatte der Kl. war bei der beklagten AOK krankenversichert. Er verstarb am 10. 1. 2004. Die Kl. trug die Bestattungskosten. Sie beantragte bei der Bekl., Sterbegeld in Höhe von 525 € zu zahlen. Die Bekl. lehnte den Antrag ab, da der Anspruch auf Sterbegeld durch das Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung vom 14. 11. 2003 (GKV-Modernisierungsgesetz - GMG, BGBl I 2190) mit Wirkung zum 1. 1. 2004 entfallen sei (Bescheid vom 4. 8. 2004; Widerspruchsbescheid vom 1. 9. 2004).

3 Das Sozialgericht (SG) hat die Klage auf Zahlung von Sterbegeld abgewiesen, da Art 1 Nr 36 GMG iVm Art 37 GMG den Anspruch auf Sterbegeld zum 1. 1. 2004 ohne Verfassungsverstoß beseitigt habe (Urteil vom 26. 1. 2005).

4 Mit ihrer vom SG zugelassenen Sprungrevision rügt die Kl. die Verletzung von Art 37 Abs. 8 GMG und trägt vor, der Gesetzgeber habe in Art 37 GMG geregelt, dass die §§ 58 und 59 Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V) nF erst mit Wirkung zum 1. 1. 2005 in Kraft treten. Deshalb sei davon auszugehen, dass die vorher bestehenden Regelungen zum Sterbegeld erst zu diesem Zeitpunkt außer Kraft getreten seien. Entscheidend sei nicht die Regelung über die Neufassung, sondern über das Inkrafttreten. Die §§ 58, 59 SGB V nF enthielten die Kern-, die schon früher in Kraft getretenen Vorschriften zum Zahnersatz dagegen eine bloße Randregelung. Ohne Bedeutung sei, ob das Auslegungsergebnis sinn- und systemwidrig sei. Auch die Gesetzesbegründung sei ohne Belang, da der Wortlaut der Regelung zum Inkrafttreten der Bestimmungen eindeutig sei.

5 Die Kl. beantragt sinngemäß,
das Urteil des Sozialgerichts vom 26. 1. 2005 aufzuheben und die Bekl. unter Änderung ihres Bescheides vom 4. 8. 2004 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 1. 9. 2004 zu verurteilen, der Kl. Sterbegeld in Höhe von 525,00 € zu zahlen.

6 Die Bekl. beantragt,
die Revision zurückzuweisen.

7 Sie hält die angefochtene Entscheidung für zutreffend.

II.

8 Die zulässige Sprungrevision der Kl., über die der Senat im Einverständnis der Beteiligten durch Urteil ohne mündliche Verhandlung (§ 124 Abs. 2 Sozialgerichtsgesetz <SGG>) entscheidet, ist nicht begründet. Zu Recht hat das SG die Klage auf Zahlung von Sterbegeld abgewiesen, da der Kl. ein solcher Anspruch nicht zusteht. Der Anspruch auf Sterbegeld aus der gesetzlichen Krankenversicherung ist mit dem Inkrafttreten des GMG am 1. 1. 2004 entfallen. Das verstößt nicht gegen Verfassungsrecht.

9 1. Der Anspruch auf Sterbegeld war im SGB V ursprünglich an Stelle der zuvor geltenden §§ 201 ff Reichsversicherungsordnung (RVO), die seinerzeit noch höhere Zahlbeträge vorgesehen hatten, durch das Gesundheitsreformgesetz (GRG vom 20. 12. 1988, BGBl I 2477) im 7. Abschnitt des 3. Kapitels unter der Überschrift „Sterbegeld" geregelt. § 58 SGB V bestimmte Folgendes: „Beim Tod eines Versicherten wird ein Zuschuss zu den Bestattungskosten (Sterbegeld) gezahlt, wenn der Verstorbene am 1. 1. 1989 versichert war. Das Sterbegeld wird an denjenigen gezahlt, der die Bestattungskosten trägt." § 59 SGB V (idF durch Art 1 Nr 4 Beitragssicherungsgesetz vom 23. 12. 2002, BGBl I 4637) sah vom 1. 1. 2003 an vor: „Das Sterbegeld beträgt beim Tod eines Mitglieds 525 €, beim Tod eines

nach § 10 Versicherten 262,50 €" (zuvor ab dem 1. 1. 2002: 1.050 €/525 €, vgl Art 1 Nr 7 8. Euroeinführungsgesetz vom 23. 10. 2001, BGBl I 2702; davor ab dem 1. 1. 1989: 2.100DM/ 1.050DM, vgl Art 1 und 79 Abs. 1 GRG). Zwar trug die Kl. die Bestattungskosten ihres verstorbenen Ehegatten, der im Todeszeitpunkt versichertes Mitglied der Bekl. war. Sie hätte daher Anspruch auf Sterbegeld in Höhe von 525 € gehabt, wenn der Verstorbene am 1. 1. 1989 versichert war und die genannte Regelung am 10. 1. 2004, dem Todestag des Versicherten, noch gegolten hätte. Letzteres ist indessen nicht der Fall. Denn das GMG hat den Anspruch auf Sterbegeld gem. §§ 58 und 59 SGB V aF bereits mit Wirkung ab 1. 1. 2004 und nicht erst - wie die Revision meint - mit Wirkung ab 1. 1. 2005 beseitigt.

10 Es unterliegt schon nach dem Wortlaut des Art 1 Nr 36 GMG iVm Art 37 GMG keinem Zweifel, dass der gesamte 7. Abschnitt im 3. Kapitel des SGB V mit Wirkung ab 1. 1. 2004 neu „gefasst" worden ist. Die Regelung „Zahnersatz" ersetzt seither vollständig den bis dahin geltenden Abschnitt „Sterbegeld". Letzterer ist damit entfallen, wie das SG zutreffend erkannt hat (vgl auch Deter, Sozialer Fortschritt 2004, 189, 191; Orlowski, SGb 2004, 622 f; Schlegel, VSSR 2004, 313, 336; Schmidt in: H. Peters, Handbuch der Krankenversicherung, Stand 1. 3. 2005, Anm zu §§ 58, 59 SGB V aF; Schmidt/Urmersbach, KrV 2004, 322 f mwN; aA Schnapp, SGb 2004, 451 f; Debus, SGb 2005, 331 ff). Art 37 Abs. 8 GMG sieht insoweit nur vor, dass einzelne Bestimmungen des Abschnitts „Zahnersatz", die §§ 55, 58 Abs. 1, 2 und 4 sowie § 59 SGB V, am 1. 1. 2005 in Kraft treten. Ein solches Vorgehen des Gesetzgebers entspricht den Empfehlungen des Bundesministeriums der Justiz zur einheitlichen rechtsförmlichen Gestaltung von Gesetzen und Rechtsverordnungen nach § 38 Abs. 3 Besonderer Teil Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien (GGO II; vgl Handbuch der Rechtsförmlichkeit, herausgegeben vom BMJ, 2. Aufl. 1999, RdNr 627 ff).

11 Die Gesetzessystematik bestätigt den Wortlaut. Art 1 Nr 3 GMG hat mit Wirkung vom 1. 1. 2004 § 11 Abs. 1 Satz 2 SGB V („ferner besteht Anspruch auf Sterbegeld <§§ 58 und 59>„) aufgehoben. Art 3 Nr 3 GMG hat vom gleichen Zeitpunkt an in § 21 Abs. 1 des Ersten Buches Sozialgesetzbuch die Nr 5 („Sterbegeld") beseitigt (Art 37 Abs. 1 GMG). Auch die Gesetzesmaterialien verdeutlichen, dass der Anspruch auf Sterbegeld zum 1. 1. 2004 entfallen sollte. Bereits der Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und Bündnis 90/Die Grünen sah vor, dass der 7. Abschnitt im 3. Kapitel des SGB V aufgehoben wird (vgl BT-Drucks 15/1170 S 10 zu Art 1 Nr 20 und S 72 - Gesetzbegründung zu Nr 20 - iVm Art 25 Abs. 1 und Absätze 2 bis 5 des Gesetzentwurfs). Art 1 Nr 36 des Gesetzentwurfs der Fraktionen SPD, CDU/CSU und Bündnis 90/Die Grünen knüpfte an diese Teilregelung an. In der allgemeinen Gesetzesbegründung zur Neuordnung der Finanzierung heisst es ua, Sterbegeld müsse künftig von den Versicherten selbst finanziert werden (BT-Drucks 15/1525 S 77; vgl hierzu auch Schmidt in: H. Peters, Handbuch der Krankenversicherung, Stand 1. 3. 2005, Anm zu §§ 58, 59 SGB V aF). Bereits für das Jahr 2004 wird zudem von einer Entlastung durch den Wegfall des Sterbegeldes ausgegangen, die auf 0,4 Mrd € geschätzt wird (BT-Drucks 15/1525 S 171). Das beleuchtet zugleich den Regelungszweck. Danach kann insgesamt nicht bezweifelt werden, dass der Gesetzgeber ab 1. 1. 2004 die Rechtsgrundlage des Anspruchs auf Sterbegeld in der gesetzlichen Krankenversicherung beseitigt hat.

12 2. Verfassungsrecht steht der Streichung des Sterbegelds zum 1. 1. 2004 nicht entgegen. Die Gesetzesänderung verletzt weder die Kl. in ihrem grundgesetzlich

geschützten Eigentum (Art 14 Abs. 1 Grundgesetz <GG>) noch verstößt sie gegen Art 2 Abs. 1 GG iVm dem rechtsstaatlichen Grundsatz des Vertrauensschutzes, dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und dem Sozialstaatsprinzip.

13 Nach der Rechtsprechung des Senats unterliegt die Anwartschaft auf Leistungen aus der gesetzlichen Krankenversicherung auf Sterbegeld, wie sie bis zum Ende des Jahres 2003 in den §§ 58 und 59 SGB V normiert war, nicht der Eigentumsgarantie (BSGE 69, 76, 77 f = SozR 3-2500 § 59 Nr 1 S. 3 f). Wie der Senat bereits dargelegt hat, kommt nach der Rechtsprechung des BVerfG <BVerfG> (BVerfGE 53, 257, 289 ff = SozR 7610 § 1587 Nr 1; BVerfGE 69, 272, 300 = SozR 2200 § 165 Nr 81; BVerfGE 72, 9, 19 = SozR 4100 § 104 Nr 13) der Eigentumsschutz sozialversicherungsrechtlicher Positionen ua nur in Betracht, wenn sie auf nicht unerheblichen Eigenleistungen des Versicherten beruhen und zudem der Sicherung seiner Existenz dienen. Die zuletzt genannte Voraussetzung ist nicht erfüllt.

14 Die Existenzsicherungsfunktion einer sozialversicherungsrechtlichen Position kann nur bejaht werden, wenn eine Position der großen Mehrzahl der Staatsbürger zur existenziellen Sicherung dient (BVerfGE 69, 272, 303; vgl auch BVerfGE 100, 1, 33 f = SozR 3-8570 § 10 Nr 3 S. 31, 48 f mwN). Daran fehlt es beim Sterbegeld. Es soll - wie schon die bisherige Ausgestaltung als Zuschussleistung (vgl § 58 Satz 1 SGB V aF) deutlich macht - lediglich die wirtschaftliche Belastung durch die Begräbniskosten mildern (vgl Senat, BSGE 69, 76, 78 = SozR 3-2500 § 59 Nr 1 S. 4; BVerfG SozR 3-2500 § 59 Nr 3 S. 9, 10).

15 Der Wegfall des Anspruchs auf Sterbegeld verletzt auch nicht Art 2 Abs. 1 GG iVm dem rechtsstaatlichen Grundsatz des Vertrauensschutzes, dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und dem Sozialstaatsprinzip (Art 20 Abs. 1, Art 28 Abs. 1 Satz 1 GG). Zwar greift Art 1 Nr 36 GMG iVm Art 37 Abs. 1 GMG in eine gesetzlich begründete Rechtsposition ein, da zum 1. 1. 2004 der zuvor gesetzlich ausgestaltete Anspruch auf Zahlung von Sterbegeld für die in der gesetzlichen Krankenversicherung Versicherten entfallen ist. Dies unterliegt jedoch keinen durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken. Insbesondere kann die Kl. nichts aus den Grundsätzen zum Eingriff in eine befristete Übergangsregelung für sich herleiten.

16 Allerdings ist es nach der Rechtsprechung des BVerfG nur unter besonderen Anforderungen verfassungsrechtlich hinzunehmen, dass der Gesetzgeber das Vertrauen in den Fortbestand einer befristeten Übergangsvorschrift enttäuscht, die er gerade aus Vertrauensschutzgründen erlassen hatte, wenn er sie bereits vor Ablauf der ursprünglich vorgesehenen Frist zu Lasten der Berechtigten beseitigt (vgl BVerfGE 102, 68, 96 f = SozR 3-2500 § 5 Nr 42 S 191 f). Bei Zugrundelegung eines weiten Verständnisses von diesem Ausgangspunkt kommt in Betracht, die Streichung des Sterbegeldes durch das GMG insoweit als Eingriff in eine für die Betroffenen günstige Übergangsvorschrift anzusehen (vgl dazu Schlegel, VSSR 2004, 313, 336). Eine befristete Übergangsregelung - allerdings mit sehr langer Laufzeit - kann man in den §§ 58 und 59 SGB V aF deshalb sehen, weil der Anspruch nach § 58 Satz 1 SGB V aF ua vorausgesetzt hat, dass der verstorbene Versicherte bereits am 1. 1. 1989 versichert war (vgl Schlegel, VSSR 2004, 313, 336, bei Fußnote 100 mwN). Das könnte im Extremfall bedeuten, dass selbst einem am 31. 12. 1988 Geborenen, der am 1. 1. 1989 familienversichert war (§ 10 SGB V), vom Gesetzgeber noch eine lebenslange Übergangsfrist eingeräumt worden wäre.

17 Nicht jede für einen Betroffenen günstige Übergangsvorschrift begründet indessen einen besonderen Vertauensschutz gegen Eingriffe des Gesetzgebers. Dafür ist vielmehr erforderlich, dass die Übergangsregelung ursprünglich gerade aus spezifischen Vertrauensschutzgründen getroffen worden war und sich nicht bloß im Rahmen des weiten Gestaltungsspielraums bewegte, der dem Gesetzgeber bei der Ausformung sozialrechtlicher Positionen zusteht. Das hat die Rechtsprechung des BVerfG zB bei dem Eingriff in die Anwartschaft auf eine Mitgliedschaft in der Krankenversicherung der Rentner durch Art 25 Nr 1 Gesundheitsstrukturgesetz (<GSG> vom 21. 12. 1992, BGBl I 2266) in die übergangsrechtliche Regelung des Art 56 Abs. 3 GRG bejaht (vgl BVerfGE 102, 68, 96 f = SozR 3-2500 § 5 Nr 42 S 191 f). Auch die Literatur verlangt für einen derartigen besonderen Vertrauensschutz eine solche Verankerung im Gesetz, dass er sich daraus - mit Hilfe der üblichen Auslegungsmittel - ergeben muss (vgl dazu zB Maurer in Isensee/Kirchhoff, Handbuch des Staatsrechts Bd III, 2. Aufl 1996, § 60 RdNr 61).

18 Die Sterbegeldregelung (§§ 58 und 59 SGB V idF des GRG) begründete keinen solchen besonderen Vertrauensschutz. Schon formal ordnete der Gesetzgeber die Regelung nicht dem Übergangsrecht zu. Abweichend von der ursprünglichen Bestimmung in Art 56 des Entwurfs des GRG der Bundesregierung und der Fraktionen der CDU/CSU und FDP (vgl BT-Drucks 11/2237 = BT-Drucks 11/2493, S 126 und Begründung hierzu S 271), in der aus Gründen des Bestandsschutzes eine Übergangsregelung für vor dem 1. 1. 1939 Geborene vorgesehen war, wurde die später Gesetz gewordene Sterbegeldregelung ausdrücklich aus dem Übergangsrecht herausgenommen und als 7. Abschnitt (§§ 57, 58) des 3. Kapitels in das SGB V eingefügt (vgl Bericht des 11. Ausschusses zu den Gesetzentwürfen GRG, BT-Drucks 11/3480 S 35 f). Zudem ging bereits die Rechtsprechung des BVerfG zum Sterbegeld in § 201 RVO davon aus, dass die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers bei der Gewährung von Sozialleistungen, die - wie das Sterbegeld - keine nachhaltige und keine erhebliche Bedeutung für den Versicherten und seine Angehörigen haben, besonders weit ist (BVerfGE 60, 113 = SozR 2200 § 201 Nr 2 S. 2). Auch unter Würdigung der ggf extrem langen Laufzeit der auslaufenden Regelung zum Sterbegeldanspruch im GRG konnte - in Würdigung der Rechtsprechung des BVerfG zum Vertrauensschutz in die gesetzgeberische Ausgestaltung einzelner Positionen im Recht der Krankenversicherung - durch die Ausgestaltung des Sterbegeldanspruchs im SGB V kein besonderer Vertrauensschutz begründet werden. So hat die Rechtsprechung des BVerfG herausgestellt, dass derjenige, welcher als Pflichtversicherter der gesetzlichen Krankenversicherung beitritt, von vornherein nicht erwarten darf, die gesetzlichen Vorschriften über die Leistungen bestünden auf Dauer unverändert fort und er werde bei notwendigen Änderungen besser gestellt als andere Pflichtversicherte. Die gesetzlichen Sozialversicherungen sind Solidargemeinschaften auf Dauer, die sich im Laufe der Zeit vielfachen Veränderungen anpassen müssen. Wer Mitglied einer so geprägten Gemeinschaft ist, erwirbt nicht nur die damit verbundenen Chancen, sondern trägt mit den anderen Versicherten auch ihre Risiken (BVerfGE 69, 272, 314 = SozR 2200 § 165 Nr 81 S 135). Um so weniger wäre das Vertrauen in eine ggf lebenslange Privilegierung gegenüber anderen gesetzlich Krankenversicherten schutzwürdig. Schließlich stellte das Sterbegeld ohnehin nur einen geringfügigen, seiner Art nach eher systemfremden (vgl dazu auch BT-Drucks 15/1525, S 91 zu Nr 36) Teil der Leistungen und nicht etwa eine der

Kernleistungen der gesetzlichen Krankenversicherung dar. Damit konnte die Ausgestaltung des Sterbegeldanspruchs durch das GRG insgesamt nicht als Übergangsregelung verstanden werden, die nur im Hinblick auf den Vertrauensschutz getroffen worden war und den Betroffenen einen besonderen Vertrauensschutz in die Unabänderbarkeit der gesetzlich gewährten Position vermittelte.

19 Nichts anderes ergibt sich daraus, dass der Gesetzgeber nach Rückführung des Sterbegeldes auf einen Festbetrag durch das GRG (vgl dazu oben) in einem weiteren Schritt - wie dargelegt - die Höhe des Sterbegeldes kürzte, bevor er den Sterbegeldanspruch insgesamt zum 1. 1. 2004 beseitigte. Eine solche schrittweise Reduzierung verstößt jedenfalls dann nicht gegen Verfassungsrecht, wenn die jeweiligen Einzelschritte kein besonderes Vertrauen begründet haben und die Gesamtregelung, - wäre sie nicht auf Einzelschritte aufgeteilt gewesen -, verfassungsrechtlich ebenfalls zulässig gewesen wäre. So aber liegt es hier. Die stufenweise Absenkung der Höhe des Sterbegeldes vor der Beseitigung des gesamten Anspruchs erfolgte jeweils aus Gründen der Stabilisierung der finanziellen Situation der gesetzlichen Krankenversicherung und gab den Versicherten keinerlei Anlass, zukünftig auf eine ungeschmälerte Höhe des Sterbegeldes zu vertrauen. Das beruht zum einen auf der grundsätzlichen Veränderbarkeit sozialversicherungsrechtlicher Positionen, die der Einzelne als Mitglied der Versichertengemeinschaft erhält (vgl nochmals BVerfGE 69, 272, 314 = SozR 2200 § 165 Nr 81). Zudem ist das Fehlen einer nachhaltigen und erheblichen Bedeutung des Sterbegeldes für den Versicherten und seine Angehörigen (BVerfGE 60, 113 = SozR 2200 § 201 Nr 2) in Rechnung zu stellen. Schließlich handelte es sich nicht um eine fürsorgeähnliche, vertrauensbegründende Dispositionen hervorrufende Leistung. Betroffen ist vielmehr eine Leistung, die infolge ihres Zuschusscharakters nur bewirkte, dass sich die Belastung des Nachlasses mit den Beerdigungskosten (§ 1968 Bürgerliches Gesetzbuch) vermindert (vgl hierzu Schlegel, VSSR 2004, 313, 336).

20 Schließlich ist für die Bewertung der Schutzwürdigkeit des Vertrauens zu berücksichtigen, dass die fraglichen Regelungen stets mit Zukunftswirkung eingesetzt haben, mithin mangels besonderen Vertrauensschutzes nur die Prüfmaßstäbe anzulegen sind, die für die sogenannte unechte Rückwirkung oder tatbestandliche Rückanknüpfung gelten. Ein solcher Fall liegt vor, wenn - wie hier - eine Norm auf gegenwärtige, noch nicht abgeschlossene Sachverhalte und Rechtsbeziehungen für die Zukunft einwirkt und damit zugleich die betroffenen Rechtspositionen nachträglich entwertet (BVerfGE 101, 239, 263; BVerfGE 69, 272, 309 = SozR 2200 § 165 Nr 81 S 132; BVerfGE 51, 356, 362 = SozR 2200 § 1233 Nr 12 mwN) oder wenn eine Norm künftige Rechtsfolgen von Gegebenheiten aus der Zeit vor ihrer Verkündung abhängig macht (BVerfGE 79, 29, 45 f; BVerfGE 72, 141, 154 = SozR 2200 § 1265 Nr 78).

21 Die von der Verfassung für eine solche rechtliche Ausgestaltung gezogene Grenze ist beim Wegfall des Sterbegeldes nicht überschritten. Das durch den Grundsatz des Vertrauensschutzes gesicherte Vertrauen wird bei der unechten Rückwirkung nämlich nur enttäuscht, wenn das Gesetz einen entwertenden Eingriff vornimmt, mit dem der Berechtigte nicht zu rechnen brauchte, den er also bei seinen Dispositionen nicht berücksichtigen konnte (BVerfGE 69, 272, 309 = SozR aaO mwN; BSGE 69, 76, 79 = SozR 3-2500 § 59 Nr 1 S. 4 mwN). Auch wenn die

Anwartschaft auf Leistungen aus der Sozialversicherung den Einzelnen in der Regel der Notwendigkeit enthebt, anderweitig für bestimmte Lebensrisiken wie Alter, Erwerbsunfähigkeit, Krankheit usw Vorsorge zu treffen, gilt insoweit kein umfassender Schutz vor jedweder Änderung. Der Gesetzgeber kann vielmehr im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung nicht darauf verzichten, aus Gründen des Allgemeinwohls neue Regelungen zu treffen, die sich wechselnden Erfordernissen anpassen. Dabei muss er gesellschaftspolitischen Veränderungen und damit verbundenen wechselnden Interessenlagen, insbesondere auch der Belastbarkeit der Solidargemeinschaft der Versicherten, Rechnung tragen. Der Einzelne kann sich demgegenüber nicht mit Erfolg darauf berufen, dass er auf den Fortbestand einer bestimmten gesetzlichen Regelung vertraut habe, wenn dieses Vertrauen unter Berücksichtigung der gesamten Umstände billigerweise eine Rücksichtnahme durch den Gesetzgeber nicht beanspruchen kann (BVerfGE 69, 272, 310 = SozR 2200 § 165 Nr 81).

2 Die danach notwendige Interessenabwägung zwischen dem Ausmaß des den
2 Einzelnen treffenden Vertrauensschadens und der Bedeutung des gesetzlichen Anliegens für das Wohl der Allgemeinheit rechtfertigte die Streichung des Sterbegeldes. Das Ausmaß der den Einzelnen treffenden Nachteile war begrenzt, da es - wie dargelegt - um eine eher systemfremde, nicht den Versicherten selbst berechtigende, der Höhe nach eingeschränkte, nicht existenzsichernde, auf Grund ihres Auslaufcharakters - Anknüpfung an den Versichertenstatus am 1. 1. 1989 - Ungleichheit begründende Leistung ging, die die Rechtsordnung auch durch den Anspruch aus § 1968 BGB und notfalls denjenigen auf Sozialhilfe absichert. Dem steht gegenüber die in hohem Maße im Gemeinwohlinteresse liegende Aufrechterhaltung der Finanzierbarkeit der gesetzlichen Krankenversicherung, über die der größte Teil der Bevölkerung seine Absicherung für den Krankheitsfall erfährt (vgl dazu zuletzt BVerfG - Beschluss vom 18. 7. 2005 - 2 BvF 2/01 - unter C IV 2, RdNr 127 f). Dieser Gesichtspunkt überwiegt hier das nur eingeschränkt schutzwürdige Vertrauen der Kl. in die Aufrechterhaltung des unveränderten Bestandes der gesetzlich normierten Leistungsansprüche beim Tod eines Versicherten auf Sterbegeld. Der Eingriff verletzt danach ebenso wenig den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wie das Sozialstaatsprinzip (vgl dazu BVerfGE 68, 193, 209; 69, 272, 314; 103, 172, 185; BSGE 69, 76, 81 mwN = SozR 3-2500 § 59 Nr 1 S. 7).

2 3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.

Zitiervorschlag:
3
BSG Urt. v. 13.12.2005 – B 1 KR 3/05 R, BeckRS 2006, 40746

BeckRS 2006, 40745

BSG (1. Senat), Urteil vom 13.12.2005 – B 1 KR 2/05 R

Titel:
Krankenversicherung, Leistungen, Krankenkasse, Revision, Versorgung, Bescheid, Widerspruchsbescheid, Sterbegeld, Bestattungskosten, Verletzung, Zuschuss, Anspruch, Vertrauensschutz, Aufhebung, gesetzlichen Krankenversicherung, Grundsatz des Vertrauensschutzes, Wohl der Allgemeinheit

Rechtsgebiete:
Medizinrecht, Sozialrecht

Schlagworte:
Krankenversicherung, Leistungen, Krankenkasse, Revision, Versorgung, Bescheid, Widerspruchsbescheid, Sterbegeld, Bestattungskosten, Verletzung, Zuschuss, Anspruch, Vertrauensschutz, Aufhebung, gesetzlichen Krankenversicherung, Grundsatz des Vertrauensschutzes, Wohl der Allgemeinheit
Rechtskraft:
rechtskräftig

Text1

BUNDESSOZIALGERICHT
Im Namen des Volkes
Urteil
in dem Rechtsstreit
Az: B 1 KR 2/05 R
…,
, Kl. und Revisionsklägerin, Prozessbevollmächtigter: …,
g e g e n
AOK Sachsen - Die Gesundheitskasse, Sternplatz 7, 01067 Dresden, Bekl. und Revisionsbeklagte.
Der 1. Senat des BSG hat ohne mündliche Verhandlung am
13. 12. 2005 durch den Präsidenten v o n W u l f f e n, die Richter
Prof. Dr. S c h l e g e l und Dr. K r e t s c h m e r sowie den ehrenamtlichen Richter Dr. A n d r e s e n und die ehrenamtliche Richterin K a n d r a s c h o w
für Recht erkannt:

Tenor:

Die Sprungrevision der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Reutlingen vom 20. Januar 2005 wird zurückgewiesen.
Kosten des Revisionsverfahrens sind nicht zu erstatten.

Gründe:

I

1 Die Beteiligten streiten über den Anspruch auf Sterbegeld.

2 Die Mutter der Klägerin war am 1. Januar 1989 Mitglied einer gesetzlichen Krankenkasse und zuletzt bei der beklagten AOK krankenversichert. Sie verstarb am 26. Februar 2004. Die Klägerin trug die Bestattungskosten. Sie beantragte bei der Beklagten, Sterbegeld in Höhe von 525 EUR zu zahlen. Die Beklagte lehnte den Antrag ab, da der Anspruch auf Sterbegeld durch das Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung vom 14. November 2003 (GKV-Modernisierungsgesetz - GMG, BGBl I 2190) mit Wirkung zum 1. Januar 2004 entfallen sei (Bescheid vom 31. August 2004; Widerspruchsbescheid vom 29. September 2004).

3 Das Sozialgericht (SG) hat die Klage auf Zahlung von Sterbegeld abgewiesen, da Art. 1 Nr. 36 GMG iVm Art. 37 GMG den Anspruch auf Sterbegeld zum 1. Januar 2004 ohne Verfassungsverstoß beseitigt habe (Urteil vom 20. Januar 2005).

4 Mit ihrer vom SG zugelassenen Sprungrevision rügt die Klägerin Verletzung von

Art. 37 Abs. 8 GMG und trägt vor, der Gesetzgeber habe in Art. 37 GMG geregelt, dass die §§ 58 und 59 Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V) nF erst mit Wirkung zum 1. Januar 2005 in Kraft träten. Deshalb sei davon auszugehen, dass die vorher bestehenden Regelungen zum Sterbegeld erst zu diesem Zeitpunkt außer Kraft getreten seien. Das habe auch Schnapp (SGb 2004, 451 f) überzeugend dargelegt. Der Gesetzgeber habe die §§ 58 und 59 SGB V aF nicht direkt aufgehoben, eine indirekte Aufhebung sei nicht möglich. Zudem sei das Vertrauen insbesondere älterer Menschen in die Aufrechterhaltung der Sterbegeldversicherung enttäuscht worden, obwohl sie wegen ihres Alters nicht mehr eine entsprechende Privatversicherung zu zumutbaren Bedingungen abschließen könnten. Es handele sich um eine der ältesten Leistungen der Krankenversicherung, deren Fortbestand der Gesetzgeber durch die Änderungen - zuletzt durch das Beitragssatzsicherungsgesetz (BSSichG) vom 23. Dezember 2002 (Art. 1 Ziffer 4 BSSichG, BGBl I 2637) bestätigt habe. Gerade für ältere Menschen bedeute die Abschaffung des Sterbegeldes eine Enttäuschung ihres besonderen Vertrauens und damit eine Verletzung von Art. 2 Abs. 1 GG iVm dem rechtsstaatlichen Grundsatz des Vertrauensschutzes. Der Gesetzgeber hätte weniger einschneidende Maßnahmen mit einer Übergangsregelung treffen können, wie er es zB im Kinder-Berücksichtigungsgesetz (vom 25. Dezember 2004, Art. 1 Ziffer 1, BGBl I 3448) getan habe. Außerdem verletze die Ungleichbehandlung gegenüber den Hinterbliebenen von Beamten den Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG, da diese nach § 18 Gesetz über die Versorgung der Beamten und Richter in Bund und Ländern (Beamtenversorgungsgesetz - BeamtVG idF durch Art. 1 VersorgungsänderungsG 2001 vom 20. Dezember 2001, BGBl I 3926) auch im Jahre 2004 noch ein Sterbegeld in Höhe der zweifachen monatlichen Bezüge des Verstorbenen (Ruhestands-)Beamten erhielten.

5 Die Klägerin beantragt, das Urteil des Sozialgerichts vom 20. Januar 2005 aufzuheben und die Beklagte unter Änderung ihres Bescheides vom 31. August 2004 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 29. September 2004 zu verurteilen, der Klägerin Sterbegeld in Höhe von 525,- EUR zu zahlen.

6 Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

7 Sie hält die angefochtene Entscheidung für zutreffend.

II.

8 Die zulässige Sprungrevision der Klägerin, über die der Senat im Einverständnis der Beteiligten durch Urteil ohne mündliche Verhandlung (§ 124 Abs. 2 Sozialgerichtsgesetz (SGG)) entscheidet, ist nicht begründet. Zu Recht hat das SG die Klage auf Zahlung von Sterbegeld abgewiesen, da der Klägerin ein solcher Anspruch nicht zusteht. Der Anspruch auf Sterbegeld aus der gesetzlichen Krankenversicherung ist mit dem Inkrafttreten des GMG am 1. Januar 2004 entfallen. Das verstößt nicht gegen Verfassungsrecht.

9 1. Der Anspruch auf Sterbegeld war im SGB V ursprünglich an Stelle der zuvor geltenden §§ 201 ff Reichsversicherungsordnung (RVO), die seinerzeit noch höhere Zahlbeträge vorgesehen hatten, durch das Gesundheitsreformgesetz (GRG vom 20. Dezember 1988, BGBl I 2477) im 7. Abschnitt des 3. Kapitels unter der Überschrift „Sterbegeld" geregelt. § 58 SGB V bestimmte Folgendes: „Beim Tod eines Versicherten wird ein Zuschuss zu den Bestattungskosten (Sterbegeld) gezahlt, wenn der Verstorbene am 1. Januar 1989 versichert war. Das Sterbegeld wird an denjenigen gezahlt, der die Bestattungskosten trägt." § 59 SGB V (idF durch Art. 1

Nr. 4 Beitragssicherungsgesetz vom 23. Dezember 2002, BGBl I 4637) sah vom 1. Januar 2003 an vor: „Das Sterbegeld beträgt beim Tod eines Mitglieds 525 EUR, beim Tod eines nach § 10 Versicherten 262,50 EUR" (zuvor ab dem 1. Januar 2002: 1.050 EUR/525 EUR, vgl Art. 1 Nr. 7 8. Euroeinführungsgesetz vom 23. Oktober 2001, BGBl I 2702; davor ab dem 1. Januar 1989: 2.100 DM/1.050 DM, vgl Art. 1 und 79 Abs. 1 GRG). Zwar trug die Klägerin die Bestattungskosten ihrer verstorbenen Mutter, die am 1. Januar 1989 in der Gesetzlichen Krankenversicherung versichert und im Todeszeitpunkt versichertes Mitglied der Beklagten war. Sie hätte daher Anspruch auf Sterbegeld in Höhe von 525 EUR gehabt, wenn die genannte Regelung am 26. Februar 2004, dem Todestag der Versicherten, noch gegolten hätte. Letzteres ist indessen nicht der Fall. Denn das GMG hat den Anspruch auf Sterbegeld gemäß §§ 58 und 59 SGB V aF bereits mit Wirkung ab 1. Januar 2004 und nicht erst - wie die Revision meint - mit Wirkung ab 1. Januar 2005 beseitigt.

10 Es unterliegt schon nach dem Wortlaut des Art. 1 Nr. 36 GMG iVm Art. 37 GMG keinem Zweifel, dass der gesamte 7. Abschnitt im 3. Kapitel des SGB V mit Wirkung ab 1. Januar 2004 neu „gefasst" worden ist. Die Regelung „Zahnersatz" ersetzt seither vollständig den bis dahin geltenden Abschnitt „Sterbegeld". Letzterer ist damit entfallen, wie das SG zutreffend erkannt hat (vgl auch Deter, Sozialer Fortschritt 2004, 189, 191; Orlowski, SGb 2004, 622 f; Schlegel, VSSR 2004, 313, 336; Schmidt in: H. Peters, Handbuch der Krankenversicherung, Stand 1. März 2005, Anm zu §§ 58, 59 SGB V aF; Schmidt/Urmersbach, KrV 2004, 322 f mwN; aA Schnapp, SGb 2004, 451 f; Debus, SGb 2005, 331 ff). Art. 37 Abs. 8 GMG sieht insoweit nur vor, dass einzelne Bestimmungen des Abschnitts „Zahnersatz", die §§ 55, 58 Abs. 1, 2 und 4 sowie § 59 SGB V, am 1. Januar 2005 in Kraft treten. Ein solches Vorgehen des Gesetzgebers entspricht den Empfehlungen des Bundesministeriums der Justiz zur einheitlichen rechtsförmlichen Gestaltung von Gesetzen und Rechtsverordnungen nach § 38 Abs. 3 Besonderer Teil Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien (GGO II; vgl Handbuch der Rechtsförmlichkeit, herausgegeben vom BMJ, 2. Aufl 1999, RdNr. 627 ff).

11 Die Gesetzessystematik bestätigt den Wortlaut. Art. 1 Nr. 3 GMG hat mit Wirkung vom 1. Januar 2004 § 11 Abs. 1 Satz 2 SGB V („ferner besteht Anspruch auf Sterbegeld (§§ 58 und 59)") aufgehoben. Art. 3 Nr. 3 GMG hat vom gleichen Zeitpunkt an in § 21 Abs. 1 des Ersten Buches Sozialgesetzbuch die Nr. 5 („Sterbegeld") beseitigt (Art. 37 Abs. 1 GMG). Auch die Gesetzesmaterialien verdeutlichen, dass der Anspruch auf Sterbegeld zum 1. Januar 2004 entfallen sollte. Bereits der Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und Bündnis 90/Die Grünen sah vor, dass der 7. Abschnitt im 3. Kapitel des SGB V aufgehoben wird (vgl BT-Drucks 15/1170 S. 10 zu Art. 1 Nr. 20 und S. 72 - Gesetzbegründung zu Nr. 20 - iVm Art. 25 Abs. 1 und Absätze 2 bis 5 des Gesetzentwurfs). Art. 1 Nr. 36 des Gesetzentwurfs der Fraktionen SPD, CDU/CSU und Bündnis 90/Die Grünen knüpfte an diese Teilregelung an. In der allgemeinen Gesetzesbegründung zur Neuordnung der Finanzierung heißt es ua, Sterbegeld müsse künftig von den Versicherten selbst finanziert werden (BT-Drucks 15/1525 S. 77; vgl hierzu auch Schmidt in: H. Peters, Handbuch der Krankenversicherung, Stand 1. März 2005, Anm zu §§ 58, 59 SGB V aF). Bereits für das Jahr 2004 wird zudem von einer Entlastung durch den Wegfall des Sterbegeldes ausgegangen, die auf 0,4 Mrd EUR geschätzt wird (BT-Drucks

15/1525 S. 171). Das beleuchtet zugleich den Regelungszweck. Danach kann insgesamt nicht bezweifelt werden, dass der Gesetzgeber ab 1. Januar 2004 die Rechtsgrundlage des Anspruchs auf Sterbegeld in der gesetzlichen Krankenversicherung beseitigt hat.

12 2. Verfassungsrecht steht der Streichung des Sterbegelds zum 1. Januar 2004 nicht entgegen. Die Gesetzesänderung verletzt weder die Klägerin in ihrem grundgesetzlich geschützten Eigentum (Art. 14 Abs. 1 Grundgesetz (GG)) noch verstößt sie gegen Art. 2 Abs. 1 GG iVm dem rechtsstaatlichen Grundsatz des Vertrauensschutzes, dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und dem Sozialstaatsprinzip oder gegen den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG).

13 Nach der Rechtsprechung des Senats unterliegt die Anwartschaft auf Leistungen aus der gesetzlichen Krankenversicherung auf Sterbegeld, wie sie bis zum Ende des Jahres 2003 in den §§ 58 und 59 SGB V normiert war, nicht der Eigentumsgarantie (BSGE 69, 76, 77 f = SozR 3-2500 § 59 Nr. 1 S. 3 f). Wie der Senat bereits dargelegt hat, kommt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) (BVerfGE 53, 257, 289 ff = SozR 7610 § 1587 Nr. 1; BVerfGE 69, 272, 300 = SozR 2200 § 165 Nr. 81; BVerfGE 72, 9, 19 = SozR 4100 § 104 Nr. 13) der Eigentumsschutz sozialversicherungsrechtlicher Positionen ua nur in Betracht, wenn sie auf nicht unerheblichen Eigenleistungen des Versicherten beruhen und zudem der Sicherung seiner Existenz dienen. Die zuletzt genannte Voraussetzung ist nicht erfüllt.

14 Die Existenzsicherungsfunktion einer sozialversicherungsrechtlichen Position kann nur bejaht werden, wenn eine Position der großen Mehrzahl der Staatsbürger zur existenziellen Sicherung dient (BVerfGE 69, 272, 303; vgl auch BVerfGE 100, 1, 33 f = SozR 3-8570 § 10 Nr. 3 S. 31, 48 f mwN). Daran fehlt es beim Sterbegeld. Es soll - wie schon die bisherige Ausgestaltung als Zuschussleistung (vgl § 58 Satz 1 SGB V aF) deutlich macht - lediglich die wirtschaftliche Belastung durch die Begräbniskosten mildern (vgl Senat, BSGE 69, 76, 78 = SozR 3-2500 § 59 Nr. 1 S. 4; BVerfG SozR 3-2500 § 59 Nr. 3 S. 9, 10).

15 Der Wegfall des Anspruchs auf Sterbegeld verletzt auch nicht Art. 2 Abs. 1 GG iVm dem rechtsstaatlichen Grundsatz des Vertrauensschutzes, dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG). Zwar greift Art. 1 Nr. 36 GMG iVm Art. 37 Abs. 1 GMG in eine gesetzlich begründete Rechtsposition ein, da zum 1. Januar 2004 der zuvor gesetzlich ausgestaltete Anspruch auf Zahlung von Sterbegeld für die in der gesetzlichen Krankenversicherung Versicherten entfallen ist. Dies unterliegt jedoch keinen durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken. Insbesondere kann die Klägerin nichts aus den Grundsätzen zum Eingriff in eine befristete Übergangsregelung für sich herleiten.

16 Allerdings ist es nach der Rechtsprechung des BVerfG nur unter besonderen Anforderungen verfassungsrechtlich hinzunehmen, dass der Gesetzgeber das Vertrauen in den Fortbestand einer befristeten Übergangsvorschrift enttäuscht, die er gerade aus Vertrauensschutzgründen erlassen hatte, wenn er sie bereits vor Ablauf der ursprünglich vorgesehenen Frist zu Lasten der Berechtigten beseitigt (vgl BVerfGE 102, 68, 96 f = SozR 3-2500 § 5 Nr. 42 S. 191 f). Bei Zugrundelegung eines weiten Verständnisses von diesem Ausgangspunkt kommt in Betracht, die Streichung des Sterbegeldes durch das GMG insoweit als Eingriff in eine für die Betroffenen günstige Übergangsvorschrift anzusehen (vgl dazu

Schlegel, VSSR 2004, 313, 336). Eine befristete Übergangsregelung - allerdings mit sehr langer Laufzeit - kann man in den §§ 58 und 59 SGB V aF deshalb sehen, weil der Anspruch nach § 58 Satz 1 SGB V aF ua vorausgesetzt hat, dass der verstorbene Versicherte bereits am 1. Januar 1989 versichert war (vgl Schlegel, VSSR 2004, 313, 336, bei Fußnote 100 mwN). Das könnte im Extremfall bedeuten, dass selbst einem am 31. Dezember 1988 Geborenen, der am 1. Januar 1989 familienversichert war (§ 10 SGB V), vom Gesetzgeber noch eine lebenslange Übergangsfrist eingeräumt worden wäre.

17 Nicht jede für einen Betroffenen günstige Übergangsvorschrift begründet indessen einen besonderen Vertauensschutz gegen Eingriffe des Gesetzgebers. Dafür ist vielmehr erforderlich, dass die Übergangsregelung ursprünglich gerade aus spezifischen Vertrauensschutzgründen getroffen worden war und sich nicht bloß im Rahmen des weiten Gestaltungsspielraums bewegte, der dem Gesetzgeber bei der Ausformung sozialrechtlicher Positionen zusteht. Das hat die Rechtsprechung des BVerfG zB bei dem Eingriff in die Anwartschaft auf eine Mitgliedschaft in der Krankenversicherung der Rentner durch Art. 25 Nr. 1 Gesundheitsstrukturgesetz (GSG vom 21. Dezember 1992, BGBl I 2266) in die übergangsrechtliche Regelung des Art. 56 Abs. 3 GRG bejaht (vgl BVerfGE 102, 68, 96 f = SozR 3-2500 § 5 Nr. 42 S. 191 f). Auch die Literatur verlangt für einen derartigen besonderen Vertrauensschutz eine solche Verankerung im Gesetz, dass er sich daraus - mit Hilfe der üblichen Auslegungsmittel - ergeben muss (vgl dazu zB Maurer in Isensee/Kirchhoff, Handbuch des Staatsrechts Bd III, 2. Aufl 1996, § 60 RdNr. 61).

18 Die Sterbegeldregelung (§§ 58 und 59 SGB V idF des GRG) begründete keinen solchen besonderen Vertrauensschutz. Schon formal ordnete der Gesetzgeber die Regelung nicht dem Übergangsrecht zu. Abweichend von der ursprünglichen Bestimmung in Art. 56 des Entwurfs des GRG der Bundesregierung und der Fraktionen der CDU/CSU und FDP (vgl BT-Drucks 11/2237 = BT-Drucks 11/2493, S. 126 und Begründung hierzu S. 271), in der aus Gründen des Bestandsschutzes eine Übergangsregelung für vor dem 1. Januar 1939 Geborene vorgesehen war, wurde die später Gesetz gewordene Sterbegeldregelung ausdrücklich aus dem Übergangsrecht herausgenommen und als 7. Abschnitt (§§ 57, 58) des 3. Kapitels in das SGB V eingefügt (vgl Bericht des 11. Ausschusses zu den Gesetzentwürfen GRG, BT-Drucks 11/3480 S. 35 f). Zudem ging bereits die Rechtsprechung des BVerfG zum Sterbegeld in § 201 RVO davon aus, dass die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers bei der Gewährung von Sozialleistungen, die - wie das Sterbegeld - keine nachhaltige und keine erhebliche Bedeutung für den Versicherten und seine Angehörigen haben, besonders weit ist (BVerfGE 60, 113 = SozR 2200 § 201 Nr. 2 S. 2). Auch unter Würdigung der ggf extrem langen Laufzeit der auslaufenden Regelung zum Sterbegeldanspruch im GRG konnte - in Würdigung der Rechtsprechung des BVerfG zum Vertrauensschutz in die gesetzgeberische Ausgestaltung einzelner Positionen im Recht der Krankenversicherung - durch die Ausgestaltung des Sterbegeldanspruchs im SGB V kein besonderer Vertrauensschutz begründet werden. So hat die Rechtsprechung des BVerfG herausgestellt, dass derjenige, welcher als Pflichtversicherter der gesetzlichen Krankenversicherung beitritt, von vornherein nicht erwarten darf, die gesetzlichen Vorschriften über die Leistungen bestünden auf Dauer unverändert fort und er werde bei notwendigen Änderungen besser gestellt als andere Pflichtversicherte. Die gesetzlichen Sozialversicherungen sind Solidargemeinschaften auf Dauer, die

sich im Laufe der Zeit vielfachen Veränderungen anpassen müssen. Wer Mitglied einer so geprägten Gemeinschaft ist, erwirbt nicht nur die damit verbundenen Chancen, sondern trägt mit den anderen Versicherten auch ihre Risiken (BVerfGE 69, 272, 314 = SozR 2200 § 165 Nr. 81 S. 135). Um so weniger wäre das Vertrauen in eine ggf lebenslange Privilegierung gegenüber anderen gesetzlich Krankenversicherten schutzwürdig. Schließlich stellte das Sterbegeld ohnehin nur einen geringfügigen, seiner Art nach eher systemfremden (vgl dazu auch BT-Drucks 15/1525, S. 91 zu Nr. 36) Teil der Leistungen und nicht etwa eine der Kernleistungen der gesetzlichen Krankenversicherung dar. Damit konnte die Ausgestaltung des Sterbegeldanspruchs durch das GRG insgesamt nicht als Übergangsregelung verstanden werden, die nur im Hinblick auf den Vertrauensschutz getroffen worden war und den Betroffenen einen besonderen Vertrauensschutz in die Unabänderbarkeit der gesetzlich gewährten Position vermittelte.

19 Nichts anderes ergibt sich daraus, dass der Gesetzgeber nach Rückführung des Sterbegeldes auf einen Festbetrag durch das GRG (vgl dazu oben) in einem weiteren Schritt - wie dargelegt - die Höhe des Sterbegeldes kürzte, bevor er den Sterbegeldanspruch insgesamt zum 1. Januar 2004 beseitigte. Eine solche schrittweise Reduzierung verstößt jedenfalls dann nicht gegen Verfassungsrecht, wenn die jeweiligen Einzelschritte kein besonderes Vertrauen begründet haben und die Gesamtregelung, - wäre sie nicht auf Einzelschritte aufgeteilt gewesen -, verfassungsrechtlich ebenfalls zulässig gewesen wäre. So aber liegt es hier. Die stufenweise Absenkung der Höhe des Sterbegeldes vor der Beseitigung des gesamten Anspruchs erfolgte jeweils aus Gründen der Stabilisierung der finanziellen Situation der gesetzlichen Krankenversicherung und gab den Versicherten keinerlei Anlass, zukünftig auf eine ungeschmälerte Höhe des Sterbegeldes zu vertrauen. Das beruht zum einen auf der grundsätzlichen Veränderbarkeit sozialversicherungsrechtlicher Positionen, die der Einzelne als Mitglied der Versichertengemeinschaft erhält (vgl nochmals BVerfGE 69, 272, 314 = SozR 2200 § 165 Nr. 81). Zudem ist das Fehlen einer nachhaltigen und erheblichen Bedeutung des Sterbegeldes für den Versicherten und seine Angehörigen (BVerfGE 60, 113 = SozR 2200 § 201 Nr. 2) in Rechnung zu stellen. Schließlich handelte es sich nicht um eine fürsorgeähnliche, vertrauensbegründende Dispositionen hervorrufende Leistung. Betroffen ist vielmehr eine Leistung, die infolge ihres Zuschusscharakters nur bewirkte, dass sich die Belastung des Nachlasses mit den Beerdigungskosten (§ 1968 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)) vermindert (vgl hierzu Schlegel, VSSR 2004, 313, 336).

20 Schließlich ist für die Bewertung der Schutzwürdigkeit des Vertrauens zu berücksichtigen, dass die fraglichen Regelungen stets mit Zukunftswirkung eingesetzt haben, mithin mangels besonderen Vertrauensschutzes nur die Prüfmaßstäbe anzulegen sind, die für die sogenannte unechte Rückwirkung oder tatbestandliche Rückanknüpfung gelten. Ein solcher Fall liegt vor, wenn - wie hier - eine Norm auf gegenwärtige, noch nicht abgeschlossene Sachverhalte und Rechtsbeziehungen für die Zukunft einwirkt und damit zugleich die betroffenen Rechtspositionen nachträglich entwertet (BVerfGE 101, 239, 263; BVerfGE 69, 272, 309 = SozR 2200 § 165 Nr. 81 S. 132; BVerfGE 51, 356, 362 = SozR 2200 § 1203 Nr. 12 mwN) oder wenn eine Norm künftige Rechtsfolgen von Gegebenheiten aus der Zeit vor ihrer Verkündung abhängig macht (BVerfGE 79, 29, 45 f; BVerfGE 72,

141, 154 = SozR 2200 § 1265 Nr. 78).

21 Die von der Verfassung für eine solche rechtliche Ausgestaltung gezogene Grenze ist beim Wegfall des Sterbegeldes nicht überschritten. Das durch den Grundsatz des Vertrauensschutzes gesicherte Vertrauen wird bei der unechten Rückwirkung nämlich nur enttäuscht, wenn das Gesetz einen entwertenden Eingriff vornimmt, mit dem der Berechtigte nicht zu rechnen brauchte, den er also bei seinen Dispositionen nicht berücksichtigen konnte (BVerfGE 69, 272, 309 = SozR aaO mwN; BSGE 69, 76, 79 = SozR 3-2500 § 59 Nr. 1 S. 4 mwN). Auch wenn die Anwartschaft auf Leistungen aus der Sozialversicherung den Einzelnen in der Regel der Notwendigkeit enthebt, anderweitig für bestimmte Lebensrisiken wie Alter, Erwerbsunfähigkeit, Krankheit usw Vorsorge zu treffen, gilt insoweit kein umfassender Schutz vor jedweder Änderung. Der Gesetzgeber kann vielmehr im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung nicht darauf verzichten, aus Gründen des Allgemeinwohls neue Regelungen zu treffen, die sich wechselnden Erfordernissen anpassen. Dabei muss er gesellschaftspolitischen Veränderungen und damit verbundenen wechselnden Interessenlagen, insbesondere auch der Belastbarkeit der Solidargemeinschaft der Versicherten, Rechnung tragen. Der Einzelne kann sich demgegenüber nicht mit Erfolg darauf berufen, dass er auf den Fortbestand einer bestimmten gesetzlichen Regelung vertraut habe, wenn dieses Vertrauen unter Berücksichtigung der gesamten Umstände billigerweise eine Rücksichtnahme durch den Gesetzgeber nicht beanspruchen kann (BVerfGE 69, 272, 310 = SozR 2200 § 165 Nr. 81).

22 Die danach notwendige Interessenabwägung zwischen dem Ausmaß des den Einzelnen treffenden Vertrauensschadens und der Bedeutung des gesetzlichen Anliegens für das Wohl der Allgemeinheit rechtfertigte die Streichung des Sterbegeldes. Das Ausmaß der den Einzelnen treffenden Nachteile war begrenzt, da es - wie dargelegt - um eine eher systemfremde, nicht den Versicherten selbst berechtigende, der Höhe nach eingeschränkte, nicht existenzsichernde, aufgrund ihres Auslaufcharakters - Anknüpfung an den Versichertenstatus am 1. Januar 1989 - Ungleichheit begründende Leistung ging, die die Rechtsordnung auch durch den Anspruch aus § 1968 BGB und notfalls denjenigen auf Sozialhilfe absichert. Dem steht gegenüber die in hohem Maße im Gemeinwohlinteresse liegende Aufrechterhaltung der Finanzierbarkeit der gesetzlichen Krankenversicherung, über die der größte Teil der Bevölkerung seine Absicherung für den Krankheitsfall erfährt (vgl dazu zuletzt BVerfG - Beschluss vom 18. Juli 2005 - 2 BvF 2/01 - unter C IV 2, RdNr. 127 f). Dieser Gesichtspunkt überwiegt hier das nur eingeschränkt schutzwürdige Vertrauen der Klägerin in die Aufrechterhaltung des unveränderten Bestandes der gesetzlich normierten Leistungsansprüche beim Tod eines Versicherten auf Sterbegeld. Der Eingriff verletzt danach ebenso wenig den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wie das Sozialstaatsprinzip (vgl dazu BVerfGE 68, 193, 209; 69, 272, 314; 103, 172, 185; BSGE 69, 76, 81 mwN = SozR 3-2500 § 59 Nr. 1 S. 7).

23 Die Streichung des Sterbegeldanspruchs verletzt auch nicht - wie die Revision mit Blick auf § 18 BeamtVG meint - den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG). Dieser gebietet dem Gesetzgeber, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln (vgl BVerfGE 1, 14, 52; 98, 365, 385; BVerfG, - Beschluss vom 18. Juli 2005, 2 BvF 2/01 - RdNr. 126 mwN). Hieraus ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche

Grenzen für den Gesetzgeber, die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen (vgl zB BVerfGE 88, 5, 12; 88, 87, 96; 101, 54, 101; 107, 27, 45). Diese Grenzen sind durch die unterschiedliche Ausgestaltung des Beamtenversorgungsrechts und des Leistungsrechts der gesetzlichen Krankenversicherung - hier hinsichtlich des Sterbegeldes - nicht überschritten. Nach der Rechtsprechung des BVerfG unterliegen öffentlich-rechtlich geregelte Dienstverhältnisse eigenen Prinzipien, die für privatrechtliche Arbeitsverhältnisse keine Geltung beanspruchen. Aus dem Alimentationsprinzip, auf dem die Beamtenbesoldung und -versorgung beruht, lassen sich deshalb - ohne Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG - für die Entgelte und Versorgungen der Arbeitnehmer keine Folgerungen ableiten (BVerfGE 97, 35, 45; 98, 365, 391; vgl dazu auch Deter, Sozialer Fortschritt 2004, 189, 191 f). Auch aus anderen Gründen kommt nach der Rechtsprechung des Senats (vgl BSG SozR 3-2500 § 59 Nr. 1 S. 7 f) eine Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes nicht in Betracht.

2 3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.

Zitiervorschlag:
BSG Urt. v. 13.12.2005 – B 1 KR 2/05 R, BeckRS 2006, 40745

BeckRS 2005, 30765

BVerfG, Beschluss vom 13.09.2005 - 2 BvF 2/03

Titel:
Verfassungsmäßigkeit des Beitragssicherungsgesetzes
Normenketten:
GG Art. 84 I
GG Art. 80 I
GG Art. 80 I 2
GG Art. 80 II
Amtliche Leitsätze:
1. Verfahrensbestimmungen lösen die Zustimmungsbedürftigkeit nach Art. 84 I GG nicht aus, wenn sie keinen neuen Einbruch in die Verwaltungszuständigkeit der Länder darstellen. (amtlicher Leitsatz)
2. Ändert das Parlament bestehende Rechtsverordnungen oder fügt in diese neue Regelungen ein, so ist das dadurch entstandene Normgebilde aus Gründen der Normenklarheit insgesamt als Rechtsverordnung zu qualifizieren. (amtlicher Leitsatz)
3. Bei der Änderung von Verordnungsrecht ist der Gesetzgeber an das Verfahren nach Art. 76 ff. GG und an die Grenzen der Ermächtigungsgrundlage (Art. 80 I Satz 2 GG) gebunden. Die Zustimmungsbedürftigkeit richtet sich nicht nach Art. 80 II GG. (amtlicher Leitsatz)
Rechtsgebiet:
Staats- und Verfassungsrecht
Schlagworte:
Länderverwaltung, Zustimmung, Verfahrensbestimmungen, Rechtsverordnung, Änderung, Ermächtigungsgrundlage
Fundstellen:
BVerfGE 114, 196

DÖV 2006, 165
DVBl 2005, 1503
JA 2006, 336 (m. Anm. Dr. Markus Winkler)
JuS 2006, 175 (m. Anm. Professor Dr. Michael Sachs)
LSK 2005, 480220
MedR 2006, 45
NJW 2006, 1195 (Ls.)
NVwZ 2006, 191
SozR 4–1100 Art. 74 Nr. 2
SozR 4–2500 § 266 Nr. 9
Rechtskraft:
nicht rechtskräftig

Text1

L e i t s ä t z e
zum Beschluss des Zweiten Senats vom 13. 9. 2005
- 2 BvF 2/03 -
BUNDESVERFASSUNGSGERICHT
- 2 BvF 2/03 -

Im Namen des Volkes
In dem Verfahrenüberdie Anträge
festzustellen, dass das Gesetz zur Sicherung der Beitragssätze in der gesetzlichen Krankenversicherung und in der gesetzlichen Rentenversicherung (Beitragssatzsicherungsgesetz – BSSichG) vom 23. 12. 2002 (BGBl I S. 4637) mit Art. 80 II, Art. 84 I und Art. 12 I des Grundgesetzes unvereinbar und nichtig sei,
Ast.:
die Baden-Württembergische Landesregierung,diese vertreten durch den Ministerpräsidenten,dieser vertreten durch den Sozialminister,Schellingstraße 15, 70174 Stuttgart,
die Saarländische Landesregierung,diese vertreten durch den Ministerpräsidenten,dieser vertreten durch die Ministerin für Frauen, Arbeit, Gesundheit und Soziales,Franz-Josef-Röder-Straße 23, 66119 Saarbrücken,

- Bevollmächtigter:
Professor Dr. Armin Dittmann,Universität Hohenheim, Schloß Osthof-Nord, 70599 Stuttgart -

hat das BVerfG - Zweiter Senat – unter Mitwirkung der Richterinnen und Richter Vizepräsident Hassemer,Jentsch,Broß,Osterloh,Di Fabio,Mellinghoff,Lübbe-Wolff,Gerhardt

am 13. 9. 2005 beschlossen:

Das Gesetz zur Sicherung der Beitragssätze in der gesetzlichen Krankenversicherung und in der gesetzlichen Rentenversicherung (Beitragssatzsicherungsgesetz – BSSichG) vom 23. 12. 2002 (Bundesgesetzblatt I Seite 4637) ist mit dem Grundgesetz vereinbar.

Gründe:

Das Verfahren betrifft die Überprüfung des Beitragssatzsicherungsgesetzes, das die Ast. für verfassungswidrig halten, weil der Bundesrat dem Gesetz hätte zustimmen müssen und weil es pharmazeutische Großhändler und Apotheker in ihren Grundrechten aus Art. 12 I GG verletze.
1
A.
I.
1. Das Beitragssatzsicherungsgesetz beruht auf einem Entwurf, den die Fraktionen der SPD und von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN am 5. 11. 2002 in den Deutschen Bundestag einbrachten (BTDrucks 15/28). Gemeinsam mit dem Zwölften SGB V–Änderungsgesetz (BTDrucks 15/27) sollte es als so genanntes Vorschaltgesetz vor einer umfassenden Reform dem schnellen Ausgleich konjunktureller Belastungseffekte in der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung dienen und deren Beitragssätze für das Jahr 2003 stabil halten. Beide Gesetze sollten das Beitragssatzniveau stabilisieren und finanzielle Spielräume für notwendige Reformen schaffen.
2
Im Gesetzgebungsverfahren wurden folgende Maßnahmen vorgeschlagen: Anhebung der Beitragsbemessungsgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung mit entsprechender Anhebung der Versicherungspflichtgrenze in der gesetzlichen Krankenversicherung; Absenkung der Schwankungsreserve in der Rentenversicherung; Festschreibung der Beitragssätze in der gesetzlichen Krankenversicherung; Halbierung des Sterbegeldes; Staffelung des Rabatts, den die Apotheken den Krankenkassen gewähren; Abführen der Rabatte der pharmazeutischen Unternehmen und des pharmazeutischen Großhandels an die Krankenkassen; Nullrunden bei den Vergütungsvereinbarungen für die Krankenhausversorgung und die ambulante ärztliche und zahnärztliche Versorgung; Senkung der Preise für zahntechnische Leistungen um fünf Prozent, verbunden mit einer Nullrunde für das Jahr 2003. Die finanzielle Entlastung der Krankenkassen durch das Gesetz sollte bei knapp drei Milliarden Euro liegen.
3
Die Zustimmung des Bundesrates hielten die Entwurfsverfasser nicht für erforderlich.
4
2. Nach dem Gesetzesbeschluss des Bundestages rief der Bundesrat den Vermittlungsausschuss mit dem Ziel der Aufhebung des Gesetzesbeschlusses an, und er stellte fest, dass das Gesetz gem. Art. 84 I GG seiner Zustimmung bedürfe. Es werde in das Verwaltungsverfahren der Krankenkassen eingegriffen; die rentenrechtlichen Regelungen würden üblicherweise durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates getroffen (BRatPlPr 783, S. 536 A ff.; BRDrucks 833/02 [Beschluss]).
5
3. Der Vermittlungsausschuss bestätigte das Gesetz. Der Bundesrat stimmte dem Gesetz

nicht zu und legte zugleich vorsorglich Einspruch ein (BRatPlPr 784, S. 570 A; BRDrucks 894/1/02; 894/02 [Beschluss]; BTDrucks 15/258). Am selben Tage wies der Bundestag den Einspruch zurück (BTDrucks 15/261; BTPlPr 15/17, S. 1360 D ff.; BRDrucks zu 894/02 [Beschluss]).

6

4. Das Gesetz wurde am 30. 12. 2002 verkündet (BGBl I S. 4637) und trat gem. seinem Art. 13 größtenteils am 1. 1. 2003 in Kraft. Es wurde später durch Art. 1c des Zwölften SGB V–Änderungsgesetzes vom 12. 6. 2003 (BGBl I S. 844) und durch Art. 26 des Gesetzes zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Modernisierungsgesetz – GMG) vom 14. 11. 2003 (BGBl I S. 2190 <2255>) geändert.

7

II.

Gegen das Gesetz haben Inhaber zahntechnischer Labore (1 BvR 24/03), Apotheker, Arzneimittelgroßhändler (1 BvR 2415/02, 2 BvR 1060, 1114/03) und pharmazeutische Unternehmen (1 BvR 112/03) Verfassungsbeschwerden erhoben. Anträge, durch einstweilige Anordnung das Inkrafttreten von Art. 1 Nr. 7 und 8, Art. 6 und Art. 11 BSSichG einstweilen aufzuschieben, hilfsweise, diese Regelungen außer Vollzug zu setzen, lehnte der Erste Senat des BVerfG ab (vgl. BVerfGE 106, 351; 106, 359; 106, 369; 108, 45).

8

III.

Die Ast. begehren vor allem eine Prüfung derjenigen Vorschriften des Beitragssatzsicherungsgesetzes, aus denen sich eine Zustimmungspflicht des Bundesrates ergeben kann oder die geeignet sind, in das Grundrecht aus Art. 12 GG einzugreifen.

9

1. Das Beitragssatzsicherungsgesetz ändert mit seinem Art. 1 das Fünfte Buch Sozialgesetzbuch (SGB V). Der Änderung des § 130 I SGB V wird entgegengehalten, sie belaste die Apotheker übermäßig. Die gleiche Wirkung auf pharmazeutische Unternehmen habe der neu eingefügte § 130 a I SGB V, während § 130 a Abs. 8 SGB V die Zustimmungsbedürftigkeit durch den Bundesrat auslöse.

10

a) Die Krankenkassen sind ihren Versicherten zur Versorgung mit Arzneimitteln verpflichtet (§ 31 I SGB V). Wird ein Arzneimittel von einer Apotheke zur Erfüllung dieser Pflicht an einen gesetzlich Krankenversicherten abgegeben, so hatte die Apotheke auch schon vor Inkrafttreten des Beitragssatzsicherungsgesetzes der Krankenkasse einen Rabatt (auch Apothekenabschlag genannt) von sieben, dann fünf Prozent, ab 2002 von sechs Prozent auf den aus Herstellerpreis und Handelsspannen zusammengesetzten Arzneimittelabgabepreis (Verbraucherpreis) zu gewähren. Diese Rabattverpflichtung wurde aus § 376 RVO in § 130 SGB V übernommen. Sie wird als sozialrechtliche Verpflichtung der Apotheken bei der Versorgung gesetzlich Krankenversicherter und als skontoähnlicher Ausgleich für prompte Zahlung (§ 130 III SGB V) angesehen (vgl. Henninger, in: Schulin [Hg.], Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Bd. 1, 1994, § 44 Rn. 32).

11

Die zur Ausgabenbegrenzung bei den Krankenkassen seit dem Ende der 1980er Jahre angestellten Reformbemühungen griffen neben einer Begrenzung der verschreibungsfähigen Arzneimittel (§§ 33a, 34 SGB V), der Einführung von Zuzahlungen der Versicherten (§ 31 III, §§ 61, 62 SGB V) und der Arzneimittelbudgetierung (§ 84 SGB V) auch in die Preisgestaltung für Arzneimittel ein. Mit dem Gesundheits-

Reformgesetz von 1988 wurde das Festbetragskonzept eingeführt. Für Gruppen wirkstoffgleicher Arzneimittel wurden Beträge festgelegt (§§ 35, 35a SGB V) und der Leistungsanspruch der Versicherten gegenüber den Krankenkassen auf diese Festbeträge begrenzt (§ 31 II SGB V): Bis zum Festbetrag übernimmt die Krankenkasse die Arzneimittelkosten - zunächst ohne, inzwischen mit Zuzahlung -, darüber hinaus muss sie der Versicherte selbst tragen (vgl. § 73 Abs. 5 Satz 3 SGB V). Die Preisbildung wurde dadurch rechtlich nicht weiter beschränkt als sie es durch die Begrenzung der Handelsspannen bereits war (§§ 2 ff. AMPreisV). Die Arzneimittelhersteller können weiterhin jeden Preis verlangen, den sie für angemessen halten; der Abgabepreis wird durch Hinzurechnen der Handelsspannen bestimmt. Die Nachfragemacht der Krankenkassen verleiht den Festbeträgen faktisch aber preisregulierende Wirkung (Mrozynski, in: Wannagat [Hg.], SGB, Losebl. [August 2002], § 35 SGB V Rn. 5 f.). Die Hersteller begrenzen ihre Preise auf die Festbeträge, weil die die Festbeträge übersteigenden Mehrkosten von den Versicherten am Markt nicht zu erlangen sind. Die Festbetragsbildung ist durch das Gesundheitsstrukturgesetz von 1992 ausgeweitet worden, um bis zu 80 Prozent der auf Kosten der Krankenkassen abgegebenen Arzneimittel zu erfassen (Schneider, in: Schulin [Hg.], a.a.O., § 22 Rn. 180).

12

Zugleich mit der Einführung des Festbetragskonzepts wurden die Apotheken verpflichtet, an der bis dahin allein dem Arzt obliegenden Auswahl preisgünstiger Arzneimittel teilzunehmen (§ 129 I SGB V). Die Spitzenverbände der Krankenkassen und die Spitzenorganisation der Apotheker haben hierzu Einzelheiten in einem Rahmenvertrag zu regeln, der auch Sanktionen vorsehen muss (§ 129 II bis 4 SGB V). Kommt ein solcher Vertrag nicht zustande, so wird der Vertragsinhalt durch eine Schiedsstelle festgesetzt (§ 129 Abs. 7 und Abs. 8 SGB V). Für die Landesebene können ergänzende Verträge geschlossen werden (§ 129 Abs. 5 SGB V).

13

Als diese seit 1989 geltenden Instrumentarien einen weiteren Anstieg der Arzneimittelausgaben nicht verhinderten, wurde mit Gesetz zur Sicherung und Strukturverbesserung der gesetzlichen Krankenversicherung (Gesundheitsstrukturgesetz) vom 21. 12. 1992 (BGBl I S. 2266) eine Budgetierung unter anderem der Arzneimittelkosten eingeführt. Die Landesverbände der Krankenkassen und die Verbände der Ersatzkassen hatten mit der Kassenärztlichen Vereinigung jährlich Arzneimittelvereinbarungen zu treffen, durch die die von den Vertragsärzten insgesamt veranlassten Ausgaben für Arzneimittel begrenzt werden (§ 84 SGB V). Diese globale Begrenzung des Ausgabevolumens sollte - nach der zuletzt geltenden Rechtslage - dadurch gesichert werden, dass die Kassenärztliche Vereinigung bei Überschreitungen einen finanziellen Ausgleich an die Krankenkassen leistet; dies ist in den Vereinbarungen zu regeln (§ 84 III SGB V).

14

Art. 30 I des Gesundheitsstrukturgesetzes reglementierte außerdem die Herstellerabgabepreise derjenigen Arzneimittel, für die kein Festbetrag (§ 35 SGB V) galt. Für 1993 und 1994 wurden die Preise bei verschreibungspflichtigen Arzneimitteln auf 95 % und bei nicht verschreibungspflichtigen auf 98 % der am 1. 5. 1992 geltenden Preise gesenkt.

15

Das Beitragssatzsicherungsgesetz lässt das Festbetragssystem und die Budgetierung unberührt, erhöht aber den von den Apotheken zu gewährenden Rabatt und führt

Rabattverpflichtungen der Großhändler und Hersteller zugunsten der Krankenkassen ein (siehe unten 4.). Für den Apothekenabschlag wird eine Staffelung mit Rabattsätzen zwischen sechs und zehn Prozent vorgesehen (Art. 1 Nr. 7 BSSichG, § 130 I SGB V). Die Apotheken haben außerdem bei Abgabe nicht festbetragsgebundener Arzneimittel den Krankenkassen einen Rabatt in Höhe von sechs Prozent des Herstellerabgabepreises zu gewähren, den die Hersteller den Apotheken zu erstatten haben (§ 130 a I bis 7 SGB V, Art. 1 Nr. 8 BSSichG).

16

§ 130 a Abs. 8 SGB V, für den geltend gemacht wird, dass er das Erfordernis der Zustimmung des Bundesrates auslöse, regelt, dass Krankenkassen oder ihre Verbände mit pharmazeutischen Unternehmen weitere Rabatte für die zu ihren Lasten abgegebenen Arzneimittel vereinbaren können.

17

b) Art. 1 BSSichG hat folgenden Wortlaut:

18

Artikel 1

19

Änderung des Fünften Buches Sozialgesetzbuch

20

Das Fünfte Buch Sozialgesetzbuch – Gesetzliche Krankenversicherung – (Artikel 1 des Gesetzes vom 20. 12. 1988, BGBl. I S. 2477, 2482), zuletzt geändert durch Artikel 3 des Gesetzes vom 23. 12. 2002 (BGBl. I S. 4621), wird wie folgt geändert:

21

1. bis 6. ...

22

7. § 130 I wird wie folgt gefasst:

23

„(1) Die Krankenkassen erhalten von den Apotheken auf den für den Versicherten maßgeblichen Arzneimittelabgabepreis einen Abschlag. Der Abschlag beträgt bei einem Arzneimittelabgabepreis

24

von bis zu 52,46 Euro 6 vom Hundert,

25

von 54,81 Euro bis 820,22 Euro 10,0 vom Hundert,

26

von über 820,22 Euro 82,02 Euro plus 6 vom Hundert des Differenzbetrages zwischen 820,22 Euro und dem für den Versicherten maßgeblichen Arzneimittelabgabepreis.

27

Der mit der Krankenkasse abzurechnende Betrag beträgt bei einem Arzneimittelabgabepreis

28

von 52,47 Euro bis 54,80 Euro 49,32 Euro."

29

8. Nach § 130 wird folgender § 130 a eingefügt:

30

„§130 a

31

Rabatte der pharmazeutischen Unternehmen

32
(1) Die Krankenkassen erhalten von Apotheken für ab dem 1. 1. 2003 zu ihren Lasten abgegebene Arzneimittel einen Abschlag in Höhe von 6 vom Hundert des Herstellerabgabepreises. Pharmazeutische Unternehmen sind verpflichtet, den Apotheken den Abschlag zu erstatten. Soweit pharmazeutische Großhändler nach Absatz 5 bestimmt sind, sind pharmazeutische Unternehmen verpflichtet, den Abschlag den pharmazeutischen Großhändlern zu erstatten. Der Abschlag ist den Apotheken und pharmazeutischen Großhändlern innerhalb von zehn Tagen nach Geltendmachung des Anspruches zu erstatten.
33
(2) Ab dem 1. 1. 2003 bis zum 31. 12. 2004 erhöht sich der Abschlag um den Betrag einer Erhöhung des Herstellerabgabepreises gegenüber dem Preisstand vom 1. 10. 2002. Für Arzneimittel, die nach dem 1. 10. 2002 erstmals in den Markt eingeführt werden, gilt Satz 1 mit der Maßgabe, dass der Preisstand der Markteinführung Anwendung findet.
34
(3) bis (7) ...
35
(8) Die Krankenkassen oder ihre Verbände können mit pharmazeutischen Unternehmen zusätzlich zu den Abschlägen nach den Absätzen 1 und 2 Rabatte für die zu ihren Lasten abgegebenen Arzneimittel vereinbaren. Dabei kann auch ein jährliches Umsatzvolumen sowie eine Abstaffelung von Mehrerlösen gegenüber dem vereinbarten Umsatzvolumen vereinbart werden. Rabatte nach Satz 1 sind von den pharmazeutischen Unternehmen an die Krankenkassen zu vergüten. Eine Vereinbarung nach Satz 1 berührt Abschläge nach den Absätzen 1 und 2 nicht.
36
(9) ..."
37
c) Nach Inkrafttreten des Beitragssatzsicherungsgesetzes ist mit dem Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Modernisierungsgesetz – GMG) vom 14. 11. 2003 (BGBl I S. 2190) erneut in die Regelung der Arzneimittelpreise eingegriffen worden: Die Staffelung des Apothekenabschlages (§ 130 I SGB V) ist durch feste Abschlagsbeträge für verschreibungspflichtige und nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel ersetzt worden (Art. 1 Nr. 94 GMG). Der von den Herstellern zu erstattende Apothekenabschlag (§ 130 a I SGB V) ist für verschreibungspflichtige Arzneimittel im Jahre 2004 auf 16 % erhöht worden (§ 130 a Ia SGB V, Art. 1 Nr. 95 GMG). Die von den Lieferanten (pharmazeutische Großhändler oder Hersteller) den Apotheken zu gewährenden und von diesen an die Krankenkassen weiterzugebenden Abschläge sind wieder gestrichen (Art. 26 GMG) und durch eine Herabsetzung der Höchstzuschläge ersetzt worden, die die Preisbildung der Großhändler reglementieren (§ 2 I bis 3 AMPreisV, Art. 24 Nr. 2 GMG).
38
2. Auch für Art. 7 I Satz 3 BSSichG wird vertreten, die Norm sei zustimmungsbedürftig gewesen. Sie hat die Anwendung des § 220 II SGB V bis zum 31. 12. 2003 ausgeschlossen.
39
a) Die Höhe der Krankenkassenbeiträge ist nach dem Finanzierungsbedarf der Krankenkassen zu bemessen. Von den voraussichtlichen Ausgaben eines Haushaltsjahres werden die erwarteten sonstigen Einnahmen (Säumniszuschläge, Vermögenserträge,

Ersatz- und Erstattungsleistungen) und ein etwaiger Betriebsmittelüberschuss abgezogen und zur Auffüllung des Betriebsmittel- und des Rücklagesolls (§ 260 II, § 261 II SGB V) eventuell benötigte Beträge hinzugerechnet (§ 220 I SGB V). Der sich ergebende Betrag ist durch Beiträge aufzubringen. Er ist der Prozentwert, der durch die Summe der voraussichtlichen beitragspflichtigen Einnahmen der Mitglieder (§§ 226 ff. SGB V) als Grundwert geteilt und mit 100 multipliziert wird, so dass sich als Prozentsatz der Beitragssatz ergibt (§ 241 SGB V). Die Beitragshöhe wird durch die Satzung festgelegt (§ 241, § 194 I Nr. 4 SGB V), und zwar, wie § 220 I und § 261 III SGB V zu entnehmen ist, vor Beginn eines Haushaltsjahres für das Haushaltsjahr, das dem Kalenderjahr entspricht (§ 67 I SGB IV). Erweisen sich die der Bemessung der Beitragssatzhöhe zu Grunde liegenden Prognosen in der Weise als unzutreffend, dass die Einnahmen geringer oder die Ausgaben höher ausfallen oder dass beides eintritt, dann sind die Betriebsmittel zunächst aus der Rücklage und aus der Gesamtrücklage des Landesverbandes aufzufüllen (§ 220 II Satz 1, § 261 III, § 262 SGB V).

40

Reicht dies nicht aus, dann sind während des Haushaltsjahres die Beiträge zu erhöhen, und zwar durch Satzungsänderung, bei Eilbedürftigkeit durch Vorstandsbeschluss oder, wenn ein Vorstandsbeschluss nicht zustande kommt, durch Anordnung der Aufsichtsbehörde (§ 220 II SGB V).

41

Art. 7 I BSSichG greift in dieses Regelungsprogramm in zweifacher Weise ein: Reguläre, vor Beginn des Haushaltsjahres beschlossene Beitragssatzanhebungen werden ausgeschlossen, wenn ein entsprechender Beschluss nicht vor der ersten Lesung des Gesetzentwurfs im Bundestag aufsichtsbehördlich genehmigt wurde (Satz 1). Beitragssatzerhöhungen während des Haushaltsjahres werden ausgeschlossen, indem die Anwendung des § 220 II SGB V ausgesetzt wird (Satz 3). Beide Maßnahmen sind bis zum 31. 12. 2003 befristet und mit Ausnahmen versehen, die Deckungslücken durch den Risikostrukturausgleich (§ 266 SGB V) und durch extreme wirtschaftliche Notlagen berücksichtigen (Art. 7 III BSSichG).

42

b) Die Vorschrift hat folgenden Wortlaut:

43

Artikel 7

44

Gesetz zur Stabilisierung der Beitragssätzein der gesetzlichen Krankenversicherung im Jahre 2003

45

(1) Bis zum 31. 12. 2003 sind Beitragssatzanhebungen der Krankenkassen (§ 4 des Fünften Buches Sozialgesetzbuch) nur zulässig, wenn die dafür erforderlichen Satzungsänderungen vor dem 7. 11. 2002 genehmigt worden sind. Eine hiervon abweichende Satzungsänderung ist unwirksam. § 220 II des Fünften Buches Sozialgesetzbuch ist in dem in Satz 1 genannten Zeitraum nicht anzuwenden.

46

(2) I gilt für Beiträge, die in Beitragsklassen festgesetzt werden, entsprechend.

47

(3) Die Absätze 1 und 2 gelten nicht, soweit allein durch Veränderungen der Verpflichtungen oder Ansprüche im Risikostrukturausgleich Beitragssatzanhebungen zwingend erforderlich sind. Die Absätze 1 und 2 gelten ferner nicht für Krankenkassen,

deren Mittel so weit erschöpft sind, dass eine Beitragssatzanhebung zwingend erforderlich ist, um die Leistungsfähigkeit der Krankenkasse zu sichern. Dies ist nur dann der Fall, wenn der Krankenkasse auch nach Ausschöpfen sämtlicher Wirtschaftlichkeitsreserven und nach Aufbrauchen von Betriebsmitteln und Rücklagen nicht mehr die finanziellen Mittel zur Verfügung stehen, die unabweisbar notwendig sind, um die medizinisch notwendige Versorgung der Versicherten zu gewährleisten und ansonsten eine Kreditfinanzierung droht.

48

3. Art. 4 BSSichG wird ebenfalls eine Umgehung der Zustimmungsbedürftigkeit durch den Bundesrat entgegengehalten.

49

a) Auf der 1969 in das Grundgesetz eingefügten Kompetenzgrundlage des Art. 74 Nr. 19a GG hat der Bund das Krankenhausfinanzierungsgesetz erlassen. Das damit eingeführte dualistische System weist im Grundsatz (vgl. §§ 3, 4 AbgrV, 7 ff. BPflV) die Investitionskosten (§ 2 Nr. 2 KHG) der öffentlichen Hand zu und die Deckung der laufenden Betriebs- und Behandlungskosten den Pflegesätzen (§ 4 KHG); das sind die Entgelte der Benutzer oder ihrer Kostenträger (§ 2 Nr. 4 KHG). Ausgehend von diesem Grundsatz haben mehrfache Kostendämpfungsbemühungen zu einer Aufgliederung der Entgelte in Fallpauschalen, Sonderentgelte, ein Budget für davon nicht erfasste Leistungen und tagesgleiche Pflegesätze geführt (§§ 10 ff. BPflV). Höhe und Abgeltungsbereich aller Entgeltbestandteile werden in Vereinbarungen zwischen Krankenhäusern und Krankenkassen oder deren Verbänden geregelt (§§ 18 f. KHG, §§ 15 ff. BPflV). Dabei haben die Vertragsparteien als ein Instrument der Kostendämpfung den Grundsatz der Beitragssatzstabilität zu beachten, der sich als allgemeiner Grundsatz für alle Leistungserbringer aus § 71 I SGB V ergibt und für den Bereich der Krankenhausfinanzierung durch § 17 I Satz 3 KHG wiederholt und durch § 6 BPflV konkretisiert wird: Beitragssatzerhöhungen sollen dadurch ausgeschlossen werden, dass der Gesamtbetrag der vereinbarten Vergütungen nicht stärker steigt als die beitragspflichtigen Einnahmen aller Mitglieder der Krankenkassen. Der Grundsatz erfährt Durchbrechungen, die eine Gefährdung der medizinischen Leistungen ausschließen und Verbesserungen ermöglichen sollen.

50

§ 6 I Satz 4 BPflV regelt solche Durchbrechungen. Art. 4 BSSichG führt eine weitere Ausnahme vom Grundsatz der Beitragssatzstabilität ein. Der aus der Einnahmesteigerung der Mitglieder der Krankenkassen errechnete neue Gesamtbetrag der Vergütungen darf nach der neuen Nr. 6 des § 6 I Satz 4 BPflV auch dann überschritten werden, wenn aus dem Gesamtbudget so genannte Disease-Management-Programme vergütet werden. Der neue Satz 6 (Art. 4 Nr. 3 BSSichG) stellt klar, dass auch dies in den Pflegesatzverhandlungen zu beraten ist.

51

b) Art. 4 BSSichG und der mit ihm im Zusammenhang stehende Art. 12 BSSichG lauten:

52

Artikel 4

53

Änderung der Bundespflegesatzverordnung

54

§ 6 I der Bundespflegesatzverordnung vom 26. 9. 1994 (BGBl. I S. 2750), die zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 23. 4. 2002 (BGBl. I S. 1412) geändert worden ist, wird

wie folgt geändert:
55
1. Satz 4 wird wie folgt geändert:
56
a) In Nummer 4 wird das Wort „oder" gestrichen.
57
b) In Nummer 5 werden das Semikolon durch die Angabe „, oder" ersetzt und folgende neue Nummer 6 angefügt:
58
„6. zusätzliche Leistungen auf Grund des Abschlusses eines Vertrages zur Durchführung eines strukturierten Behandlungsprogramms nach § 137 g I Satz 1 des Fünften Buches Sozialgesetzbuch oder des Beitritts zu einem solchen Vertrag, soweit diese Leistungen erforderlich sind, um die Anforderungen des Sechsten Abschnitts der Risikostruktur-Ausgleichs-verordnung zu erfüllen;".
59
2. Der bisherige Satz 4 zweiter Halbsatz und Satz 5 folgen im Anschluss an die neue Nummer 6.
60
3. Folgender Satz wird angefügt:
61
„Auch die Tatbestände nach I Satz 4, III und 5 sind Gegenstand der Pflegesatzverhandlungen."
62
Artikel 12
63
Rückkehr zum einheitlichen Verordnungsrang
64
Die auf Artikel 4 des Gesetzes beruhenden Teile der Bundespflegesatzverordnung können auf Grund des § 16 Satz 1 Nr. 1 des Krankenhausfinanzierungsgesetzes in Verbindung mit diesem Artikel durch Rechtsverordnung geändert werden.
65
c) Inzwischen ist dieses System abermals grundlegend verändert worden. Die Bundespflegesatzverordnung ist - außer für die Psychiatrie und die Psychosomatik - durch das Krankenhausentgeltgesetz ersetzt worden. Damit wird die Vergütung der Krankenhausleistungen auf das DRG-System (Diagnosis-Related-Groups, vgl. § 17 b II KHG) umgestellt. Dieses neue Vergütungssystem konnte für das Jahr 2003 freiwillig vereinbart werden; seit 2004 müssen alle Krankenhäuser danach abrechnen. Die Abstimmung des neuen DRG-Systems mit den Krankenhausbudgets soll in mehreren Übergangsphasen bis 2007 geschehen (vgl. Haaf, DRV 2003, 620 <622>). Der Anwendungsbereich des § 6 BPflV ist also wesentlich eingeengt worden, aber nicht gänzlich entfallen.
66
4. Übermäßige Belastung bewirkt nach Auffassung der Ast. das mit Art. 11 BSSichG eingeführte Gesetz für die pharmazeutischen Großhändler. Auch dieses Gesetz umgehe zudem in unzulässiger Weise das Erfordernis der Zustimmung des Bundesrates.
67
a) Das durch Art. 11 BSSichG eingeführte Gesetz zur Einführung von Abschlägen der pharmazeutischen Großhändler verpflichtet die Lieferanten der Apotheken (Großhändler

oder Hersteller), einen Rabatt in Höhe von drei Prozent des Arzneimittelabgabepreises, also des Endverbraucherpreises, zu gewähren, soweit es sich um verschreibungspflichtige Arzneimittel handelt, die dem Versorgungsanspruch gesetzlich Krankenversicherter (§ 23 I, §§ 27, 31, 34 SGB V) unterliegen. Den Abschlag haben die Apotheken an die Krankenkassen weiterzureichen. Damit ist eine Preissenkung zu Gunsten der Krankenkassen erreicht, die die Großhändler zu tragen haben.
68
b) Art. 11 BSSichG lautet:
69
Artikel 11
70
Gesetz zur Einführung von Abschlägender pharmazeutischen Großhändler
71
§ 1
72
Abschläge der pharmazeutischen Großhändler
73
Die pharmazeutischen Großhändler gewähren den Apotheken für Fertigarzneimittel, die der Verschreibungspflicht auf Grund von § 48 oder § 49 des Arzneimittelgesetzes und dem Versorgungsanspruch nach § 23 I, §§ 27 und 31 des Fünften Buches Sozialgesetzbuch unterliegen, einen Abschlag in Höhe von 3 vom Hundert des Arzneimittelabgabepreises.
74
§ 2
75
Abschläge bei unmittelbarem Bezug
76
Für Arzneimittel, die Apotheken unmittelbar von pharmazeutischen Unternehmen bezogen haben, gewähren die pharmazeutischen Unternehmen den Abschlag nach § 1.
77
§ 3
78
Weiterleitung der Abschläge
79
Für Arzneimittel nach den §§ 1 und 2 erhalten die Krankenkassen von den Apotheken einen Abschlag in Höhe von 3 vom Hundert des Arzneimittelabgabepreises.
80
Das Gesetz hat nur im Jahre 2003 gegolten. Es ist durch Art. 26 GMG aufgehoben worden. Die Preisreglementierung ist nun durch eine Änderung der Großhändlerspanne vorgenommen worden (§ 2 AMPreisV, Art. 24 GMG).
81
5. Schließlich sollen auch Art. 2 Nr. 4 und Nr. 5 und Art. 8 und Art. 9 BSSichG der Zustimmung durch den Bundesrat bedurft haben. Diese Vorschriften setzen für das Jahr 2003 die Beitragssätze, Beitragsbemessungsgrenzen, Beiträge und Beitragszuschüsse für die Rentenversicherung fest.
82
a) Der Beitrag zur gesetzlichen Rentenversicherung wird durch die Multiplikation der beitragspflichtigen Einnahmen mit dem Beitragssatz errechnet (§ 157 SGB VI).
83

Die beitragspflichtigen Einnahmen (§§ 162 ff. SGB VI) werden für die Beitragsberechnung nur bis zu einem Höchstbetrag, der Beitragsbemessungsgrenze, berücksichtigt (§ 157 SGB VI); der darüber hinausgehende Teil der Einnahmen bleibt für die Beitragsberechnung unberücksichtigt, so dass er in der gesetzlichen Rentenversicherung nicht versicherbar ist. Die Beitragsbemessungsgrenze verändert sich jährlich entsprechend der Veränderung der Bruttolohn- und -gehaltssumme (§ 159 SGB VI). Die Höhe der Beitragsbemessungsgrenzen für die einzelnen Jahre ergibt sich aus der Anlage 2 zum SGB VI. Durch § 160 Nr. 2 SGB VI wird die Bundesregierung ermächtigt, durch Verordnung mit Zustimmung des Bundesrates die Beitragsbemessungsgrenze festzusetzen, also die Anlage 2 unter Anwendung der durch § 159 SGB VI vorgegebenen Berechnungsmethode fortzuführen.

84

Für das Beitrittsgebiet gilt eine niedrigere Beitragsbemessungsgrenze (§ 275 a SGB VI), für deren Festsetzung ebenfalls eine Verordnungsermächtigung zu Gunsten der Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates besteht (§ 275 b SGB VI). Der durch Art. 2 Nr. 4 BSSichG eingefügte § 275 c SGB VI setzt die Beitragsbemessungsgrenzen selbst fest, und zwar abweichend von der Berechnungsmethode des § 159 SGB VI. Während die bisherige Berechnung nach § 159 SGB VI eine Beitragsbemessungsgrenze von ungefähr dem 1,8-fachen des Durchschnittsverdienstes ergab, soll nun ungefähr das Doppelte des Durchschnittsverdienstes erreicht werden (BTDrucks 15/28, S. 12, 13, 17). Damit werden bislang beitragsfreie Anteile der Einnahmen von der Beitragspflicht erfasst, nämlich diejenigen, die zwischen der nur nach § 159 SGB VI erhöhten Beitragsbemessungsgrenze und der durch § 275 c I und 2 SGB VI neuen höheren Beitragsbemessungsgrenze liegen. Dies führt zu Mehreinnahmen, die gemeinsam mit der Herabsetzung der Schwankungsreserve (Art. 2 Nr. 2 BSSichG) ermöglichen sollen, die Beitragssätze nicht so sehr zu erhöhen, wie es ohne diese Maßnahmen erforderlich geworden wäre (BTDrucks 15/28, S. 12).

85

Die Beitragssätze werden für jedes Jahr auf Grund einer Prognose der Einnahmen und Ausgaben festgesetzt. Ob ein Bedarf besteht, die Beitragssätze zu verändern, hängt nach § 158 SGB VI davon ab, wie sich unter Berücksichtigung dieser Prognose die zur Liquiditätssicherung zu haltende Schwankungsreserve (§ 216 SGB VI) voraussichtlich entwickelt. Wird sie einen gewissen Anteil einer Monatsausgabe voraussichtlich unterschreiten, so sind die Beitragssätze zu erhöhen; wird sie einen gewissen Anteil überschreiten, so sind sie zu senken. Diese Prognose und die Festsetzung der Beitragssätze obliegen nach § 160 Nr. 1 SGB VI der Bundesregierung im Wege der Verordnung mit Zustimmung des Bundesrates; bleibt der Beitragssatz unverändert, wird dies bekannt gemacht (§ 158 IV SGB VI).

86

Anstelle einer solchen Beitragssatzverordnung sind in den vergangenen Jahren die Beitragssätze wiederholt durch förmliches Gesetz festgesetzt worden, nämlich für die Jahre 1993, 1999, 2000 und 2002. Durch das Beitragssatzsicherungsgesetz ist zum einen der die Berechnung bestimmende Rahmen der Höchst- und Mindestschwankungsreserve nach unten verschoben worden (Art. 2 Nr. 2 BSSichG), um auf diese Weise die Beitragssätze in geringerem Umfang zu erhöhen als es nach dem bislang geltenden Rahmen erforderlich gewesen wäre. Die auf der neuen Grundlage berechneten Beitragssätze werden sodann durch ein mit Art. 8 BSSichG erlassenes förmliches Gesetz festgesetzt (§ 1 BSG 2003).

87
Von dem Grundsatz, dass die Rentenhöhe eine Abbildung der von dem Berechtigten in der Erwerbszeit gezahlten Beiträge ist, gelten zahlreiche Ausnahmen. So werden Kindererziehungszeiten (§ 56 SGB VI) behandelt, als habe der Rentenversicherte Beiträge gezahlt (§ 70 II SGB VI). Diese Beiträge zahlt der Bund, und zwar durch einen jährlich neu zu berechnenden pauschalen Abgeltungsbetrag (§ 177 SGB VI). Die Festsetzung erfolgt nach § 178 III SGB VI durch eine Verordnung der Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates. Davon weicht Art. 8 BSSichG ab, indem der durch ihn erlassene § 2 BSG 2003 den Abgeltungsbetrag festsetzt.
88
Für Landwirte und deren mitarbeitende Familienangehörige besteht ein besonderes, von der gesetzlichen Rentenversicherung getrenntes soziales Sicherungssystem. Die Beiträge werden hier nicht anhand eines Beitragssatzes und der jeweiligen Einnahmen der Versicherten berechnet. Vielmehr zahlen alle Versicherten einen einheitlichen Beitrag, der auf der Grundlage des Beitragssatzes und des Durchschnittsentgelts der gesetzlichen Rentenversicherung berechnet wird (§ 68 ALG). Zudem erhält jeder Versicherte einen nach dem Einkommen gestaffelten Zuschuss (§§ 32 f. ALG). Für die Festsetzung der Höhe der Beiträge und der Beitragszuschüsse enthalten die § 35 I, §§ 69, 120 ALG Verordnungsermächtigungen für die Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates. Davon weicht Art. 9 BSSichG ab, indem er mit dem durch ihn erlassenen förmlichen Gesetz die Beiträge und Beitragszuschüsse für das Jahr 2003 festsetzt (§§ 1, 2 BGL 2003).
89
b) Die hier angegriffenen Vorschriften lauten:
90
Artikel 2
91
Änderung des Sechsten Buches Sozialgesetzbuch
92
Das Sechste Buch Sozialgesetzbuch – Gesetzliche Rentenversicherung – in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. 2. 2002 (BGBl. I S. 754, 1404, 3384), zuletzt geändert durch Artikel 4 des Gesetzes vom 23. 12. 2002 (BGBl. I S. 4621), wird wie folgt geändert:
93
1. bis 3. ...
94
4. Nach § 275 b wird folgender § 275 c eingefügt:
95
„§ 275 c
96
Beitragsbemessungsgrenzen für das Jahr 2003
97
(1) Die Beitragsbemessungsgrenze für das Jahr 2003 beträgt in der Rentenversicherung der Arbeiter und der Angestellten 61 200 Euro jährlich und 5 100 Euro monatlich und in der knappschaftlichen Rentenversicherung 75 000 Euro jährlich und 6 250 Euro monatlich.
98
(2) Die Beitragsbemessungsgrenze (Ost) für das Jahr 2003 beträgt in der Rentenversicherung der Arbeiter und der Angestellten 51 000 Euro jährlich und 4 250 Euro monatlich und in der knappschaftlichen Rentenversicherung 63 000 Euro jährlich und

5 250 Euro monatlich.
99
(3) Der Ausgangswert zur Bestimmung der Beitragsbemessungsgrenze für das Jahr 2004 beträgt in der Rentenversicherung der Arbeiter und der Angestellten 60 792,06 Euro und in der knappschaftlichen Rentenversicherung 74 816,79 Euro."
100
5. § 287 wird wie folgt geändert:
101
a) Die Überschrift wird wie folgt gefasst:
102
„§ 287
103
Weitergeltung der Beitragssätze des Jahres 2003".
104
b) I wird aufgehoben.
105
c) Die Absatzbezeichnung „(2)" wird gestrichen.
106
6. ...
107
Artikel 8
108
Gesetz zur Bestimmung der Beitragssätze inder gesetzlichen Rentenversicherung und der Beitragszahlung des Bundes für Kindererziehungszeiten für das Jahr 2003(Beitragssatzgesetz 2003 – BSG 2003)
109
§ 1
110
Beitragssätze in der Rentenversicherung
111
Der Beitragssatz für das Jahr 2003 beträgt in der Rentenversicherung der Arbeiter und der Angestellten 19,5 Prozent und in der knappschaftlichen Rentenversicherung 25,9 Prozent.
112
§ 2
113
Zahlungen für Kindererziehungszeiten
114
Zur pauschalen Abgeltung für die Beitragszahlung für Kindererziehungszeiten zahlt der Bund an die Rentenversicherung der Arbeiter und der Angestellten für das Jahr 2003 einen Betrag in Höhe von 11 874 710 850 Euro.
115
Artikel 9
116
Gesetz zur Bestimmung der Beiträge und Beitragszuschüsse in der Alterssicherung der Landwirte für 2003(Beitragsgesetz-Landwirtschaft 2003 – BGL 2003)
117
§ 1
118

Beitrag in der Alterssicherung der Landwirte
119
(1) Der Beitrag in der Alterssicherung der Landwirte beträgt für das Kalenderjahr 2003 monatlich 198 Euro.
120
(2) Der Beitrag in der Alterssicherung der Landwirte beträgt für das Beitrittsgebiet für das Kalenderjahr 2003 monatlich 166 Euro.
121
§ 2
122
Beitragszuschuss in der Alterssicherung der Landwirte
123
(1) In Anlage 1 des Gesetzes über die Alterssicherung der Landwirte wird der monatliche Zuschussbetrag für das Kalenderjahr 2003 wie folgt festgesetzt: (...)
124
(2) In Anlage 1 des Gesetzes über die Alterssicherung der Landwirte wird der monatliche Zuschussbetrag für das Beitrittsgebiet für das Kalenderjahr 2003 wie folgt festgesetzt: (...)
125
IV.
Die Ast. halten in ihrer gemeinsamen Antragsbegründung das Beitragssatzsicherungsgesetz insgesamt für formell und einzelne Vorschriften zudem für materiell verfassungswidrig. Dazu tragen sie im Wesentlichen vor:
126
1. Das Beitragssatzsicherungsgesetz sei nicht verfassungsgemäß zustande gekommen, weil der Bundesrat nicht zugestimmt habe. Einzelne Vorschriften erfüllten die Tatbestände verschiedener Zustimmungserfordernisse:
127
§ 130 a Abs. 8 SGB V (Art. 1 Nr. 8 BSSichG) enthalte eine verfahrensrechtliche Regelung, die die Zustimmungsbedürftigkeit nach Art. 84 I GG auslöse, weil die Krankenkassen zum Erreichen zusätzlicher Rabatte auf die Handlungsform der Vereinbarung festgelegt würden. Dadurch werde von der grundsätzlich geltenden Formenwahlfreiheit der Verwaltung abgewichen. Die administrativen Handlungsmöglichkeiten der Krankenkassen würden eingeschränkt, weil sie keine Verwaltungsakte erlassen dürften und dadurch auch das Privileg der Selbstvollstreckung nicht nutzen könnten, das der Durchsetzung von Verwaltungsakten vorbehalten sei. Da ein Großteil der Krankenkassen zur mittelbaren Landesverwaltung gehöre, bedeute die Vorschrift einen Einbruch des Bundes in die verfassungsrechtlich geschützte Verwaltungshoheit der Länder auf breiter Front. Die Grundentscheidung für die Selbstverwaltung der Krankenkassen werde durch den Eingriff in die eigenverantwortliche Aufgabenwahrnehmung empfindlich berührt. Das wiege deshalb besonders schwer, weil solche Beschränkungen der Tendenz zur Föderalisierung der Sozialversicherung (Art. 87 II Satz 2 GG) widersprächen.
128
Art. 4 BSSichG löse die Zustimmungsbedürftigkeit ebenfalls aus. Diese Regelung habe Verordnungsrang, weil sie die Bundespflegesatzverordnung ändere; dazu hätte es nach Art. 80 II GG der Zustimmung des Bundesrates bedurft. Auch wenn der parlamentarische Gesetzgeber selbst die Verordnung geändert habe, sei den auf dieser Änderung beruhenden Teilen einer Verordnung der Rang einer Verordnung, nicht eines förmlichen

Gesetzes einzuräumen. Andernfalls komme es zu normativen Mischgebilden, für die Transparenz, Rechtsschutzmöglichkeiten und die Verwerfungskompetenz als problematisch zu beurteilen seien. Die Anordnung der Rückkehr zum einheitlichen Verordnungsrang, die so genannte Entsteinerungsklausel, lasse den Willen des Gesetzgebers erkennen, eine Norm zu setzen, die nicht volle Gesetzeskraft haben solle, sondern durch Verordnung wieder geändert werden dürfe. Die Bundespflegesatzverordnung beruhe auf § 16 KHG, einem zustimmungsbedürftigen Gesetz. Das Ziel des Art. 80 II GG, auch bei der Ausführung und Ausfüllung eines zustimmungsbedürftigen Gesetzes die Beteiligungsrechte des Bundesrates zu wahren, dürfe nicht umgangen werden.

129

Mit Art. 11 BSSichG habe der Gesetzgeber einen Formenmissbrauch zur Umgehung des Bundesrates begangen. Die Regelung greife in die Preisgestaltung der pharmazeutischen Großhändler ein, die durch § 2 AMPreisV reglementiert sei. Wäre jene Verordnung geändert worden, hätte es dazu nach Art. 80 II GG der Zustimmung des Bundesrates bedurft; denn die Verordnung beruhe auf § 78 AMG, einem zustimmungsbedürftigen Gesetz. Dass das bestehende Regelungssystem nicht geändert, sondern ein neues Gesetz daneben gestellt worden sei, habe allein der Umgehung der Zustimmungsbedürftigkeit gedient. Bei sinnorientierter, die Schutzfunktion des Art. 80 II GG mitbedenkender Auslegung des Zustimmungserfordernisses müssten nicht nur formelle Verordnungsänderungen erfasst werden, sondern auch die materielle Änderung der Rechtslage durch ein neben die Verordnung gestelltes formelles Gesetz.

130

Andere Bedenken gegen die formelle Verfassungsgemäßheit des Gesetzes bestünden nicht. Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes ergebe sich für alle Vorschriften aus Art. 74 I Nr. 12 GG (Sozialversicherung) und für Art. 4 BSSichG zudem aus Art. 74 I Nr. 19a GG. Sowohl die Gesetzesänderungen als auch die Neuregelung von Rabattvorschriften hielten der Erforderlichkeitsprüfung nach Art. 72 II GG stand. Zweifelhaft sei allerdings, ob der Gesetzgeber eine ausreichende Prüfung der Erforderlichkeit angestellt habe. Die besondere Eile des Gesetzgebungsverfahrens spreche gegen eine detaillierte Tatsachenermittlung und Prognoseerstellung.

131

2. Auch materiell seien einzelne Vorschriften des Gesetzes verfassungswidrig. Der Apothekenabschlag (§ 130 I SGB V, Art. 1 Nr. 7 BSSichG), der Herstellerrabatt (§ 130 a I SGB V, Art. 1 Nr. 8 BSSichG) und der Großhandelsabschlag (Art. 11 BSSichG) verletzten die Grundrechte der Apotheker, Hersteller und Großhändler aus Art. 12 I GG. Die Preisreglementierung sei eine Berufsausübungsregelung, die nicht nur mangels Zustimmung des Bundesrates formell verfassungswidrig sei, sondern in Bezug auf die Hersteller zudem gegen Art. 28 EGV verstoße.

132

Die unentgeltliche Indienstnahme der Apotheker zur Abrechnung auch der Rabatte und Abschläge, die nicht sie, sondern die Hersteller und Großhändler wirtschaftlich treffen sollten, verstoße ebenfalls gegen Art. 12 I GG. Für sich allein betrachtet, sei die Regelung zwar durch eine vernünftige Erwägung des Gemeinwohls gerechtfertigt und schränke die Berufsausübungsfreiheit nicht übermäßig ein. Die Verpflichtungen hätten die Gesamtbelastung der Apotheker in der Gesamtschau mit schon bestehenden Verpflichtungen zur Kostendämpfung aber in ein unverhältnismäßiges Ausmaß gesteigert. Aus der Addition ergebe sich eine neue Qualität der Freiheitsbeschränkung. Seit 1989 seien die Anteile der Apotheker an den Arzneimittelausgaben der Krankenkassen durch

wiederholte Eingriffe des Gesetzgebers immer wieder deutlich abgesenkt worden. Die Belastung durch die jetzt getroffenen Regelungen sei falsch eingeschätzt worden. Die Apotheker würden nicht nur durch den selbst zu gewährenden Rabatt und die Verpflichtung zur Abwicklung des Großhändlerrabatts belastet, sie hätten außerdem die Überwälzung der Hersteller- und Großhändlerrabatte zu befürchten.

133

Die materielle Verfassungsgemäßheit einer Verordnungsänderung durch förmliches Gesetz (Art. 4, Art. 12 BSSichG) begegne nur dann Bedenken, wenn dem geänderten Teil der Verordnung Gesetzesrang zuzumessen wäre. Die Ast. seien aber der Ansicht, dass ihm Verordnungsrang zukomme, so dass sich daraus die Zustimmungsbedürftigkeit nach Art. 80 II GG ergebe. Hätten die betreffenden Teile einer Verordnung den Rang eines förmlichen Gesetzes, dann entstehe aus den ursprünglichen und den geänderten Teilen der Verordnung allerdings ein hybrides Normgebilde, das in mehrfacher Hinsicht gegen rechtsstaatliche Grundsätze verstoße. Die Anwendung der Norm sei unsicher, weil nur die Bestandteile mit Verordnungsrang einer gesetzeskonformen Auslegung zugänglich seien. Die Verwerfungskompetenz sei fraglich, denn nur für die Bestandteile im Range eines förmlichen Gesetzes bestehe das Verwerfungsmonopol des BVerfG. Das führe zu unzumutbarer Erschwerung der Wahl des richtigen Rechtsschutzes, der sich nur für die Teile im Verordnungsrang nach § 47 VwGO richte.

134

V.

1. Für die Bundesregierung hat das Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung Stellung genommen. Es hält das Beitragssatzsicherungsgesetz für verfassungsgemäß.

135

Art. 1 Nr. 8 BSSichG (§ 130 a Abs. 8 SGB V) erfordere die Zustimmung des Bundesrates nicht, weil die Norm der Verwaltung keine Handlungsanweisung erteile. In welchem Verfahren sich die Krankenkassen mit ihren Vertragspartnern verständigten, bleibe in ihr Ermessen gestellt. Art. 4 BSSichG löse die Zustimmungsbedürftigkeit nicht aus, weil die Änderung einer Verordnung durch ein Gesetz Gesetzesrang habe und daher nicht nach Art. 80 II GG zu beurteilen sei. Auch Art. 11 BSSichG begründe die Zustimmungsbedürftigkeit nicht. Mit dieser Norm habe der Gesetzgeber keinen Formenmissbrauch begangen, sondern eine finanzwirksame Entlastung der Krankenkassen aus einem Guss vorgelegt.

136

Die Ast. hätten nicht darlegen können, dass einer der Betroffenen in der Handelskette der Arzneimittel durch die Rabattvorschriften und die Erstattungsregelungen übermäßig belastet worden sei. Die Apotheken rechneten durch die Übermittlung von ohnehin zu erhebenden Daten ab. Das Abschlagssystem sei zudem zum 1. 1. 2004 durch umfassende Neuregelungen in der Arzneimittelpreisverordnung abgelöst worden.

137

Der Bevollmächtigte der Bundesregierung hat zur Frage der Verfassungsgemäßheit einer Verordnungsänderung durch förmliches Gesetz ergänzend Stellung genommen: Da die Verordnung im Wege des formellen Gesetzgebungsverfahrens geändert werde, habe die abgeänderte oder neu eingefügte Norm die Qualität eines formellen Gesetzes. Die strenge Unterscheidung zwischen Gesetz und Verordnung könne der Gesetzgeber nicht aufheben. Auch die so genannte Entsteinerungsklausel bewirke nicht eine Rangänderung, sondern eröffne die Möglichkeit, die durch Gesetz geänderten Regelungen danach erneut durch

eine Rechtsverordnung zu ändern.
138
Dies sei verfassungsrechtlich unbedenklich. Der Vorrang des formellen Gesetzes bleibe unangetastet. Auch durch die Entsteinerungsklausel werde der Verordnungsgeber nur unter dem stillschweigenden Vorbehalt ermächtigt, dass das Parlament seine Zuständigkeit zur Rechtssetzung jederzeit wieder selbst ausüben könne. Rechtsklarheit, Rechtssicherheit und auch die rechtsstaatlich gebotene Formenstrenge seien nicht in verfassungsrechtlich bedenklicher Weise beeinträchtigt. Ein mixtum compositum verschiedenrangiger Rechtsnormen sei ohnehin notwendige Folge eines jeden Nebeneinanders von ermächtigendem Gesetz und darauf beruhender Verordnung. Bei der Verordnungsänderung durch förmliches Gesetz handele es sich um eine besonders pointierte Form des Ineinandergreifens von Gesetz und Rechtsverordnung. Das Publizitätsgebot erfüllten die Verordnung ebenso wie das förmliche Gesetz und daher auch die Verbindung aus beidem. Der Rechtsschutz sei zwar etwas zweifelhaft, aber auf die Frage, ob die durch Gesetz geänderte Verordnung der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle unterliege, seien beide Antworten verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Auf den Schutz vor einer Aufhebung seiner Normen durch die Fachgerichte habe der parlamentarische Gesetzgeber mit dem verordnungsändernden Gesetz explizit verzichtet.
139
2. Die Bayerische Staatsregierung führt aus, das Beitragssatzsicherungsgesetz habe nach Art. 84 I GG der Zustimmung des Bundesrates bedurft. Art. 1 Nr. 8 BSSichG regele mit der Einführung des § 130 a Abs. 8 SGB V das Verfahren der der Landesaufsicht unterstehenden Krankenkassen. Diese Vorschrift stelle ein neues Handlungsinstrumentarium in den Beziehungen zwischen den Krankenkassen und den pharmazeutischen Unternehmen zur Verfügung, bestimme also die Handlungsform bei der Ausführung des Gesetzes.
140
3. Die Landesregierung Sachsen-Anhalts ist der Auffassung, der neue § 130 a Abs. 8 SGB V ermögliche direkte vertragliche Vereinbarungen zwischen den Krankenkassen und pharmazeutischen Unternehmen. Dadurch werde eine hinreichend konkrete Festlegung des Verwaltungshandelns bewirkt, so dass das Beitragssatzsicherungsgesetz ohne die Zustimmung des Bundesrates nicht wirksam habe zustande kommen können.
141
4. Der Bundesverband der Betriebskrankenkassen hat zugleich im Namen des Bundesverbandes der landwirtschaftlichen Krankenkassen, des IKK-Bundesverbandes, der Bundesknappschaft, des Verbandes der Angestellten-Krankenkassen e.V., des Arbeiter-Ersatzkassen-Verbandes e.V. und des Bundesverbandes der Ortskrankenkassen Stellung genommen. Er meint, das Beitragssatzsicherungsgesetz habe nicht der Zustimmung des Bundesrates bedurft, und verweist dazu auf die Stellungnahme des Bundesministeriums für Gesundheit und Soziale Sicherung.
142
Im Übrigen verweist der Bundesverband auf die außerordentliche Bedeutung des Beitragssatzsicherungsgesetzes für die Krankenhausfinanzierung und für die Arzneimittelversorgung. Die Nullrunde im Krankenhausbereich (Art. 5 BSSichG) habe die Ausgaben in der gesetzlichen Krankenversicherung kalkulatorisch um 340 Mio. Euro vermindert. Die Eingriffe in die Wertschöpfungskette des Arzneimittelhandels (§ 130, § 130 a SGB V, Art. 11 BSSichG) hätten zur Einsparung von 1,8 Milliarden Euro geführt.

Dennoch ergebe sich für das Jahr 2003 im Arzneimittelbereich ein Ausgabenanstieg von drei Prozent, der auf Vorzieheffekte des GKV-Modernisierungsgesetzes zurückzuführen sei. Da die autonome Preisgestaltung der pharmazeutischen Hersteller in Verbindung mit den reglementierten Zuschlägen für Großhandel und Apotheken zu ungebrochenem Ausgabenanstieg geführt habe, sei eine Einbeziehung aller Handelsstufen notwendig, geeignet und wirksam. Einbußen bei der Arzneimittelversorgung seien nicht eingetreten und wegen der Überversorgung mit 22.000 Apotheken auch nicht zu befürchten.
143
5. Der Bundesverband der Pharmazeutischen Industrie e.V. sieht die Hersteller von Nichtfestbetrags-Arzneimitteln durch die Rabattverpflichtung des § 130 a I und 2 SGB V in ihren Grundrechten aus Art. 12 I, Art. 14 und Art. 3 I GG verletzt. Die Rabattverpflichtung sei eine Preisregelung mit berufsregelnder Tendenz. Erforderlich sei diese Regelung nicht, denn Einsparmöglichkeiten könnten in weitaus höherem Ausmaß bei den Verwaltungskosten der Krankenkassen verwirklicht werden. Entlastungen der Krankenkassen könnten auch aus dem Staatshaushalt bestritten werden, etwa durch Senkung des Umsatzsteuersatzes auf Arzneimittel. Die Höhe des Zwangsrabatts sei zudem unverhältnismäßig. Die Gewinnmarge der pharmazeutischen Industrie werde so stark zurückgehen, dass Forschungsinvestitionen gefährdet würden. Art. 14 I GG sei verletzt, weil die Rabattverpflichtung auf patentgeschützte, nämlich von der Festbetragsregelung nicht erfasste Arzneimittel ziele, so dass die wirtschaftliche Ausnutzbarkeit der Patente beeinträchtigt werde. Der Abschlag komme zudem einer Sonderabgabe gleich, die wegen Verletzung der Finanzverfassung unzulässig sei.
144
Gleichheitswidrig sei die Sonderbelastung der Hersteller von Nichtfestbetrags-Arzneimitteln, weil eine gruppennützige Verwendung der Rabatte oder eine besondere Finanzierungsverantwortung der pharmazeutischen Industrie für die gesetzliche Krankenversicherung nicht bestehe. Schließlich bestünden gegenüber der Vereinbarkeit der Rabattverpflichtung mit Art. 28 EGV Bedenken, so dass der Europäische Gerichtshof anzurufen sei.
145
6. Der Bundesverband des pharmazeutischen Großhandels e.V. ist der Auffassung, das Beitragssatzsicherungsgesetz habe wegen seines Art. 11 der Zustimmung des Bundesrates bedurft. Die eingeführte Rabattverpflichtung der Großhändler gegenüber den Apotheken sei dem materiellen Inhalt nach eine Kürzung der Großhandelsspanne, die § 2 AMPreisV regele. Eine Änderung des § 2 AMPreisV hätte der Zustimmung des Bundesrates bedurft. Nur um die Zustimmungsbedürftigkeit zu umgehen, sei neben die Regelung der Großhandelsspanne ein Sondergesetz mit einer Abschlagsverpflichtung gestellt worden. Der Gesetzgeber sei zwar grundsätzlich frei, die Art und Weise einer Rechtsänderung zu wählen. Dies finde aber dort eine Grenze, wo der gewählte Weg ausschließlich dazu diene, die Zustimmungsbedürftigkeit zu umgehen. Dass allein dieser Umgehungszweck Anlass zur Regelung des Art. 11 BSSichG gewesen sei, zeige dessen Aufhebung durch Art. 26 GMG und die entsprechende Änderung der Großhandelsspanne durch Art. 24 GMG: nachdem zwischen Bundestags- und Bundesratsmehrheit Einigkeit hergestellt worden sei, habe die Rabattverpflichtung der Großhändler durch Änderungen des § 2 AMPreisV ersetzt werden können.
146
Der durch Art. 11 BSSichG eingeführte Großhandelsabschlag verletze zudem Art. 12 I GG. Die Rabattverpflichtung sei eine Berufsausübungsregelung, die in Bezug auf den

verfolgten Zweck unverhältnismäßig sei. Zwischen den Großhändlern und den Krankenkassen bestünden keine vertraglichen oder sonstigen Beziehungen. Ihr Wettbewerbserfolg wirke sich auf die Ausgaben der Krankenkassen nicht aus. Es fehle deshalb ein sachlicher Anknüpfungspunkt für die Heranziehung der Großhändler zur Entlastung der Krankenkassen und damit eine vernünftige Erwägung des Allgemeinwohls, die einen Eingriff in das Grundrecht aus Art. 12 I GG rechtfertigen könnte. Jedenfalls sei die Rabattverpflichtung unverhältnismäßig; denn ihr Umfang, der im Gesetzgebungsverfahren mit 600 Mio. Euro angegeben worden sei, übersteige den Gewinn vor Steuern der Großhändler, der sich auf insgesamt nur 237 Mio. Euro belaufe (2002).
147
Die Inkassoverpflichtung der Großhändler (§ 130 a Abs. 5 SGB V) stelle ebenfalls eine verfassungswidrige Berufsausübungsregelung dar. Ohne sachlichen Grund würden den Großhändlern Abwicklungskosten und das finanzielle Risiko des Inkassos aufgebürdet.
148
B.
Die Anträge sind im Wesentlichen zulässig. Unzulässig sind sie, soweit die Ast. beanstanden, Art. 1 Nr. 8 BSSichG (§ 130 a I Satz 3 SGB V) sei unvereinbar mit Art. 28 EGV. Das BVerfG ist zur Entscheidung der Frage, ob eine innerstaatliche Norm des einfachen Rechts mit einer vorrangigen Bestimmung des europäischen Gemeinschaftsrechts oder eines völkerrechtlichen Vertrages vereinbar ist, nicht zuständig (vgl. BVerfGE 31, 145 <174>; 82, 159 <191>; 92, 365 <392>). Die Lösung eines solchen Normenkonflikts ist der insoweit nicht durch Art. 100 GG beschränkten Prüfungs- und Verwerfungskompetenz der zuständigen Fachgerichte überlassen (vgl. BVerfGE 31, 145 <174 f.>; 82, 159 <191>).
149
C.
Soweit die Anträge zulässig sind, sind sie unbegründet. Das Beitragssatzsicherungsgesetz ist mit dem Grundgesetz vereinbar.
150
I.
Das Gesetz ist formell verfassungsgemäß. Es ist nach den Regelungen des Grundgesetzes zustande gekommen.
151
1. a) Für sämtliche Regelungen des Beitragssatzsicherungsgesetzes ist die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 74 I Nr. 12 GG gegeben.
152
Sozialversicherung i.S. des Art. 74 I Nr. 12 GG ist als weit gefasster Gattungsbegriff zu verstehen. Er erfasst Systeme, die das soziale Bedürfnis nach Ausgleich besonderer Lasten erfüllen und dazu selbständige Anstalten oder Körperschaften des öffentlichen Rechts als Träger vorsehen, die ihre Mittel im Wesentlichen durch Beiträge aufbringen. Dazu gehören jedenfalls die schon bei Entstehen des Grundgesetzes bekannten Versicherungszweige zum Ausgleich der Lasten infolge von Krankheit, Alter, Invalidität und Unfall (vgl. BVerfGE 11, 105 <111 ff.>), also auch die heute im V. und VI. Buch des Sozialgesetzbuches geregelte gesetzliche Kranken- und Rentenversicherung. Neue Lebenssachverhalte wie die Pflegeversicherung (XI. Buch des Sozialgesetzbuches) gehören in das Gesamtsystem „Sozialversicherung", wenn sie ihm nach dem Zweck des Lastenausgleichs und der Art und Weise der Aufgabenerledigung durch beitragserhebende selbständige Sozialversicherungsträger zuzuordnen sind (vgl. BVerfGE 75, 108 <146>; 87, 1 <34>;

88, 203 <313>; 103, 197 <215>).
153
Da Beitrags- und Leistungsaspekte für den Begriff der Sozialversicherung bestimmend sind, erfasst der Kompetenztitel die Regelung der Finanzierung der zu erledigenden Aufgaben (Degenhart, in: Sachs, GG, 3. Aufl., 2003, Art. 74 Rn. 53a). Dazu gehören nicht nur das Aufbringen der Beiträge im engeren Sinne, sondern auch Regelungen zur finanziellen Entlastung der Sozialversicherungssysteme. Beides dient gleichermaßen dem Erhalt ihrer Leistungsfähigkeit.
154
b) Regelungen über Rabattverpflichtungen und über die Art und Weise ihrer Abwicklung in der Handelskette vom Arzneimittelhersteller über den Großhändler und die Apotheke bis zum Verbraucher (Art. 1 Nr. 7, 8, Art. 11 BSSichG) sind auch von der Gesetzgebungskompetenz nach Art. 74 I Nr. 19 GG gedeckt. Diese bezieht sich auf den Verkehr mit Arzneimitteln im weitesten Sinne (vgl. BVerfGE 102, 26 <36 ff.>). Gemeint sind der gesamte Umsatz und Vertrieb von der Herstellung über den Handel bis zum Verbraucher und damit auch die Preisbildung; denn die Entgeltlichkeit der Veräußerung von Arzneimitteln ist ein bestimmendes Element des Handels.
155
c) Die die Krankenhäuser betreffenden Entgeltregelungen (Art. 4, Art. 5 BSSichG) sind auch von der Kompetenzzuweisung des Art. 74 I Nr. 19a GG gedeckt, der die Finanzhilfen und die Entgelte für teilstationäre und stationäre Krankenbehandlung umfasst.
156
2. Es kann offen bleiben, ob der Erlass des Beitragssatzsicherungsgesetzes den Bindungen des Art. 72 II GG in seiner seit 1994 geltenden Fassung unterlag oder ob Art. 125 a II Satz 1 GG von diesen Bindungen freistellt, weil das Gesetz fortgeltendes Bundesrecht nur modifiziert und dabei die wesentlichen Elemente bestehender Regelungen beibehält, ohne eine grundlegende Neukonzeption vorzunehmen (vgl. BVerfGE 111, 10 <31>; 111, 226 <269>). Das Beitragssatzsicherungsgesetz hält jedenfalls einer Prüfung am Maßstab des Art. 72 II n.F. GG stand.
157
Die Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit gebietet es, das System der gesetzlichen Renten- und Krankenversicherung für ganz Deutschland einheitlich zu regeln. Erforderlich sind nicht bundeseinheitliche Beitragssätze - wie die unterschiedlich hohen Krankenkassenbeiträge zeigen -, wohl aber eine einheitliche Berechnungsmethode und daher auch eine einheitliche Regelung der Berechnungsgrundlagen und, wenn auf diese Berechnungsgrundlagen durch Gesetz Einfluss genommen werden soll, eine einheitliche Reglementierung. Wollte man die Reglementierung der Kosten für Waren und Dienstleistungen im Gesundheitswesen und damit das wesentliche Instrument zur Begrenzung der Beitragssätze der Regelung durch die Landesgesetzgeber überlassen, so müsste ein Wettbewerb hingenommen werden, der aus unterschiedlichen Preisreglementierungen entstünde. Anbieter mit ausreichender Wirtschaftskraft könnten die Märkte meiden, die durch strenge Preisbeschränkungen gekennzeichnet sind. Hier würden nur noch Anbieter auftreten, die den stark reglementierten Preis halten können, dies aber mit Qualitätsabstrichen erreichen. Eine Versorgung der Versicherten auf gleichmäßig hohem Niveau könnte nicht mehr gewährleistet werden.
158
3. Das Beitragssatzsicherungsgesetz bedurfte nicht der Zustimmung des Bundesrates.
159

a) Art. 1 Nr. 8 BSSichG löst nicht die Notwendigkeit der Zustimmung des Bundesrates nach Art. 84 I GG aus. Eine Regelung des Verfahrens der Landeseigenverwaltung enthält der in § 130 a SGB V eingefügte Abs. 8 nicht; denn er nimmt lediglich eine bestehende und von den Ländern schon zu beachtende Verfahrensregelung auf. § 130 a Abs. 8 SGB V bewirkt auch keinen Ausschluss von Mitteln des Verwaltungshandelns, die ohne Geltung der fraglichen Bestimmung zur Verfügung stünden.

160

aa) Die Tätigkeit der Krankenkassen gehört zur Landeseigenverwaltung, soweit es sich um nicht länderübergreifend zuständige Krankenkassen handelt.

161

Nach dem durch Art. 83 GG angeordneten Regel-Ausnahme-Verhältnis handelt es sich um landeseigene Verwaltung, wenn sich aus dem Grundgesetz keine Zuweisung zur Bundesauftragsverwaltung oder zur bundeseigenen Verwaltung ergibt. Eine solche Zuweisung zur bundeseigenen Verwaltung sieht Art. 87 II Satz 1 GG für Sozialversicherungsträger vor, deren Zuständigkeitsbereich über das Gebiet eines Landes hinausreicht. Darunter fallen auch Krankenversicherungsträger; denn der Begriff der Sozialversicherung ist derselbe wie der von Art. 74 I Nr. 12 GG verwendete (vgl. BVerfGE 63, 1 <35>). Da Art. 87 II Satz 1 GG eine Ausnahme zu der Regel der Landeseigenverwaltung nach Art. 83 GG enthält, ist die Zuweisung zur bundeseigenen Verwaltung auf die landesübergreifenden Versicherungsträger beschränkt (vgl. BVerfGE 63, 1 <36>; Lerche, in: Maunz/Dürig, GG, Losebl. [Februar 2004], Art. 87 Rn. 155).

162

Die Krankenkassen gehören zur mittelbaren Staatsverwaltung; sie sind rechtsfähige Körperschaften des öffentlichen Rechts mit Selbstverwaltung (§ 4 I SGB V). Das hindert die Anwendung des Art. 84 I GG nicht. Der Anwendungsbereich der Norm ist nicht auf die unmittelbare Landesverwaltung beschränkt. So wie dem Bund bei der Einrichtung der Behörden der Zugriff auch auf die mittelbare Landesverwaltung offen steht (vgl. BVerfGE 22, 180 <209 f.>; 39, 96 <109>; 75, 108 <150 f.>; 77, 288 <299>), gilt dies auch für das Verwaltungsverfahren, das die Körperschaften der mittelbaren Landesverwaltung anzuwenden haben (vgl. BVerfGE 75, 108 <152 f.>). Auch insoweit greift demgemäß bei bundesgesetzlichen Organisations- und Verfahrensregelungen das in Art. 84 I GG vorgesehene Zustimmungserfordernis.

163

bb) § 130 a Abs. 8 SGB V betrifft das Verwaltungsverfahren. Dazu gehören das „Wie" des Verwaltungshandelns, die Einzelheiten des Verwaltungsablaufs, nämlich die Art und Weise der Ausführung eines Gesetzes einschließlich der dabei zur Verfügung stehenden Handlungsformen, die Form der behördlichen Willensbildung, die Art der Prüfung und Vorbereitung der Entscheidung, deren Zustandekommen und Durchsetzung sowie verwaltungsinterne Mitwirkungs- und Kontrollvorgänge (vgl. BVerfGE 37, 363 <385, 390>; 55, 274 <319, 320 f.>; 75, 108 <150, 152>; 105, 313 <331>). § 130 a Abs. 8 SGB V beschreibt den Weg, auf dem die Krankenkassen gegenüber den pharmazeutischen Unternehmen zu zusätzlichen Abschlägen gelangen können, die über den in I angeordneten Sechs-Prozent-Rabatt hinausreichen. Solche zusätzlichen Rabatte sollen durch die Handlungsform der Vereinbarung erreicht werden können.

164

cc) Der Verweis auf eine Vereinbarung als Handlungsform der Krankenkassen zur Herbeiführung eines weiteren Preisabschlages enthält indes keine nach Art. 84 I GG zustimmungsbedürftige Regelung.

165
Verfahrensbestimmungen haben keinen die Zustimmungsbedürftigkeit nach Art. 84 I GG auslösenden Regelungscharakter, wenn sie keinen neuen Einbruch in die Verwaltungszuständigkeit der Länder darstellen (vgl. BVerfGE 37, 363 <380, 388>; 55, 274 <323 f.>; Trute, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 3, 4. Aufl., 2001, Art. 84 Rn. 17), sondern eine bestehende und von den Ländern schon zu beachtende Verfahrensregelung nur konkretisieren (vgl. BVerfGE 10, 20 <49>; kritisch: Lerche, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 84 Rn. 50) oder sogar nur wiederholen (vgl. BVerfGE 55, 274 <323 f.>; Lerche, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 84 Rn. 50, 57).
166
Entscheidend ist in diesem Zusammenhang, ob es sich bei § 130 a Abs. 8 SGB V um eine Rechtsnorm mit eigenständigem Regelungsgehalt handelt oder nur um eine Wiederholung, einen Hinweis auf das schon Geltende. Eine bloß wiederholende Bestimmung bewirkt keine Veränderung im Bestand der Rechte und Pflichten, Zuständigkeiten und Befugnisse (vgl. Hans Schneider, Gesetzgebung, 3. Aufl., 2002, Rn. 408 ff., 633).
167
dd) § 130 a Abs. 8 SGB V ist entgegengehalten worden, ihm komme ein eigenständiger Regelungsgehalt zu. Den Krankenkassen werde eine neue Handlungsform zur Verfügung gestellt (Sodan, NJW 2003, S. 1761 <1762 f.>). An sie richte sich - so die Ast. in diesem Verfahren - ein optionales Vertragsgebot, und mit dieser einseitigen Verpflichtung auf die Handlungsform der Vereinbarung werde die Freiheit der Handlungsformenwahl eingeschränkt, vor allem der Erlass eines Verwaltungsaktes ausgeschlossen.
168
Eine neue Handlungsform stellt § 130 a Abs. 8 SGB V indes nicht zur Verfügung. Ein zusätzliches Instrument der Aufgabenerfüllung, dessen sich die Kassen bislang nicht bedienen durften, sieht § 130 a Abs. 8 SGB V nicht vor.
169
Nach § 130 a Abs. 8 Satz 1 SGB V können die Krankenkassen oder deren Verbände den zusätzlichen Rabatt mit den pharmazeutischen Unternehmen „vereinbaren". Rechtlich handelt es sich um einen Vertrag, der durch übereinstimmende Willenserklärungen der Beteiligten zustande kommt. Die Gleichsetzung der Begriffe der Vereinbarung und des Vertrages findet sich zudem im § 55 I Satz 1 SGB X. Zum Abschluss eines Vertrages bedarf es einer Ermächtigung durch § 130 a Abs. 8 SGB V nicht.
170
Die Rechtsbeziehungen zwischen den Krankenkassen und den pharmazeutischen Unternehmen sind öffentlich-rechtlicher Natur (§ 69 SGB V) (Krauskopf, in: Krauskopf [Hg.], SozKrV/PflV, Losebl. [Januar 2003], § 69 SGB V Rn. 2, 4; von Wulffen, SGB X, 4. Aufl., 2001, § 53 Rn. 4a; Henninger, in: Schulin [Hg.], a.a.O., § 44 Rn. 21). Die Zulässigkeit eines Verwaltungsvertrages ist deshalb nach § 53 I SGB X zu beurteilen. Zur Durchsetzung des allgemeinen Wirtschaftlichkeitsgebots können sich die Krankenkassen aller Mittel des Verwaltungshandelns bedienen. Dazu zählt auch der Abschluss eines Verwaltungsvertrages, der einer besonderen Ermächtigungsnorm nicht bedarf. § 130 a Abs. 8 SGB V fügt dem nichts hinzu (ebenso für § 131 I SGB V: Knittel, in: Krauskopf [Hg.], a.a.O., § 131 SGB V Rn. 3).
171
Die Preisbildung der pharmazeutischen Unternehmen, also der Arzneimittelhersteller, war schon bislang frei; §§ 1 ff. AMPreisV betreffen die Herstellerpreise nicht. Die Krankenkassen durften sich schon bislang Preisnachlässe versprechen und vergüten

lassen: der Sache nach waren sie durch das Wirtschaftlichkeitsgebot (§ 70 I Satz 2 SGB V) gehalten, solche Gelegenheiten wahrzunehmen, und ein Vertrag mit entsprechendem Inhalt fand in § 53 I SGB X eine ausreichende Grundlage. § 131 SGB V ist nichts anderes zu entnehmen. Diese Norm behandelt Rahmenverträge zwischen den Verbänden der Krankenkassen und der pharmazeutischen Unternehmen. Wenn dazu vertreten wird, die Regelungsgegenstände seien abschließend genannt (Henninger, in: Schulin [Hg.], a.a.O., § 45 Rn. 3; § 130 a SGB V galt noch nicht, als diese Ansicht formuliert wurde), dann ist damit nicht gesagt, dass Verträge anderen Inhalts nicht geschlossen werden dürften. § 131 II SGB V betrifft vielmehr Gegenstände, die gesetzlich normiert sind, nämlich die Packungsgröße und -ausstattung durch die auf § 31 IV SGB V beruhende Zuzahlungsverordnung sowie die Sammlung und der Austausch der Arzneimitteldaten durch § 35 a IV und Abs. 5 SGB V. § 131 II SGB V hat nur insoweit eine begrenzende Funktion, als die Vorschrift die Abdingbarkeit der gesetzlichen Regelungen beschränkt: vom Gesetz Abweichendes darf nur im Rahmen des § 131 II SGB V vereinbart werden. Darum geht es aber im § 130 a Abs. 8 SGB V nicht; denn freiwillig gewährten Preisnachlässen ist im Sozialversicherungsrecht keine gesetzliche Grenze gesetzt.

172

ee) Für § 131 I SGB V wird außerdem vertreten, sein Regelungsgehalt beziehe sich auf die Bindungswirkung der von den Spitzenverbänden geschlossenen Verträge für deren Mitglieder (Knittel, in: Krauskopf [Hg.], a.a.O., § 131 SGB V Rn. 3). Auch dies findet in § 130 a Abs. 8 SGB V keine Entsprechung: Der vertraglich Verpflichtete, der den Preisnachlass gewährt, nämlich das pharmazeutische Unternehmen, ist selbst Vertragspartei. Schließt er mit einem Krankenkassenverband ab, so bedarf es keiner gesetzlichen Regelung, um die günstige Rechtsfolge des Preisnachlasses und des entsprechenden Zahlungsanspruches den Krankenkassen zuzuweisen; es kann ein Vertrag zu Gunsten Dritter geschlossen werden (§ 61 SGB X, § 328 I BGB).

173

Ein Vertrag, in dem ein pharmazeutisches Unternehmen freiwillig einen Preisnachlass in der Weise gewährt, dass der Rabatt nicht seinem Vertragspartner - dem Großhändler -, sondern der Krankenkasse vergütet wird, war also auch vor Inkrafttreten des § 130 a Abs. 8 SGB zulässig. Auch wenn man diese Norm neben der neuen Rabattverpflichtung (§ 130 a I SGB V) hinwegdächte, blieben solche Vereinbarungen angesichts des Wirtschaftlichkeitsgebots (§ 70 I Satz 2 SGB V) zulässig.

174

ff) § 130 a Abs. 8 SGB V beschränkt die Krankenkassen zum Erreichen eines von den pharmazeutischen Unternehmen freiwillig gewährten Preisabschlages auch nicht auf das Mittel des Verwaltungsvertrages. Nur ein Ausschluss von Mitteln des Verwaltungshandelns, die ohne Geltung der fraglichen Bestimmung zur Verfügung stünden, würde die Art und Weise der Gesetzesausführung berühren.

175

Schließt eine Vorschrift ein für die Erreichung einer bestimmten Rechtsfolge geeignetes Mittel aus, dann regelt sie das Verwaltungsverfahren. Nennt eine Vorschrift hingegen lediglich die Mittel, die ohnehin (allein) in Betracht kommen, dann wiederholt sie nur, was das allgemeine Verwaltungsrecht bereits vorgibt, so dass eine Regelungsqualität fehlt.

176

Die Mittel, mit denen die Verwaltungsbehörden die ihnen durch das materielle Recht vorgegebenen Aufgaben erledigen, sind insbesondere die Norm (Verordnung und Satzung), der Verwaltungsakt, der Verwaltungsvertrag, der privatrechtliche Vertrag und

das schlichte Verwaltungshandeln oder der Realakt. § 130 a Abs. 8 SGB V gibt als Ziel des Verwaltungshandelns eine Vereinbarung mit einem privatrechtlichen Unternehmen über einen Preisabschlag vor, der über die Rabattverpflichtung (§ 130 a I SGB V) hinausreicht. Auf den zusätzlichen Rabatt hat die Krankenkasse keinen Anspruch. Er kann nur im Einvernehmen mit dem pharmazeutischen Unternehmen gewährt werden. Ein für einen Verwaltungsakt kennzeichnendes Unterordnungsverhältnis, in dem die Krankenkasse die zusätzliche Rabattgewährung anordnen könnte oder müsste, wird durch § 130 a Abs. 8 SGB V nicht begründet. Danach jedoch liegt es fern, die Handlungsform des Verwaltungsaktes (§ 31 Satz 1 SGB X) in Erwägung zu ziehen. Vielmehr ist für das Bewirken einer einvernehmlichen, von beiden Seiten gewollten Rechtsfolge, deren nähere Ausformung - Rabatthöhe - ebenfalls nicht vom Gesetz vorgegeben ist, sondern der Einigung unterliegen soll, der Vertrag die sich aufdrängende Handlungsform. Die von den Ast. vermisste „Freiheit der Handlungsformen" für das Erreichen eines zusätzlichen Rabatts von den pharmazeutischen Unternehmen hatte schon deshalb keine Bedeutung, weil es vor der Einfügung des Abs. 8 in § 130 a SGB V an der gesetzlichen Ermächtigung fehlte, einen zusätzlichen Preisabschlag gegenüber pharmazeutischen Herstellern anzuordnen.

177

b) Art. 7 I BSSichG, der die Anwendung des § 220 II SGB V bis zum 31. 12. 2003 ausgeschlossen hat, bedurfte ebenfalls nicht der Zustimmung des Bundesrates nach Art. 84 I GG; denn diese Norm regelt nicht das Verwaltungsverfahren.

178

§ 220 II SGB V betrifft das Verwaltungsverfahren zur Erhöhung des Beitragssatzes während des Haushaltsjahres. Die Vorschrift regelt die Art und Weise der Ausführung eines Gesetzes, indem sie die Form der behördlichen Willensbildung (Satzungsänderung, Vorstandsbeschluss, Anordnung der Aufsichtsbehörde) sowie die Vorbereitung und das Zustandekommen der Entscheidung (Eileintritt des Vorstandes, Noteintritt der Aufsichtsbehörde) vorgibt. Daraus kann aber nicht der Schluss gezogen werden, dass eine Regelung, die den zeitlichen Anwendungsbereich des § 220 II SGB V betrifft, ebenfalls das Verwaltungsverfahren regele. Eine - hier zeitlich begrenzte - Beendigung des Verwaltungshandelns der Länder auf einem bestimmten Gebiet löst die Zustimmungsbedürftigkeit nach Art. 84 I GG nicht aus; denn nicht die Aufgabenzuweisung oder der Aufgabenentzug, sondern nur die Regelung der Behördenorganisation und des verfahrensmäßigen Verhaltens der Verwaltung berührt die durch Art. 84 I GG geschützte Organisationsgewalt der Länder und ihre Kompetenz zur Verfahrensgestaltung (vgl. BVerfGE 10, 20 <49>; 14, 197 <219 f.>; 55, 274 <319>; 75, 108 <150, 152>; 105, 313 <331>).

179

Nur eine Vorschrift, die das bislang geltende Verfahren änderte, beträfe danach das Verwaltungsverfahren.

180

Art. 7 I BSSichG schreibt aber nicht ein anderes Vorgehen der Krankenkasse und der Aufsichtsbehörde zum Erreichen einer Beitragssatzerhöhung vor, sondern schließt Beitragssatzerhöhungen grundsätzlich - Ausnahmen in III - aus.

181

c) Das Gesetz zur Einführung von Abschlägen der pharmazeutischen Großhändler (Art. 11 BSSichG) hat die Zustimmungsbedürftigkeit des Beitragssatzsicherungsgesetzes ebenfalls nicht ausgelöst. Ein Zustimmungserfordernis für das Gesetz als solches ist dem

Grundgesetz nicht zu entnehmen. Die Regelungen des Art. 80 II GG, die für Verordnungen zur Preisregelung auf Grund von § 78 I AMG gelten, sind nicht entsprechend anwendbar.
182
Art. 11 BSSichG löst ein Zustimmungserfordernis nicht deshalb aus, weil eine Regelung mit gleicher Rechtsfolge, nämlich eine Änderung der bestehenden Handelsspannenreglementierung durch eine Verordnung, nach Art. 80 II GG zustimmungsbedürftig gewesen wäre.
183
Art. 11 BSSichG bewirkt eine Senkung des von den Krankenkassen zu tragenden Arzneimittelabgabepreises durch eine Verminderung der Handelsspanne der Großhändler, die die Apotheken weiterzureichen haben, also nicht etwa durch entsprechende Erhöhung ihrer Handelsspanne vereinnahmen dürfen. Da beide Handelsspannen - der Großhandelszuschlag (§ 2 AMPreisV) und der Apothekenzuschlag (§ 3 AMPreisV) - bereits Gegenstand gesetzlicher Reglementierung waren, hätte das Ziel einer Preissenkung zu Lasten der Großhändler im bestehenden Regelungssystem erfolgen können, nämlich durch eine Änderung der Arzneimittelpreisverordnung. Jene Verordnung beruht auf § 78 AMG. Das Arzneimittelgesetz bedurfte der Zustimmung des Bundesrates gem. Art. 84 I GG (vgl. §§ 64 ff. AMG). Die auf ihm beruhende Verordnung bedurfte deshalb der Zustimmung des Bundesrates gem. Art. 80 II GG (vgl. auch § 78 I AMG).
184
Die Ergänzung der Handelsspannenreglementierung durch förmliches Gesetz vermied jedoch die Zustimmungsbedürftigkeit, weil für dieses förmliche Gesetz eine die Zustimmungsbedürftigkeit auslösende Verfassungsnorm nicht ersichtlich ist. In der Wahl dieser Regelungsform kann eine von den Ast. als Formenmissbrauch beanstandete Umgehung der Bundesratszustimmung, die durch die Zustimmungsbedürftigkeit des Gesetzes verhindert werden müsste, nicht gesehen werden.
185
Gesetzgebungsvorhaben so zu gestalten, dass die Zustimmung des Bundesrates ganz oder teilweise entbehrlich wird, ist in der Staatspraxis üblich und zulässig. Geläufig ist die Aufteilung eines Vorhabens in einen Gesetzentwurf, der alle nicht zustimmungsbedürftigen Regelungen enthält, und einen weiteren, der der Zustimmung des Bundesrates bedarf. Auch das Beitragssatzsicherungsgesetz ist Bestandteil eines auf diese Weise geteilten Vorhabens: es enthält die nach Ansicht der Initianten nicht zustimmungsbedürftigen Teile, während im Entwurf eines Zwölften SGB V-Änderungsgesetzes die Regelungen zusammengefasst wurden, für die auch nach Meinung der Entwurfsverfasser die Zustimmung des Bundesrates erforderlich war.
186
Eine solche Teilung eines Gesetzgebungsvorhabens verbietet das Grundgesetz nicht (vgl. BVerfGE 37, 363 <382>; 105, 313 <338 ff.>; Bryde, in: v. Münch/Kunig, GG, 5. Aufl., 2003, Art. 77 Rn. 23; Dittmann, in: Sachs, GG, 3. Aufl., 2003, Art. 84 Rn. 15; Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, 7. Aufl., 2004, Art. 77 Rn. 4). Allenfalls das Willkürverbot könnte entgegenstehen (vgl. BVerfGE 77, 84 <103>).
187
Art. 11 BSSichG gibt keine Veranlassung, von dieser Ansicht abzuweichen. Der Zweck des Zustimmungserfordernisses nach Art. 84 I GG liegt im Schutz der grundsätzlichen Verwaltungszuständigkeit der Länder. Eine Einwirkung des Bundes, die zu Verschiebungen in dem durch Art. 83, Art. 84 I GG vorgegebenen Gefüge führen kann, soll unter dem schützenden Vorbehalt der Bundesratszustimmung stehen (vgl. BVerfGE 1, 76 <79>; 37,

363 <381>; 48, 127 <178>; 55, 274 <319>; 105, 313 <339>; Hermes, in: Dreier, GG, Art. 84 Rn. 47 f.).

188

Alle Regelungskonstellationen, die keinen Einbruch oder weiteren Einbruch des Bundes in die Verwaltungszuständigkeiten der Länder bewirken, sind von der Zustimmungsbedürftigkeit ausgenommen, weil sie vom Zweck des Art. 84 I GG nicht erfasst werden. Aus demselben Grund braucht der Bundesrat weder der Aufhebung einer bei Erlass zustimmungsbedürftigen Verfahrensregelung zuzustimmen (vgl. BVerfGE 14, 197 <219 f.>) noch der Änderung eines Gesetzes, von der nur materielle, nicht aber Verfahrensregelungen betroffen sind (vgl. BVerfGE 37, 363 <382>).

189

Nach dem Zweck der Zustimmungsbedürftigkeit ist auch das Zustimmungserfordernis nach Art. 80 II GG zu beurteilen. Dieses Zustimmungserfordernis soll den Einbruch des Bundes in die Organisations- und Verfahrensautonomie der Länder mit einem schützenden Vorbehalt versehen. Es beruht auf der Erwägung, dass die Zustimmungsrechte des Bundesrates nicht durch die Delegation der Rechtssetzung auf die Exekutive erlöschen sollen, zumal gerade die Verordnungsregelungen häufig Ausführungs- und Durchführungs-, also Verfahrensregelungen enthalten (Bryde, in: von Münch/Kunig, a.a.O., Art. 80 Rn. 26). Allerdings ist die Delegation der Rechtssetzung gem. Art. 80 I GG keinesfalls auf Organisations- oder Verfahrensregelungen beschränkt. Eine Verordnungsermächtigung kann sich auch auf materielle Detailregelungen richten. Für solche Verordnungen enthält Art. 80 II GG ein gewissermaßen überschießendes, den Schutzzweck verlassendes Zustimmungserfordernis, das schon deshalb nicht über den Wortlaut der Norm hinaus ausgedehnt werden kann, jedenfalls aber nicht entsprechend auf Regelungen des Parlaments, also außerhalb der Fälle einer Rechtssetzungsdelegation, anwendbar ist. Daher ist ein förmliches Gesetz, dessen Inhalt auch auf Grund einer bestehenden Ermächtigungsgrundlage als Verordnung hätte ergehen können, allein nach den Regeln zu beurteilen, die die Zustimmungsbedürftigkeit förmlicher Gesetze enthalten.

190

d) Art. 2 Nr. 4 und 5, Art. 8 und Art. 9 BSSichG lösen die Zustimmungsbedürftigkeit nicht aus. Sie enthalten förmliche Gesetze, für die keine der zustimmungsauslösenden Normen des Grundgesetzes in Betracht kommt.

191

Gesetzliche Regelungen bedürfen nicht deshalb der Zustimmung des Bundesrates, weil ihr Gegenstand bislang verordnungsrechtlich geregelt war. Für seine entgegenstehende Ansicht hat der Bundesrat eine Norm als Grundlage der Zustimmungsbedürftigkeit nicht benannt. Er meint, die Zustimmungsbedürftigkeit nach Art. 80 II GG werde umgangen (BRDrucks 833/02 [Beschluss], S. 5). Das trifft nicht zu. Der Gesetzgeber hat mit den Art. 2 Nr. 4 und Nr. 5, Art. 8 und Art. 9 BSSichG förmliche Gesetze erlassen, auf die Art. 80 II GG nicht entsprechend anwendbar ist. Er hat eine gesetzliche Regelung getroffen, obwohl auf Grund der vorhandenen Ermächtigung auch eine Regelung im Verordnungswege möglich gewesen wäre.

192

Das begegnet am Maßstab des Art. 80 I GG keinen Bedenken; denn die der Exekutive erteilte Verordnungsermächtigung wirkt nur zuweisend, nicht auch abschiebend (Brenner, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 80 Rn. 25; Bryde, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 80 Rn. 5; Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 80 Rn. 14). Der parlamentarische Gesetzgeber begibt sich durch die Verordnungsermächtigung nicht seiner Regelungskompetenz; er

bleibt weiter regelungsbefugt und behält sein Zugriffsrecht auf die von der Verordnungsermächtigung umfasste Materie (Bauer, in: Dreier, GG, Art. 80 Rn. 39; Brenner, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 80 Rn. 25; Lücke, in: Sachs, GG, Art. 80 Rn. 7; Kirchhof, Rechtsquellen und Grundgesetz, in: Starck, BVerfG und Grundgesetz, Bd. II, 1976, S. 50 <83>; Jekewitz, NVwZ 1994, S. 956 <957>; Lepa, AöR 105 [1980], 337 <350 f.>; Lippold, ZRP 1991, S. 254 <255>; Studenroth, DÖV 1995, S. 525 <527>). Regelt er selbst, so nimmt er eine eigene Kompetenz wahr, nicht die Kompetenz der Exekutive. Die Zustimmungsbedürftigkeit des Gesetzes bestimmt sich nicht nach dem nur für Verordnungen geltenden Art. 80 II GG, sondern nach den für förmliche Gesetze geltenden Normen, die hier nicht einschlägig sind.

193

Selbst wenn man der Regelung durch förmliches Gesetz entnehmen wollte, der parlamentarische Gesetzgeber habe dadurch die Verordnungsermächtigung aufgehoben, so führte dies nicht zur Zustimmungsbedürftigkeit. Die Aufhebung einer Ermächtigungsgrundlage bedarf ebenso wie ihr Erlass von sich aus nicht der Zustimmung des Bundesrates, sondern nur dann, wenn sich dies aus einer der für förmliche Gesetze geltenden Normen ergibt.

194

II.

Auch Art. 4 BSSichG löst die Zustimmungsbedürftigkeit nicht aus. § 6 I BPflV ist, soweit er auf der Änderung durch Art. 4 BSSichG beruht, als im parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren geschaffenes Verordnungsrecht zu beurteilen. Ob der Bundesrat der gesetzlichen Regelung, die die Verordnungsänderung bewirkte, zuzustimmen hatte, richtet sich nach Art. 84 I GG. Danach bestand kein Zustimmungserfordernis, denn eine Regelung des Verfahrens der Landeseigenverwaltung enthält die Änderung des § 6 I BPflV nicht. Darüber hinaus genügt Art. 4 BSSichG den rechtsstaatlichen Anforderungen, die an die Änderung einer Verordnung durch den Gesetzgeber zu stellen sind.

195

1. Die Bundespflegesatzverordnung ist als Art. 1 der Verordnung zur Neuordnung des Pflegesatzrechts vom 26. 9. 1994 (BGBl I S. 2750) erlassen worden. Ihr § 6 wurde seither mehrfach, zumeist durch den parlamentarischen Gesetzgeber, geändert. Auch die Änderung von § 6 BPflV im Rahmen des Beitragssatzsicherungsgesetzes beruht auf einem förmlichen Gesetz.

196

Die Ast. berufen sich für die Zustimmungspflichtigkeit von Art. 4 BSSichG auf Art. 80 II GG. Ermächtigungsgrundlage für Regelungen über die Höhe des Gesamtbetrages der Vergütungen für Krankenhausleistungen - die Begrenzung dieses Gesamtbetrages und die Durchbrechung der Begrenzung gehören dazu - ist § 16 Satz 1 Nr. 1 KHG. Das Krankenhausfinanzierungsgesetz bedurfte gem. Art. 84 I GG der Zustimmung des Bundesrates (vgl. nur § 18, § 18a, § 28 I KHG). Eine anderweitige, die Zustimmungsbedürftigkeit der Verordnung ausschließende Regelung (Art. 80 II GG) enthält das Krankenhausfinanzierungsgesetz nicht. Vielmehr wiederholt § 16 Satz 1 KHG das Zustimmungserfordernis.

197

2. Eine über fünfzigjährige Staatspraxis zeigt, dass ein Bedürfnis für die Änderung einer Verordnung durch den parlamentarischen Gesetzgeber besteht (a). Eine verfassungskonforme Lösung erfordert allerdings, der geänderten Verordnung einen einheitlichen Rang zuzuweisen, damit nicht ein der Rechtssicherheit und dem

Rechtsstaatsprinzip widersprechendes Mischgebilde entsteht (b). Die Verordnungsänderung durch förmliches Gesetz ist nur unter bestimmten Voraussetzungen und Maßgaben mit dem Grundgesetz vereinbar (c).

198

a) Der ändernde Eingriff in eine geltende Verordnung durch ein Parlamentsgesetz ist eine Erscheinungsform bereits der frühen Gesetzgebung unter der Geltung des Grundgesetzes (erstmals: § 2 II des Gesetzes vom 21. 1. 1950 [BGBl S. 7]). Diese Art der Verordnungsänderung hat in jüngerer Zeit an Bedeutung gewonnen. Vor allem in den großen, umfassenden Regelungsprogrammen des Steuer- und Sozialrechts, die besonders häufiger Änderung im Zuge kleinerer und größerer Reformen unterworfen sind, ist das Verordnungsrecht einer gleichen Änderungsintensität ausgesetzt wie die förmlichen Gesetze, auf denen es beruht. Dabei werden im Zuge einer umfassenden Änderungsgesetzgebung häufig auch die mit den Gesetzen verbundenen Verordnungen durch den parlamentarischen Gesetzgeber geändert. Das kann bei Verordnungen von zentraler Bedeutung dazu führen, dass sie häufiger durch Parlamentsgesetze als durch Verordnungen geändert werden. Die Einkommensteuer-Durchführungsverordnung, die über Jahre hindurch nur durch Parlamentsgesetze geändert wurde, ist dafür ein ebenso treffendes Beispiel (Kirchhof, EStG-Kompaktkommentar, 5. Aufl., 2004, § 51 Rn. 14; Seiler, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, Loseblatt [November 2003], § 51 Rn. B 131; ders., ZG 2001, S. 50 <51 f.>) wie die Bundespflegesatzverordnung.

199

Die seit über fünfzig Jahren bestehende Staatspraxis zeigt, dass ein Bedürfnis für den parlamentarischen Gesetzgeber besteht, bei der Änderung komplexer Regelungsgefüge, in denen förmliches Gesetzesrecht und auf ihm beruhendes Verordnungsrecht ineinander verschränkt sind, auch das Verordnungsrecht anzupassen. Die Veränderung eines Regelungsprogramms und erst recht die grundlegende Reform eines ganzen Rechtsgebiets kann in vielen detailliert normierten Bereichen sinnvoll nur bewerkstelligt werden, wenn sowohl förmliche Gesetze als auch auf ihm beruhende Verordnungen in einem einheitlichen Vorgang geändert und aufeinander abgestimmt werden.

200

Es gehört zudem zur Gestaltungsfreiheit des Parlaments, sein Änderungsvorhaben umfassend selbst zu verwirklichen. Wäre es darauf beschränkt, nur förmliche Gesetze zu ändern, so müsste das Änderungsvorhaben entweder zerteilt werden, um den Gesetzesänderungen die von der Exekutive zu erledigenden Verordnungsänderungen nachfolgen zu lassen; oder der parlamentarische Gesetzgeber müsste die bislang durch Verordnung geregelten Gegenstände wieder in förmliches Gesetzesrecht übernehmen. Die Aufteilung in ein Änderungsgesetz und eine Änderungsverordnung kann zu erheblichen Verzögerungen führen (vgl. Sendler, DVBl 2005, S. 423 <425>). Außerdem besteht für das Parlament die Schwierigkeit, dass es ein differenziert ausgestaltetes und oft finanziell abgestimmtes Reformvorhaben nur teilweise selbst festlegen kann. Die Alternative der Rückholung des Verordnungsrechts hat den Nachteil gegen sich, dass künftige Änderungen durch die Exekutive und damit die für die Zukunft notwendige Flexibilität ausgeschlossen sind.

201

b) Das Rechtsstaatsprinzip und das hieraus folgende Prinzip der Rechtssicherheit erlauben nur eine Lösung, die der geänderten Verordnung einen einheitlichen Rang zuweist.

202

aa) Das Grundgesetz unterscheidet zwischen der Rechtssetzung in der Form des Gesetzes

und der Rechtssetzung in der Form der Rechtsverordnung; Voraussetzung und Folgen der Rechtssetzung in der einen und der anderen Form sind nach dem Grundgesetz verschieden (vgl. BVerfGE 8, 274 <323>; 24, 184 <199>). Die damit getroffene Unterscheidung steht nicht zur beliebigen Disposition (vgl. BVerfGE 1, 372 <390>; 6, 273 <277>; 18, 389 <391>; 22, 330 <346>; 24, 184 <199>). Das hindert den Gesetzgeber aber nicht, die der Exekutive übertragenen Regelungsbefugnisse wieder zu übernehmen und bislang als Verordnung geltende Regelungen nun als Gesetz zu erlassen (vgl. BVerfGE 22, 330 <346>). Ebenso wenig ist der Gesetzgeber prinzipiell gehindert, den Inhalt einer geltenden Verordnung unmittelbar kraft Gesetzes zu ändern. Dabei dürfen jedoch die Grenzen zwischen Gesetz und Verordnung nicht in einer Weise überschritten oder verwischt werden, die der grundsätzlichen Unterscheidung zwischen beiden Regelungsformen und der rechtsstaatlichen Klarheit in Bezug auf Geltungsvoraussetzungen, Rang, Rechtsschutzmöglichkeiten und Verwerfungskompetenzen, die für beide Normtypen unterschiedlich geregelt sind, zuwiderliefe.

203

Durch die Änderung darf keine missverständliche, irreführende Norm entstehen, deren Bezeichnung (Verordnung) und Kennzeichnung als Normsetzung auf Grund einer Ermächtigung (Art. 80 I Satz 3 GG) zu ihrem tatsächlichen Rang (förmliches Gesetz) und den davon abhängigen Rechtsfolgen im Widerspruch steht.

204

Eine Aneinanderreihung der ursprünglichen Fassung und der oftmals zahlreichen Änderungsanordnungen, die mitunter nur Satzteile oder einzelne Worte betreffen, kann vor allem bei häufig geänderten Verordnungen einen sicheren Überblick über den aktuellen Normbestand nicht verschaffen. Dazu bedarf es einer redaktionell bearbeiteten Fassung, die den Normtext so wiedergibt, dass alle in Kraft getretenen Änderungen berücksichtigt und an die Stelle der nicht mehr geltenden Teile gesetzt sind. Gälte der Inhalt einer durch förmliches Gesetz veränderten Verordnung, soweit die entsprechenden Änderungen reichen, im Gesetzesrang, so wäre allerdings aus einem solchen bereinigten Normtext nicht mehr zu erkennen, welche Teile davon Verordnungsrecht geblieben und welche durch Änderungsgesetze vom Gesetzgeber erlassen worden sind.

205

Der Rechtscharakter der einzelnen Normteile wäre nur noch mit Rückgriff auf die Gesetzgebungsmaterialien oder auf die verkündeten Fassungen von Änderungsnormen erkennbar. Auf die Auskünfte in der Überschrift und den einleitenden Worten, die auf eine genau bezeichnete Ermächtigungsgrundlage Bezug nehmen (Art. 80 I Satz 3 GG) wäre kein Verlass mehr; der wirkliche Status der einzelnen Bestimmungen könnte nur mit erheblichem Aufwand ermittelt werden.

206

Ein solcher Rechtszustand wäre mit rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht vereinbar. Dass zur Normenklarheit auch Normenwahrheit gehört (vgl. BVerfGE 108, 1 <20>), wirkt sich hier denkbar einfach aus: Überschrift und Einleitung eines Regelungswerkes müssen auch nach zahlreichen Änderungen noch halten, was sie versprechen.

207

bb) Durch die Unklarheit über den Rang der im Verordnungstext enthaltenen Normen würde insbesondere auch das Postulat der Rechtsmittelklarheit verletzt, das als Bestandteil des Grundsatzes der Rechtssicherheit an der Verfassungsgarantie des Rechtsstaatsprinzips teilnimmt (vgl. BVerfGE 49, 148 <164>). Eine Norm darf die von ihr

Betroffenen nicht im Unklaren darüber lassen, welchen Rang sie hat und wie gegen sie effektiver Rechtsschutz zu suchen ist - sei es auf einem direkt auf die Kontrolle der Norm gerichteten Rechtsweg oder durch eine indirekte Anfechtung im Zusammenhang mit einem Rechtsmittel gegen einen Vollzugsakt. Die grundlegende Verschiedenheit der Kontroll- und Verwerfungskompetenzen von förmlichen Gesetzen und Verordnungen im behördlichen und gerichtlichen Verfahren (vgl. BayVGH, NJW 2001, S. 2905 <2906 f.> einerseits und die aufhebende Revisionsentscheidung BVerwGE 117, 313 <317 ff.> andererseits) verbietet es, bei der parlamentarischen und exekutiven Rechtssetzung beide Rechtsformen so zu vermischen, dass eine klare Zuordnung nicht mehr möglich ist (vgl. Lücke, in: Sachs, GG, Art. 80 Rn. 7; Kirchhof, EStG-KK, § 51 Rn. 14 f., 54; Ossenbühl, JZ 2003, S. 1066 <1067>; Seiler, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 51 Rn. B 131, B 133, B 135; ders., ZG 2001, S. 50 <57 f.>; Studenroth, DÖV 1995, S. 525 <529>; vgl. auch Konzak, DVBl 1994, S. 1107 <1111>). Das Parlament kann nach der bisherigen Praxis beliebig mit förmlichem Gesetz ändernd in einen Verordnungstext eingreifen und dabei nicht nur Regelungen ändern, die mit dem Anliegen des Änderungsgesetzes im Zusammenhang stehen, sondern die Gelegenheit auch zu Änderungen wahrnehmen, die es aus anderen Gründen für zweckmäßig hält. Eine derartige Abgrenzung mit der Folge, dass gegen Regelungen in ein und derselben Norm der Rechtsschutz gegen bestimmte Regelungen einfach und schnell eröffnet ist, gegen andere hingegen von der Aussetzung und Vorlage nach Art. 100 I GG abhängt, erweist sich als i.S. des Art. 3 I GG nicht sachgerecht (vgl. BVerfGE 70, 35 <56 f.>).

208

Die praktischen Probleme werden in der Äußerung der Bundesregierung im vorliegenden Verfahren offenkundig, die den Rechtsschutz als „etwas zweifelhaft" ansieht und sowohl die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle als auch die Vorlage an das BVerfG als verfassungsrechtlich nicht zu beanstandende Möglichkeiten anbietet.

209

cc) Die aufgezeigten Schwierigkeiten vermeidet nur eine Lösung, die einerseits der geänderten Verordnung einen einheitlichen Rang zuweist und andererseits sicherstellt, dass der Gesetzgeber von dieser Praxis nur in den generellen Grenzen einer Verordnungsermächtigung Gebrauch macht. Ändert das Parlament wegen des sachlichen Zusammenhangs eines Reformvorhabens bestehende Verordnungen oder fügt in diese neue Regelungen ein, so ist das dadurch entstandene Normgebilde aus Gründen der Normenklarheit insgesamt als Verordnung zu qualifizieren.

210

c) Im Hinblick auf den Grundsatz der Formenstrenge der Rechtssetzung und auf das Prinzip der Rechtssicherheit ist eine Änderung der Verordnung durch den Gesetzgeber nur unter folgenden Voraussetzungen möglich:

211

aa) Dem parlamentarischen Gesetzgeber steht bei der Rechtsetzung eine freie Formenwahl nicht zu. Die Einordnung der Normen als förmliche Gesetze oder als Verordnungen allein nach ihrem Rang sichert eine klare Zuordnung von Kompetenzen und Verantwortung und bezieht ihre Notwendigkeit daher sowohl aus dem Rechtsstaats- als auch aus dem Demokratieprinzip. Die Durchbrechung dieses Grundsatzes durch die Bestimmung einer vom Parlament erlassenen Norm zur Verordnung kann nur hingenommen werden, wenn es sich um eine Anpassung im Rahmen einer Änderung eines Sachbereichs durch den Gesetzgeber handelt (vgl. Hans Schneider, Gesetzgebung, Rn. 664 a.E.). Die Änderung einer Verordnung durch den parlamentarischen Gesetzgeber

unabhängig von sonstigen gesetzgeberischen Maßnahmen ist unzulässig.
212
bb) Auch wenn der parlamentarische Gesetzgeber Verordnungsrecht ändert, ist er an das Verfahren nach Art. 76 ff. GG gebunden. Der Umstand, dass die Verordnung in ihrer durch Gesetz geänderten Fassung insgesamt als Verordnungsrecht zu qualifizieren ist, ändert nichts daran, dass für das Zustandekommen des ändernden Gesetzes die grundgesetzlichen Regeln über die Gesetzgebung anzuwenden sind. Eine Verordnungsänderung in einem anderen Verfahren, etwa durch schlichten Parlamentsbeschluss, kommt nicht in Betracht. Das folgt schon aus dem sachlichen Zusammenhang zwischen der Gesetzes- und der Verordnungsänderung, der Voraussetzung für die Zulässigkeit der parlamentarischen Verordnungsänderung ist. Befasst sich der parlamentarische Gesetzgeber mit einem Änderungsvorhaben, das sowohl Gesetzes- als auch Verordnungsänderungen umfasst, dann müssen Beratung, Beschlussfassung und Beteiligungsrechte der verschiedenen Organe einheitlich beurteilt werden können. Eine Aufteilung in verschiedene Verfahrensarten spräche gerade gegen die Notwendigkeit einer gleichzeitigen Änderung des Gesetzes- und des Verordnungsrechts.
213
cc) Der parlamentarische Gesetzgeber ist bei der Änderung einer Verordnung an die Grenzen der Ermächtigungsgrundlage (Art. 80 I Satz 2 GG) gebunden (vgl. auch Hans Schneider, a.a.O., Rn. 664). Das ist zwingende Folge des Ziels, rechtsstaatswidrige Mischgebilde aus förmlichem Gesetzes- und Verordnungsrecht zu vermeiden. Die einheitliche Einordnung des Normengefüges als Verordnung auch nach ändernden Eingriffen des parlamentarischen Gesetzgebers dient der Rechtsmittelklarheit und der Effizienz des Rechtsschutzes gegen jede einzelne Norm. Gleichviel, ob die Verordnung als Ganzes oder einzelne ihrer Teile angegriffen werden und ob ihre Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht im Verfahren der Normenkontrolle oder als Vorfrage der Prüfung einer Normanwendung zu beurteilen ist, dürfen weder die Wahl des zutreffenden Rechtsweges noch die Prüfungskompetenz des angerufenen Gerichts oder der anzuwendende Prüfungsmaßstab davon abhängen, ob Änderungen im parlamentarischen Verfahren vorgenommen wurden. Die Verordnung und alle ihre Teile stehen zur Überprüfung durch jedes damit befasste Gericht, gegebenenfalls auch im Verfahren nach § 47 VwGO. Die Prüfung ist umfassend und erstreckt sich nicht nur auf die Einhaltung der Ermächtigungsgrundlage; sie kann zur Beanstandung der Verordnung durch das befasste Gericht selbst führen. Art. 100 I GG ist nicht anwendbar; eine Vorlage an das BVerfG ist unzulässig.
214
dd) Wird im Gesetzgebungsverfahren eine Verordnung geändert, so ist die Zustimmungsbedürftigkeit des betreffenden Gesetzes auch insoweit am Maßstab der für förmliche Gesetze geltenden Normen zu beurteilen, nicht nach Art. 80 II GG. Es gilt auch hier (vgl. bereits oben unter I. 3. c), dass Art. 80 II GG angesichts seines den Schutzzweck der Norm überschießenden Zustimmungserfordernisses nicht über seinen Wortlaut hinaus ausgedehnt werden kann.
215
Die von Art. 80 II GG bezweckte Fortsetzung des Schutzes der grundsätzlichen Verwaltungszuständigkeit der Länder kann im Verfahren der förmlichen Gesetzgebung unabhängig von Art. 80 II GG anhand der Einzelheiten des jeweiligen Regelungsvorhabens am Maßstab des Art. 84 I GG geprüft werden. Nur wenn die im Gesetzgebungsverfahren

bewirkte Verordnungsänderung einen der zustimmungsauslösenden Tatbestände des Art. 84 I GG erfüllt, ist die Mitwirkungsbefugnis des Bundesrates gerechtfertigt.
216
ee) Die im Verfahren förmlicher Gesetzgebung in eine Verordnung eingefügten Teile stehen der abermaligen Änderung durch die Exekutive offen, die dabei allein an die Ermächtigungsgrundlage gebunden ist. Dies folgt daraus, dass es sich bei diesem Recht im Ergebnis um Recht im Range einer Verordnung handelt. Die Ermächtigung der Exekutive, den betreffenden Gegenstand selbst zu regeln, wird durch den Gesetzgeber nicht aufgehoben oder ausgesetzt. Es bedarf deshalb weder einer Herabstufung der durch die Änderung eingefügten Verordnungsteile (so Hans Schneider, a.a.O., Rn. 663 f.; Conradi, NVwZ 1994, S. 977; Külpmann, NJW 2002, S. 3436 <3438 f.>; Sendler, NJW 2001, S. 2859 <2860>; DVBl 2005, S. 423) noch einer besonderen, weiteren Ermächtigung der Exekutive, diese Teile erneut zu ändern (so BayVGH, NJW 2001, S. 2905 <2906>; BMJ, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 2. Aufl., 1999, Rn. 705; Uhle, DVBl 2004, S. 1272 <1275>). Die so genannte Entsteinerungsklausel hat insoweit nur klarstellende Bedeutung.
217
3. Nach diesen Maßstäben ist Art. 4 BSSichG verfassungsgemäß.
218
a) Art. 4 BSSichG bedurfte nach Art. 84 I GG nicht der Zustimmung des Bundesrates.
219
Art. 4 Nr. 1 BSSichG betrifft nicht das Verwaltungsverfahren, sondern die Vorgabe eines bestimmten Ziels des Verwaltungshandelns, nämlich eine Bedingung, unter der trotz des Grundsatzes der Beitragssatzstabilität eine Gesamtbetragsüberschreitung erlaubt sein soll. Dem Art. 4 Nr. 2 BSSichG ist eine Regelungsqualität nicht zu entnehmen.
220
Art. 4 Nr. 3 BSSichG betrifft das Verwaltungsverfahren. Die Vorschrift verweist die Fragen der Gesamtbetragsüberschreitung wegen der Finanzierung von Disease-Management-Programmen, wegen Tariferhöhungen und wegen Verbesserungen der Arbeitszeitbedingungen in die Pflegesatzverhandlungen. Dies ist allerdings keine konstitutive Regelung, sondern eine bloß klarstellende Wiederholung dessen, was ohnehin schon galt (so auch die Entwurfsverfasser: BTDrucks 15/28, S. 18), und löst daher kein Zustimmungserfordernis aus (s.o. C I. 3. a) cc)). Nach den § 18 KHG, §§ 6 I Satz 1, 12 I, 13 I, 17 BPflV unterliegen alle Bestandteile der Vergütung der Krankenhausleistungen den Pflegesatzvereinbarungen, die bei Scheitern der Verhandlungen durch eine Entscheidung der Schiedsstelle (§ 18 a KHG, § 19 BPflV) ersetzt werden, soweit dies nicht durch § 19 III BPflV ausgeschlossen ist. Diese Regelung des Verfahrens der Krankenkassen wird durch den neuen § 6 I Satz 6 BPflV weder ergänzend noch einschränkend berührt.
221
b) Die Bundespflegesatzverordnung ist im Zusammenhang mit anderen gesetzgeberischen Maßnahmen geändert worden.
222
Das Beitragssatzsicherungsgesetz beinhaltet nicht nur die Änderung der Bundespflegesatzverordnung, sondern enthält weitere Gesetze, die der Stabilisierung der Beitragssätze in den gesetzlichen Sozialversicherungssystemen dienen. Die Bundespflegesatzverordnung wird im Zusammenhang mit weiteren gesetzgeberischen Maßnahmen geändert, die zu Einnahmesteigerungen und Ausgabenbegrenzungen oder Ausgabenkürzungen im Gesundheitswesen führen sollen.

223
c) Die Änderungen der Bundespflegesatzverordnung in Art. 4 BSSichG halten sich auch in den Grenzen der Ermächtigungsgrundlage (Art. 80 I Satz 2 GG).
224
Die Verordnungsermächtigung zur Regelung der Pflegesätze (§ 16 Satz 1 Nr. 1 KHG) umfasst auch Maßnahmen zur Sicherung der Beitragssatzstabilität. § 17 I Satz 3 KHG wiederholt diese Verpflichtung gegenüber dem Verordnungsgeber ausdrücklich. Regelungen über die Höhe des Gesamtbetrages der Vergütungen für Krankenhausleistungen, über die Begrenzung dieses Gesamtbetrages und über die Durchbrechung der Begrenzung im Interesse der Erhaltung und Fortentwicklung des Versorgungsstandards erlässt der Verordnungsgeber im Rahmen des durch den Grundsatz der Beitragssatzstabilität näher beschriebenen Rechtssetzungsauftrages.
225
Dass sich das dazu in § 3 und § 6 BPflV entwickelte Instrumentarium einer Gesamtbetragsbegrenzung und ausnahmsweise zugelassener Überschreitungen des Gesamtbetrages innerhalb des Rahmens der Ermächtigung und der mit ihr verbundenen Inhalts-, Zweck- und Ausmaßbestimmung hält, ist für frühere Fassungen des § 6 BPflV nicht bezweifelt worden. Auch das Hinzufügen der weiteren Ausnahme durch Art. 4 BSSichG (§ 6 I Satz 4 Nr. 6 BPflV) begegnet keinen Bedenken.
226
III.
Das Gesetz ist auch im Übrigen materiell verfassungsgemäß.
227
1. Durch die Bestimmungen des Beitragssatzsicherungsgesetzes werden Grundrechte nicht verletzt. Die Rabattvorschriften, Preissenkungen und Nullrunden (Art. 1 Nrn. 7 und 8, Art. 5, Art. 6, Art. 11 BSSichG) sind mit Art. 12 I GG vereinbar. Die Ast. selbst gehen von der Verfassungsmäßigkeit der einzelnen Regelungen aus; ihre Annahme, diese führten insgesamt zu einer „additiven" Grundrechtsbeeinträchtigung, kann nicht bestätigt werden.
228
a) Durch die genannten Regelungen werden die Preise für die künftigen (vgl. daher zu Art. 14 GG: BVerfGE 68, 193 <222 f.>) Leistungen und Lieferungen der betroffenen Unternehmen weiteren Reglementierungen unterworfen. Für keine der bezeichneten Unternehmergruppen war die Preisbildung vor Inkrafttreten des Beitragssatzsicherungsgesetzes frei. Für den Arzneimittelhandel ist das bereits ausgeführt worden (vgl. A. III. 1. a). Für die Vergütungen der Ärzte und der Zahntechniker ist auf § 85 II und 4 sowie auf § 88 II SGB V zu verweisen. Dem System aus gesetzlicher Reglementierung und Vereinbarungen der Unternehmerverbände und Krankenkassen über die Verteilung des reglementierten Gesamtbetrages hat das Beitragssatzsicherungsgesetz Regelungen hinzugefügt, nach denen die sich aus den geltenden Vorschriften ergebenden Gesamtbeträge oder Preise teilweise nicht erhöht, sondern teilweise gesenkt werden.
229
Art. 1 Nr. 7 BSSichG, § 130 SGB V ordnet die unbefristete Geltung eines Preisabschlages von mindestens 6 v.H. auf Apothekenabgabepreise an, den die Apotheken den Krankenkassen gewähren müssen. Pharmazeutische Hersteller haben einen Abschlag von 6 v.H. auf den Herstellerabgabepreis für nicht festbetragsgeregelte Arzneimittel und für nicht der aut-idem-Regelung unterliegende Arzneimittel (Art. 1 Nr. 8 BSSichG, § 130 a SGB V), Großhändler einen Abschlag von 3 v.H. auf den Apothekenabgabepreis für verschreibungspflichtige Arzneimittel (Art. 11 BSSichG) an die Krankenkassen zu leisten.

Den Hersteller- und Großhandelsabschlag erhalten die Krankenkassen von den Apotheken, die gegenüber Herstellern und Großhändlern eine entsprechende Rückerstattung geltend machen.
230
Art. 5 BSSichG begrenzt die Ausgaben der Krankenkassen für vertragsärztliche und vertragszahnärztliche Leistungen sowie stationäre Krankenhausleistungen für das Jahr 2003, indem die Veränderungsrate bei den Vergütungsvereinbarungen auf Null gesetzt wird. Mit Art. 6 BSSichG werden die zwischen den Landesverbänden der Krankenkassen und den Verbänden der Ersatzkassen mit den Innungsverbänden der Zahntechniker vereinbarten Vergütungen (Höchstpreise) für die nach dem bundeseinheitlichen Verzeichnis abrechnungsfähigen zahntechnischen Leistungen mit Wirkung vom 1. 1. 2003 um 5 v.H. abgesenkt.
231
Vor allem Inhaber zahntechnischer Labore, Apotheker, Arzneimittelgroßhändler und pharmazeutische Unternehmen wenden sich gegen die gesetzlichen Regelungen des Beitragssatzsicherungsgesetzes. Sie machen im Wesentlichen einschneidende wirtschaftliche Folgen dieses Gesetzes geltend und sehen Art. 12 GG und Art. 14 GG als verletzt an.
232
Die Ast. beschränken sich darauf, die materielle Verfassungsgemäßheit der Regelungen für Apotheker, pharmazeutische Großhändler und pharmazeutische Unternehmen zu erörtern. Sie lassen die Regelungen des Beitragssatzsicherungsgesetzes außer Betracht, die zwar verfassungsrechtliche Fragen aufwürfen, bei denen aber die spezifische Regelung im Beitragssatzsicherungsgesetz keine Erfolg versprechende Veranlassung biete, die bisherige verfassungsrechtliche Akzeptanz dieser Regelungen nunmehr in Zweifel zu ziehen. Die Nullrunden für ärztliche Leistungen und die Absenkung der Höchstpreise für abrechnungsfähige zahntechnische Leistungen werden von den Ast. nicht angegriffen.
233
b) Art. 12 I GG schützt die Erwerbszwecken dienende Tätigkeit und ist insoweit nach Art. 19 III GG auch auf inländische juristische Personen oder andere privatrechtliche Vereinigungen anwendbar (vgl. BVerfGE 105, 252 <265>; 106, 275 <298>). Jede Preisreglementierung berührt die berufliche Betätigung, enthält also eine Berufsausübungsregelung (vgl. BVerfGE 68, 193 <216>; 106, 275 <298>; Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats des BVerfG vom 1. 9. 1999 - 1 BvR 264/95 u. a. -, NJW 2000, S. 1781).
234
Auch die Inanspruchnahme Privater zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe ist ein Eingriff in die freie wirtschaftliche Betätigung i.S. einer Berufsausübungsregel (vgl. BVerfGE 68, 155 <170 f.>; 95, 173 <187>). An diesem Maßstab ist daher die Verpflichtung der pharmazeutischen Großhändler und der Apotheker zu messen, den Preisabschlag zu berechnen, den die Hersteller zu gewähren haben und der den Krankenkassen zu Gute kommen soll (Art. 1 Nr. 8 BSSichG, § 130 a I und 5 SGB V).
235
c) Berufsausübungsregelungen müssen durch vernünftige Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt sein. Dazu gehört die Sicherung der finanziellen Stabilität der gesetzlichen Krankenversicherung (vgl. BVerfGE 68, 193 <218>). Diesen Zweck verfolgt das Beitragssatzsicherungsgesetz, das unter anderem mit den Preissenkungen zur Kostenbegrenzung der Krankenkassen beitragen will.

236
Die Eingriffe sind geeignet und erforderlich. Die Senkung der Arzneimittelpreise und der Vergütungen ärztlicher und zahntechnischer Leistungen können zur Ausgabenbegrenzung der Krankenkassen beitragen. Mildere Maßnahmen sind weder von den Ast. aufgezeigt worden noch ersichtlich. Mit dem Beitragssatzsicherungsgesetz sind neben den hier erörterten auch noch weitere Maßnahmen zur Ausgabenbegrenzung (Kürzung des Sterbegeldes, Begrenzung der Krankenhauskosten) ebenso ergriffen worden wie Maßnahmen zur Einnahmeverbesserung (Anhebung der Versicherungspflichtgrenze). Nachdem der Gesetzgeber wiederum (vgl. bereits BVerfGE 68, 193 <219>) überproportionale Ausgabensteigerungen in der Arzneimittelversorgung (BTDrucks 15/28, S. 12) und damit die Unzulänglichkeit früherer Kostendämpfungsmaßnahmen in diesem Bereich zur Kenntnis nehmen musste, durfte er eine weitere Begrenzung der Arzneimittelausgaben für notwendig halten. Es entsprach seinem weiten wirtschafts- und sozialpolitischen Gestaltungsspielraum, dass er Beitragssatzsteigerungen, mit denen Einnahmeverbesserungen hätten erreicht werden können, unbedingt vermeiden wollte, um einen damit verbundenen Anstieg der Lohnnebenkosten zu verhindern.
237
Auch die Beteiligung der Apotheker und Großhändler an der Abrechnung des Herstellerrabatts (§ 130 a I und Abs. 5 SGB V) ist erforderlich. Ein bloßer Eingriff in die Preisgestaltung hätte nicht die gleiche Wirkung haben können, sondern hätte die Hersteller empfindlicher getroffen. Ein bloßer Abschlag auf den vom Großhändler an den Hersteller gezahlten Preis mit der gleichzeitigen Verpflichtung, einen gleich hohen Rabatt auf die dem Apotheker und der Krankenkasse abverlangten Preise zu gewähren, hätte in der Handelsstufe zwischen Hersteller und Großhändler nicht unterscheiden können zwischen Medikamenten, die auf Kosten der Krankenkassen und solchen, die ohne Kostenübernahme der Krankenkassen, etwa an privat Krankenversicherte, verkauft werden (vgl. zur Unzumutbarkeit einer solchen generalisierenden Regelung: Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats des BVerfG vom 1. 9. 1999 - 1 BvR 264/95 u. a. -, NJW 2000, S. 1781 f.).
238
Die Preisregulierungen und ihre Ausgestaltung sind den Betroffenen schließlich auch zuzumuten. Die von den Betroffenen vorgetragenen Prognosen, das Zahntechnikerhandwerk werde nicht mehr gewinnbringend ausgeübt werden können, der Berufsstand werde zerschlagen (vgl. BVerfGE 106, 351 <354>), mehrere tausend Apotheken müssten wegen Unwirtschaftlichkeit geschlossen werden, so dass die Versorgungsstruktur zerschlagen werde (vgl. BVerfGE 106, 359 <362>), und das System der Arzneimitteldistribution werde irreversible Nachteile erleiden (vgl. BVerfGE 106, 369 <372>), haben sich nach inzwischen mehr als zweijähriger Geltung des Beitragssatzsicherungsgesetzes, soweit ersichtlich, nicht bewahrheitet.
239
Die Abwicklungsregelungen sind auch nicht unzumutbar. Sie nutzen ein bestehendes System (§ 300 SGB V), so dass bei der Datenerfassung, -verarbeitung und -übermittlung nur Veränderungen oder geringfügige Erweiterungen erforderlich waren, nicht hingegen der belastendere Neuaufbau eines solchen Systems. Die Pflicht zur Beteiligung der Großhändler und Apotheker, die von den Abschlägen auf den Herstellerabgabepreis nicht profitieren sollen, ihn aber abzuwickeln haben, kann mit der Sach- und Verantwortungsnähe (vgl. BVerfGE 95, 173 <187>) auch der Großhändler und Apotheker zur unverzichtbaren Aufgabe der Arzneimittelversorgung ebenso gerechtfertigt werden wie

mit dem Nutzen, den auch sie aus der Einbindung in das System der gesetzlichen Krankenversicherung erfahren (vgl. Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats des BVerfG vom 1. 9. 1999 - 1 BvR 264/95 u. a. -, NJW 2000, S. 1781 <1782>).

240

Die Ast. selbst wenden sich nicht grundsätzlich gegen die gesetzlichen Regelungen für Apotheker, pharmazeutische Großhändler und pharmazeutische Unternehmen. Die Erstattungs- und Abschlagspflichten der pharmazeutischen Unternehmen (sog. Herstellerrabatte), die Abschlagspflicht der pharmazeutischen Großhändler (sog. Großhändlerrabatte) und die Abschlagspflicht der Apotheken (sog. Apothekenrabatte) seien zwar keine materiell verfassungswidrigen Eingriffe in die Freiheit der Berufsausübung. Die Unvereinbarkeit der jeweiligen Maßnahme mit Art. 12 GG ergebe sich aber aus der formellen Verfassungswidrigkeit. Lediglich im Hinblick auf die Apotheken wird geltend gemacht, dass durch die „additive" Gesamtbelastung der Apotheken durch alle derzeit wirkenden Grundrechtseingriffe das Maß der rechtsstaatlich hinnehmbaren Eingriffsintensität überschritten sei. Insoweit wird geltend gemacht, der Gesetzgeber sei bei der notwendigen Abwägung zwischen dem Gemeinwohlbelang der finanziellen Stabilität der gesetzlichen Krankenversicherung und der Eingriffsintensität des Beitragssatzsicherungsgesetzes in die Grundrechte der Apotheken offenbar von falschen Voraussetzungen hinsichtlich der tatsächlichen Belastung der Apotheken ausgegangen; daher liege ein erhebliches Abwägungsdefizit vor. Auch in materieller Hinsicht erreiche die (einseitige) Gesamtbelastung der Apotheken mit den neuen Pflichten des Beitragssatzsicherungsgesetzes ein Ausmaß, das auch durch den Gemeinwohlbelang der finanziellen Stabilität der gesetzlichen Krankenversicherung nicht hinreichend gerechtfertigt werden könne. Eine einseitige Belastung der Apotheker sehen die Ast. vor allem darin, dass die den Herstellern und Großhändlern gesetzlich auferlegten Rabatte zu einem Großteil bei den Apotheken „abgelastet" würden; denn der Erstattungsanspruch der Apotheken sei insoweit nicht oder nur unzureichend durchsetzbar.

241

Diese recht allgemein gehaltenen Ausführungen der Ast. begründen nicht die Verfassungswidrigkeit eines „additiven" Grundrechtseingriffs. Dies gilt schon im Hinblick darauf, dass die Ast. nicht hinreichend deutlich machen, inwieweit die gesetzlichen Regelungen der sog. Herstellerrabatte und der sog. Großhändlerrabatte die Apotheken unmittelbar in ihrem Grundrecht aus Art. 12 GG betreffen. Soweit in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen wird, dass bisher freiwillig gewährte Rabatte von Herstellern oder Großhändlern mit dem neuen Erstattungsanspruch nach dem Beitragssatzsicherungsgesetz verrechnet würden, dürfte es sich lediglich um mittelbare Auswirkungen auf die Rechtsposition der Apotheker handeln.

242

Darüber hinaus sind die Ausführungen der Ast. zum „additiven" Grundrechtseingriff bei den Apothekern überwiegend nicht näher belegte Vermutungen. In ihrer Stellungnahme setzt sich die Bundesregierung ausführlich hiermit auseinander und legt dar, dass die von den Ast. aufgestellten Behauptungen nicht zuträfen. Die finanziellen Auswirkungen des Beitragssatzsicherungsgesetzes könnten allenfalls geschätzt werden; Angaben zu den Auswirkungen des finanziellen Beitrags der Handelsstufen auf das Einkommen der Apothekerinnen und Apotheker lägen nicht vor.

243

Die Finanzierbarkeit der gesetzlichen Krankenversicherung ist in einem Sozialstaat ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut. Hierzu gehört auch die Beitragsstabilität, die

unabdingbare Voraussetzung für ein Fortbestehen des gegenwärtigen Systems ist (Manssen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar, 4. Aufl., 1999, Art. 12 Rn. 180 m.w. Nachw.). Der Gesetzgeber hat vor allem im Gesundheitswesen bei der Festlegung und Ausgestaltung sozialpolitischer Ziele einen weiten Gestaltungsspielraum. Soweit er die Gesundheitsversorgung der Bevölkerung durch die gesetzliche Krankenversicherung zu gewährleisten sucht, muss er hierbei unterschiedliche Gemeinwohlbelange und - zum Teil gegenläufige - Grundrechtspositionen vieler Personengruppen miteinander zum Ausgleich bringen (vgl. BVerfGE 103, 172 <185 f.>). Wenn eine Verletzung von Art. 12 GG allein durch wirtschaftliche Belastungen einzelner Berufsgruppen im Zusammenhang mit Maßnahmen der Kostendämpfung zur Sicherung der Beitragsstabilität geltend gemacht wird, lässt sich auch eine Überschreitung des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums erst dann feststellen, wenn die Beeinträchtigung der Berufsfreiheit hinreichend substantiiert ist und belegt werden kann. Solange die Prognosen des Gesetzgebers lediglich durch Vermutungen und Behauptungen der wirtschaftlich Betroffenen in Frage gestellt werden, kann das BVerfG nicht eingreifen.

244

2. Die Erhöhungen der Beitragsbemessungs- und Jahresarbeitsentgeltgrenzen (Art. 1 Nr. 1, Art. 2 Nr. 4 BSSichG) haben bislang nicht-versicherungspflichtige Arbeitnehmer mit der Folge der Beitragspflicht in die gesetzliche Kranken- oder Rentenversicherung einbezogen und deren Arbeitgeber mit der Zahlung des Arbeitgeberanteils an den Beiträgen belastet.

245

Diese Festlegung auf eine bestimmte Form der Kranken- oder Altersvorsorge ist an Art. 2 I GG zu messen; sie ist mit diesem Grundrecht vereinbar. Die Einbeziehung bislang Nicht-Versicherungspflichtiger in die sozialen Sicherungssysteme hat in vergleichbaren Konstellationen der Prüfung am Maßstab des Art. 2 I GG standgehalten (vgl. BVerfGE 29, 221 <235 f.>; 29, 245 <254>; 29, 260 <267 f.>; 103, 197 <221 ff.>; 103, 271 <286 ff.>; vgl. auch BVerfGE 102, 68 <89 f.>). Durchgreifende Bedenken gegen die jetzt normierte Abgrenzung zwischen der Pflichtmitgliedschaft in den sozialen Sicherungssystemen und der Möglichkeit zu selbst gewählter Vorsorge nach Maßgabe der sozialen Schutzbedürftigkeit und des Ziels, die Leistungsfähigkeit der sozialen Sicherungssysteme zu erhalten, sind in Bezug auf die Erforderlichkeit der Regelungen nach den durch die Rechtsprechung des BVerfG aufgestellten Maßstäben nicht ersichtlich.

246

3. § 130 a I und II SGB V (Art. 1 Nr. 8 BSSichG) ist mit Art. 14 I GG vereinbar.

247

Der Bundesverband der Pharmazeutischen Industrie rügt insoweit eine Grundrechtsverletzung, weil der geregelte Abschlag im Ergebnis einer Sonderabgabe gleichkomme, ohne dass die für solche außersteuerlichen Geldleistungspflichten erforderlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen sämtlich erfüllt wären (vgl. Kube/Palm/Seiler, NJW 2003, S. 927 ff.). Entscheidend für die Prüfung an den finanzverfassungsrechtlichen Maßstäben seien die abgabenähnliche Wirkung der Quersubventionierung und deren staatlich veranlasste Finanzierungswirkung. Der zentrale Grundtatbestand der staatlichen Einnahme erfordere sowohl eine private Belastungswirkung als auch eine hoheitlich zurechenbare, öffentliche Aufkommenswirkung. Diese Voraussetzungen seien bei Quersubventionierungen gegeben, die zielgerichtet und zwangsweise durchsetzbar auf private Mittel zugreifen, um sie privaten Dritten zuzuwenden. Die Mittelabschöpfung und -vergabe zur Verfolgung von Gemeinwohlzwecken umgehe allein technisch den

finanzverfassungsrechtlich angelegten Weg über die haushaltsrechtliche Verbuchung; die Haushaltsflüchtigkeit erreiche mit ihnen eine neue Dimension (Kube/Palm/Seiler, NJW 2003, S. 929 f.).

248

Die Maßstäbe, die das BVerfG für die Auferlegung nichtsteuerlicher Abgaben entwickelt hat, sind nicht auf staatliche Preisreglementierungen wie Mindestvergütungen oder Zwangsrabatte anwendbar. Sinn und Zweck der Rechtsprechung des BVerfG zu den Sonderabgaben ist es, eine Umgehung der Finanzverfassung in den Fällen zu verhindern, in denen der Gesetzgeber unter Rückgriff auf seine Kompetenzen aus Art. 70 ff. GG den Bürger jenseits der finanzverfassungsrechtlichen Verteilungsregeln mit nichtsteuerlichen Abgaben belegt (vgl. BVerfGE 110, 370 <387 f.> m.w. Nachw.). Die Belastungsgleichheit der Abgabepflichtigen und der Verfassungsgrundsatz der Vollständigkeit des Haushaltsplans (Art. 110 I GG) sollen gewährleistet bleiben. Preisinterventionen des Staates wirken sich demgegenüber nur im Bereich privatautonom vereinbarter Leistungsbeziehungen aus; der Schutzzweck der Rechtsprechung zu den Sonderabgaben greift hier nicht ein. In den Fällen, in denen der Gesetzgeber auf eine Abgabepflicht und entsprechende Finanzierungsinstrumente verzichtet, ist nicht die Finanzverfassung der entscheidende Prüfungsmaßstab. Es genügt vielmehr, wenn die entsprechenden Preisinterventionen den übrigen formellen und materiellen Voraussetzungen des Grundgesetzes entsprechen. Der Bürger ist insoweit hinreichend durch die Grundrechte aus Art. 14, aus Art. 12 und gegebenenfalls aus Art. 2 GG geschützt.

249

Hassemer
Jentsch
Broß
Osterloh
Di Fabio
Mellinghoff
Lübbe-Wolff
Gerhardt

Abweichende Meinung
der Richterin Osterloh und des Richters Gerhardtzum Beschluss des Zweiten Senats vom 13. 9. 2005- 2 BvF 2/03 -

Der Entscheidung stimmen wir im Ergebnis zu, halten jedoch die Auffassung für verfehlt, dass Gesetze als „im parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren geschaffenes Verordnungsrecht" zu beurteilen sind, soweit sie Rechtsverordnungen ändern (C. II. der Gründe).

250

1. Staats- und Gerichtspraxis haben sich bei der Beurteilung von Rechtsverordnungen, die durch das Parlament im Gesetzgebungsverfahren beschlossen oder geändert werden, bislang - von vereinzelten problematischen, aber auf Besonderheiten der Regelungsmaterie zurückführbaren Ausnahmen abgesehen (vgl. BVerfGE 70, 35 mit abweichender Meinung Steinberger; BVerwGE 117, 313) - von dem Grundsatz leiten lassen, dass die vom Gesetzgeber erlassenen Normen Gesetze sind und es ihm verwehrt ist, Verordnungen zu erlassen (BVerfGE 22, 330 <346>). Der Rang der einzelnen Regelungen und ihre Qualifikation als Gesetz i.S. von Art. 100 I GG bestimmen sich ausschließlich und in strikt formeller Betrachtungsweise nach ihrem Urheber. Gleiches gilt

für die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen ihres Zustandekommens. Demnach liegt ein Gesetz auch dann vor, wenn der Gesetzgeber eine Rechtsverordnung ändert. In diesem Fall sind die Regeln über das Gesetzgebungsverfahren einzuhalten; die Voraussetzungen für den Erlass von Rechtsverordnungen spielen keine Rolle. Der Gesetzgeber handelt kraft seiner originären Rechtsetzungsmacht.
251
Ermächtigt der Gesetzgeber den Verordnungsgeber, die durch das Gesetz geänderten Teile der Rechtsverordnung - inhaltlich oder auch lediglich im Rang - zu ändern („Rückkehr zum einheitlichen Verordnungsrang" <hier: Art. 12 BSSichG>; sog. Entsteinerungsklausel), wird dadurch die Geltung des Gesetzes auf den Zeitraum bis zu einer Regelung durch Rechtsverordnung beschränkt (zur entsprechenden Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers vgl. BVerfGE 8, 155 <170>). Abweichende rechtliche Konstruktionen sind nicht veranlasst und finden keinen Rückhalt in der Verfassung, einem mutmaßlichen Willen des Gesetzgebers oder anerkannten Auslegungsmethoden. Weder wird das Gesetz eine „logische Sekunde" nach seinem In-Kraft-Treten zur Rechtsverordnung noch erlaubt das Grundgesetz dem Gesetzgeber, seinem Normsetzungsakt einen anderen Rang als den des Gesetzes zuzuweisen; insoweit begrenzt namentlich Art. 100 I GG die legislative Gestaltungsmacht.
252
Allerdings bewirkt die in Rede stehende Gesetzgebungstechnik, dass sich unter der Bezeichnung „Rechtsverordnung" auch, unter Umständen sogar überwiegend Regelungen mit Gesetzesrang finden. Dies mag das rechtsästhetische Empfinden verletzen, für die Rechtsanwendung ist es unschädlich. Soweit es auf den Rang einzelner Bestimmungen ankommt, kann er in aller Regel ohne Weiteres den Verkündungsblättern entnommen werden. Etwaige Zweifel sind durch Auslegung zu klären. Werden durch das Gesetz lediglich Satzteile oder Einzelbegriffe einer Verordnungsbestimmung inhaltlich überformt, ist in der Regel davon auszugehen, dass der Gesetzgeber den Sachzusammenhang der betroffenen Vorschrift im Auge hatte und regeln wollte, so dass die zur Sachregelung gehörigen, abgrenzbaren Bestandteile des Verordnungstextes Gesetzesqualität haben. Der Rechtsanwender steht hier vor keiner anderen Aufgabe als etwa bei der Qualifikation einer Norm als vor- oder nachkonstitutionell, als Bundes- oder Landesrecht, als für einen Zeitabschnitt gültig oder nicht. Aus der mehr als 50 Jahre andauernden Praxis ist kein Fall belegt, in dem diese Aufgabe nicht bewältigt worden wäre. Sollte das Nebeneinander von Gesetzes- und Verordnungsrecht in einem Text jemals unbehebbare und entscheidungserhebliche Zweifel am Gehalt oder Rang einer Bestimmung auslösen, ist das Gesetz, auf das diese Unklarheit zurückzuführen ist, unbestimmt und verfassungswidrig.
253
2. Die Gesichtspunkte, derentwegen die Senatsmehrheit von diesem Konzept abweicht, überzeugen nicht.
254
a) Aus dem rechtsstaatlichen Grundsatz der Normenklarheit folgen nach bisheriger Rechtsprechung Anforderungen an den Inhalt einer Norm, der hinreichend bestimmt und widerspruchsfrei sein muss (vgl. etwa BVerfGE 14, 13 <16>; 17, 306 <314>; 21, 73 <79>; 38, 61 <82>; 52, 1 <41>; 52, 283 <302>; 59, 104 <114>; 62, 169 <183>; 108, 52 <74 f.>; 108, 169 <181 f.>). Die Notwendigkeit der Auslegung einer gesetzlichen Vorschrift nimmt ihr nicht die hinreichende Bestimmtheit (BVerfGE 45, 400 <420>; 63, 312 <323 f.>; 83, 130 <145>; 86, 288 <311>; 93, 213 <238>; 102, 254 <337>; 108, 1 <20 f.>; 110, 33 <56 f.>).

255
Der Senat erstreckt den Grundsatz der Normenklarheit auf die Kennzeichnung und den Rang einer Norm. In Konkretisierung dieses Grundsatzes nimmt er an, der Rechtscharakter der einzelnen Normteile müsse ohne erheblichen Aufwand ermittelbar sein und dies sei bei durch Gesetz geänderten Rechtsverordnungen wegen der irreführenden Bezeichnung des Normbestandes als Rechtsverordnung und des notwendigen Rückgriffs auf die Verkündungsblätter zur Ermittlung des Rangs der einzelnen Bestimmungen generell nicht der Fall. Damit erfährt der Grundsatz der Normenklarheit eine nicht mehr an seinem Zweck und an greifbaren Rechtstatsachen orientierte Verabsolutierung, die für die Rechtsentwicklung kaum absehbare Folgen haben kann.
256
Die Normunterworfenen sind in gleicher Weise an Gesetzes- wie an Verordnungsrecht gebunden (vgl. BVerfGE 18, 52 <59>; 19, 17 <29>). Für sie sind - anders als der Norminhalt und eine voraussehbare Normanwendung (vgl. BVerfGE 108, 52 <75>; 110, 33 <61 ff.>) - Bezeichnung und Rang einer Rechtsvorschrift in aller Regel ohne Bedeutung. Die Normenhierarchie spielt erst bei Zweifeln an der Gültigkeit der Norm eine Rolle. Dass in diesem Stadium ein gewisser Aufwand - einschließlich professioneller Unterstützung - zu betreiben ist, um die Rechtslage präzise zu ermitteln, genügt nicht, die von der Senatsmehrheit festgestellte Rechtsstaatswidrigkeit zu begründen. Dies gilt umso mehr, als der von der Senatsmehrheit angestrebte, namentlich im schillernden Begriff der Normenwahrheit angelegte Purismus bereits in ihrem eigenen Ansatz verfehlt wird, hält doch das eine Rechtsverordnung ändernde Gesetz nicht, was es nach Überschrift und Einleitung verspricht, nämlich (ausschließlich) Regelungen mit Gesetzesrang zu enthalten.
257
b) Rechtsstaatliche Bedenken gegen ein Nebeneinander von Regelungen mit Gesetzes- und solchen mit Verordnungsrang in einer Rechtsverordnung lassen sich nicht daraus ableiten, dass Rechtsverordnungen durch jedes Gericht als ungültig verworfen werden können, während dies in Bezug auf Gesetze dem BVerfG vorbehalten ist (Art. 100 I GG).
258
Zweifelhaft erscheint bereits, inwiefern, wie die Senatsmehrheit meint, das Postulat der Rechtsmittelklarheit betroffen ist. Dieses verpflichtet den Gesetzgeber, dem Rechtssuchenden in klarer Abgrenzung den Weg zur Überprüfung gerichtlicher Entscheidungen zu weisen (vgl. BVerfGE 49, 148 <164>; 87, 48 <65>). Diese Pflicht wird durch die Verteilung der Normverwerfungskompetenzen, also eine innerprozessuale Zuständigkeitsfrage, erkennbar nicht berührt. Ferner besteht, was das Prozessrecht anbelangt, keine Unklarheit. Wenn die Senatsmehrheit gleichwohl die Rechtsmittelklarheit für gefährdet hält, so kann sie sich nur auf mögliche Schwierigkeiten der Rechtsanwendung beziehen. Damit allerdings droht, dass das genannte Postulat jegliche Kontur verliert. Dieser grundsätzlichen Frage ist indes nicht weiter nachzugehen, weil das Postulat der Rechtsmittelklarheit auch in dem von der Senatsmehrheit verwendeten weiten Sinne nicht verletzt wird.
259
Die Prämisse des Senats, dass ein und dieselbe Norm nicht verschiedenen, von ihrem Rang abhängigen Verwerfungskompetenzen unterliegen kann, trifft zwar zu, führt aber nicht weiter. Gegenstand der inzidenten Normenkontrolle ist nicht die normtechnische Einheit, also der gesamte Verordnungstext, sondern die konkret erhebliche Regelung. Deren Rang lässt sich, wie dargelegt, den Verkündungsblättern entnehmen und, wenn

nötig, durch Auslegung ermitteln. Handelt es sich um Verordnungsrecht, hat der Richter zu prüfen, ob die für ungültig gehaltenen Bestimmungen sachlich untrennbar mit Normen im Gesetzesrang verbunden sind. Ist dies der Fall, ist für den gesamten Regelungskomplex das Verfahren nach Art. 100 I GG durchzuführen. Gleiches gilt, wenn Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen zwar nicht untrennbar verbunden sind, gegen sie aber ein gemeinsamer Angriffspunkt vorgetragen wird, der eine einheitliche Überprüfung gebietet; dies wird der Fall sein, wenn die Ermächtigungsgrundlage mit dem Ziel einer bestimmten Änderung der Rechtsverordnung geändert wird (unten 3.b). Ein etwaiges Problem liegt also nicht im Nebeneinander von Bestimmungen unterschiedlichen Rangs in einem Textkörper, sondern in der allgemeinen Frage des notwendigen (sachlichen) Zusammenhangs bzw. der Teilbarkeit von Regelungen, zu deren Beantwortung auf reichlich vorhandene Judikatur zurückgegriffen werden kann (vgl. zum Ganzen BVerfGE 75, 166 <176 f.>; 87, 114 <134 f.>). Aus diesem Grunde gehen auch die von der Senatsmehrheit im Hinblick auf Art. 3 I GG geäußerten Bedenken fehl.

260

Die von der Senatsmehrheit gefundene Lösung trägt zudem zur Rechtssicherheit praktisch nicht bei, eher ist das Gegenteil zu erwarten.

261

Die Senatsmehrheit geht davon aus, dass das Parlament bestehende Rechtsverordnungen „wegen des sachlichen Zusammenhangs eines Reformvorhabens" ändert. In einem solchen Fall kommt indes die isolierte Verwerfung des Verordnungsrechts durch die Fachgerichte, soll das „Reformvorhaben" nicht zum Torso werden, regelmäßig nicht in Betracht, denn der Gesetzgeber schnürt in den fraglichen Fällen (etwa bei der Umsetzung von EU-Richtlinien) häufig ein Gesamtpaket, das - jedenfalls nach seiner Vorstellung - sachlich untrennbar ist (vgl. zur Gesamtnichtigkeit, wenn Vorschriften im Rahmen einer Gesamtregelung untrennbar miteinander verbunden sind: BVerfGE 8, 274 <301>; 26, 246 <258>; 48, 127 <177>; 61, 149 <206 f.>). Ungeachtet des Rangs des geänderten Verordnungsrechts wird die vom Senat erstrebte einheitliche Verwerfungskompetenz in Bezug auf die Rechtsverordnung mithin in vielen Fällen nicht erreicht.

262

Überdies können Gerichte nicht nur die Gültigkeit von Normen, sondern auch ihre Trennbarkeit von einem Regelungskomplex unterschiedlich beurteilen. Handelte es sich bei den durch Gesetz geänderten Verordnungsbestimmungen um Gesetze, blieben divergierende Auffassungen in dieser Frage ohne Belang, da in jedem Fall die Entscheidung des BVerfG nach Art. 100 I GG einzuholen ist. Die Vorlage eines Gerichts nach Art. 100 I GG eröffnet zudem anderen Rechtsanwendern die Möglichkeit zu verfahrensökonomischer, die Entscheidung im Einzelfall offen haltender Vorgehensweise. Nach dem Konzept der Senatsmehrheit ist dies anders. Die dadurch ermöglichte Verwerfung von Verordnungsteilen des „Reformvorhabens" durch Fachgerichte hat - ungeachtet der grundsätzlich auf die Parteien beschränkten Reichweite gerichtlicher Entscheidungen - höheres Gewicht als eine Vorlage nach Art. 100 I GG. Die Fachgerichte treffen abschließende Sachentscheidungen und haben insbesondere keine Alternativen zur inzidenten Nichtigerklärung der Norm, wie sie dem BVerfG - etwa in Gestalt der Unvereinbarerklärung - zur Verfügung stehen. Der entstehenden Rechtsunsicherheit, die bereits durch eine bloß temporäre Rechtszersplitterung eintritt, könnte zwar mit dem Instrument des Normbestätigungsverfahrens (Art. 93 I Nr. 2 GG, § 76 I Nr. 2 BVerfGG) begegnet werden. Indes ist nicht zu erkennen, weshalb dieser - wohl voraussetzungsbedingt nur selten benutzte - Weg zu einer verfassungsgerichtlichen

Klärung der prinzipiellen Eröffnung der konkreten Normenkontrolle vorzuziehen sein sollte.
263
3. Die Senatsmehrheit setzt an die Stelle des von ihr für rechtsstaatswidrig erachteten allein quantitativen Mischgebildes - Nebeneinander von Gesetzes- und Verordnungsrecht in einem Textkörper - ein qualitatives Mischgebilde, nämlich einen im Gesetzgebungsverfahren unter zusätzlicher Beachtung des Art. 80 I Satz 2 GG zustande gekommenen Rechtssatz, der in seinen Wirkungen als Rechtsverordnung behandelt wird. Ob diese Neuschöpfung zur Rechtsklarheit, die auf eine konsistente und verständliche Rechtsquellenlehre angewiesen ist, beiträgt, muss bezweifelt werden. Dies kann indes auf sich beruhen, weil bereits die vom Senat formulierten Voraussetzungen für den Erlass von parlamentarisch verabschiedetem Verordnungsrecht gegen seine Konstruktion sprechen.
264
a) Die Voraussetzung, es müsse sich um eine Anpassung im Rahmen einer Änderung eines Sachbereichs handeln, so dass die Änderung einer Verordnung durch den parlamentarischen Gesetzgeber unabhängig von sonstigen gesetzgeberischen Maßnahmen unzulässig sei, mag wenig anspruchsvoll sein. Sie birgt angesichts der Vielgestaltigkeit der Aufgaben der Normgebung gleichwohl beachtliches Konfliktpotential und ist der Rechtssicherheit abträglich. Die bereits anderweit zu beobachtende und zu missbilligende Tendenz, die Kompetenzen des Gesetzgebers anhand materieller Kriterien zu begrenzen (vgl. BVerfGE 111, 226 <274, 278 f. - abw. M.>), setzt sich hier fort.
265
b) Die Bindung des Gesetzgebers an Inhalt, Zweck und Ausmaß der gesetzlichen Verordnungsermächtigung (Art. 80 I Satz 2 GG) begründet die Senatsmehrheit ausschließlich mit der Notwendigkeit, den Gerichten einen einheitlichen Prüfungsmaßstab für die Kontrolle der geänderten Rechtsverordnung zur Verfügung zu stellen. Sinn und Zweck des Art. 80 I Satz 2 GG bleiben - anders als bei Art. 80 II GG - außer Betracht. Die Erwägung, der Gesetzgeber habe sich, indem er auf Verordnungsebene agiere, seiner originären Gestaltungsfreiheit begeben, kann nicht überzeugen. Diese besteht selbstverständlich fort, und die Ansicht der Senatsmehrheit zwingt dem Gesetzgeber lediglich formalistischen Leerlauf auf. Besteht beim Gesetzgeber Unsicherheit, ob eine beabsichtigte Verordnungsänderung von der bestehenden Ermächtigung gedeckt ist, hat er diese nunmehr in einem ersten Schritt neu zu fassen und in einem zweiten die Rechtsverordnung entsprechend zu ändern. Vorsichtige Entwurfsverfasser werden diesen Weg nicht selten beschreiten, auch um für den Fall inzidenter Normenkontrollen die Weichen in Richtung auf eine Vorlage nach Art. 100 I GG zu stellen. Will der Gesetzgeber eine Verordnungsbestimmung über die bisherige Ermächtigung hinaus in einem Punkt so regeln, dass der Verordnungsgeber diesen nicht rückgängig machen kann, hat er zusätzlich zu den genannten zwei Maßnahmen noch zu bestimmen, dass die - ausschließlich an ihn selbst gerichtete - Ermächtigung mit ihrer Wahrnehmung endet. Ein rechtsstaatlicher Gewinn - auch für die gerichtliche Normenkontrolle - im Vergleich zu einem schlichten, die Ermächtigungsgrundlage unverändert lassenden Gesetzesbefehl ist nicht zu erkennen. Insgesamt trägt der Senat dazu bei, dass das Recht noch unübersichtlicher wird.
266
Dass der Senat den Gesetzgeber nicht auch dem Zitiergebot (Art. 80 I Satz 3 GG) unterworfen hat, ist inkonsequent.
267
4. Wir stimmen der Entscheidung auch insoweit nicht zu, als die Änderung der

Bundespflegesatzverordnung durch Art. 4 BSSichG vorbehaltlos an den vom Senat neu entwickelten Maßstäben gemessen wird. Aus Gründen der Rechtssicherheit kann die Nichtbeachtung der nunmehr aufgestellten Anforderungen an die Änderung von Rechtsverordnungen durch den Gesetzgeber nur bei Gesetzen zur Nichtigkeit führen, die nach dem Zeitpunkt dieser Entscheidung beschlossen werden (vgl. Urteil des Ersten Senats des BVerfG vom 27. 7. 2005 - 1 BvR 668/04 - NJW 2005, S. 2603 <2604 f.>).
268
Osterloh
Gerhardt

Zitiervorschlag:
BVerfG Beschl. v. 13.9.2005 – 2 BvF 2/03, BeckRS 2005, 30765

BeckRS 2005, 43875

SG Duisburg (9. Kammer), Urteil vom 10.06.2005 - S 9 KN 8/05 KR

Titel:
Sozialrecht, Anspruch, Sterbegeld, Krankenversicherung, Leistung, Ausnahme
Normenketten:
SGB V § 11 Abs. 1, § 21 Abs. 1 Nr. 5, § 55, § 58 Abs. 1 S. 2, Abs. 3, § 59
GMG Art. 1 Nr. 36, Art. 37 Abs. 8
Rechtsgebiet:
Sozialrecht
Schlagworte:
Sozialrecht, Anspruch, Sterbegeld, Krankenversicherung, Leistung, Ausnahme
nachfolgend:
BSG, Urteil vom 13.06.2006 - B 8 KN 1/05 KR R (rechtskräftig)
ECLI:
ECLI:DE:SGDU:2005:0610.S9KN8.05KR.00
Rechtskraft:
nicht rechtskräftig

Tenor:

Die Klage wird abgewiesen. Kosten sind nicht zu erstatten.

Tatbestand:

1 Die Beteiligten streiten über einen Anspruch auf Sterbegeld beim Tod eines gesetzlich Krankenversicherten nach dem 31.12.2003.

2 Der Kl. ist der Sohn der am 07.02.2004 verstorbenen Versicherten der Bekl., Frau M.

3 Mit Schreiben vom 08.08.2004 beantragte er die Auszahlung des Sterbegeldes aus der Versicherung seiner Mutter.

4 Mit Bescheid vom 01.09.2004 lehnte die Bekl. die Zahlung von Sterbegeld wegen fehlender gesetzlicher Vorschriften ab. Zur Begründung führte sie aus: Der bisher im Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenversicherung enthaltene Anspruch auf Sterbegeld sei bereits durch das Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Modernisierungsgesetz - GMG -) vom 14.11.2003 mit Wirkung zum 01.01.2004 entfallen. Das GMG sei durch Artikel 37 I GMG zum

01.01.2004 in Kraft gesetzt worden. Artikel 37 Abs. 8 GMG nehme davon die bei Artikel 1 in Nr. 36 einzeln genannten Paragrafen aus und lasse nur diese zum 01.01.2005 in Kraft treten. Artikel 1 Nr. 36 GMG sei aber ansonsten zum 01.01.2004 in Kraft getreten. Durch die Neufassung des gesamten Siebten Abschnitts des Dritten Kapitels des Sozialgesetzbuches Fünftes Buch - SGB V - zum 01.01.2004, der bislang die Sterbegeldregelungen enthalten habe, sie die bisherige Fassung indirekt aufgehoben worden. Einer ausdrücklichen Aufhebung der §§ 58, 59 SGB V alter Fassung - a.F. - habe es daher nicht bedurft. Im übrigen sei ergänzend darauf hinzuweisen, dass sich der Wegfall des Sterbegeldes zum 01.01.2004 auch aus der zeitgleichen Streichung des § 11 I Satz 2 SGB V, des § 21 I Nr. 5 des Sozialgesetzbuches Erstes Buch - SGB I - sowie aus der amtlichen Gesetzesbegründung und dem vom Gesetzgeber geschätzten Einsparvolumen für die gesetzliche Krankenversicherung (vgl. hierzu: Bundestagsdrucksache 15/1525) ergebe.

5 Hiergegen erhob der Kl. durch seinen Prozessbevollmächtigten am 30.09.2004 bei der Bekl. Widerspruch und machte geltend: Die dargelegte Rechtsauffassung sei nicht zutreffend; der Anspruch auf Sterbegeld bestehe trotz der Gesetzesänderungen bis zum 1.12.2004 fort. Die §§ 58, 59 SGB V a.F. seien zwar durch das GMG durch neue Vorschriften ersetzt worden, von diesen sei aber nur § 58 Abs. 3 SGB V zum 01.01.2004 in Kraft getreten, während die übrigen Regelungen in den §§ 58, 59 SGB V erst zum 01.01.2005 in Kraft träten. Die alten Fassungen der §§ 58, 59 SGB V seien indessen nicht zum 01.01.2004 aufgehoben worden. Selbst wenn man es für ausreichend erachte, dass eine alte Vorschrift ohne ausdrückliche Außerkraftsetzung durch eine neue ersetzt werden könne, so setze dies immer noch voraus, dass die Neuregelung ihrerseits bereits wirksam in Kraft getreten sei. Ein gegenteiligter Wille des Gesetzgebers müsse hingegen zumindest ansatzweise im Wortlaut der betreffenden Vorschrift zum Ausdruck gekommen sein, um sie entsprechend auszulegen. Dies sei vorliegend jedoch eindeutig nicht der Fall.

6 Mit Widerspruchsbescheid vom 20.12.2005 wies die Bekl. den Widerspruch unter Darstellung der insoweit einschlägigen gesetzlichen Vorschriften zurück. In den Gründen führte sie aus: Bis zum 31.12.2003 sei der Anspruch auf Sterbegeld aus der gesetzlichen Krankenversicherung im Dritten Kapitel, Siebter Abschnitt des SGB V geregelt gewesen. Der Siebte Abschnitt habe den Untertitel Sterbegeld getragen. Da nach dem Willen des Gesetzgebers, so wie er aus der Gesetzesbegründung hervorgehe, für nach dem 01.01.2004 eintretende Todesfälle ein Sterbegeld nicht mehr gezahlt werden sollte, habe er durch das GKV-Modernisierungsgesetz die bis zum 31.12.2003 bestehende Rechtsgrundlage dadurch aufgehoben, indem der Siebte Abschnitt den Untertitel „Zahnersatz" erhalten habe. Hierdurch sei gleichzeitig die Außerkraftsetzung des Siebten Abschnitts mit dem Untertitel „Sterbegeld" endgültig bewirkt worden. Der Siebte Abschnitt umfasse nunmehr die §§ 55 bis 59 (bis zum 31.12.2003 die §§ 58 und 59). Nach Artikel 37 I GKV-Modernisierungsgesetz sei dieses Gesetz am 01.01.2004 in Kraft getreten. In Absatz 8 dieser Vorschrift sei zwar geregelt, dass die §§ 55, 58 I Satz 2 und 4 sowie 59 SGB V erst am 01.01.2005 in Kraft treten sollen, jedoch beziehe sich diese Ausnahmeregelung hinsichtlich des generellen Inkrafttretens zum 01.01.2004 nur auf den Siebten Abschnitt mit dem Untertitel „Zahnersatz". Auf den Siebten Abschnitt mit dem Untertitel „Sterbegeldanspruch" könne sie sich nicht beziehen,

weil dieser zum 01.01.2004 komplett weggefallen sei. Die Richtigkeit dieses Gesetzesauslegung werde durch § 11 I SGB V und § 21 I Nr. 5 SGB I belegt. Diese Vorschriften enthielten eine Aufzählung der Leistungen aus der gesetzlichen Krankenversicherung. Der Anspruch auf Sterbegeld sei demzufolge durch das GKV-Modernisierungsgesetz ab dem 01.01.2004 gestrichen worden. Diese Rechtsfolge ergebe sich aus dem Regelungszusammenhang, wie er dem zuvor genannten Gesetz zu entnehmen sei.

7 Der Kl. hat am 02.02.2005 durch seinen Prozessbevollmächtigten Klage erhoben, mit der er sein Begehren auf Auszahlung von Sterbegeld weiter verfolgt. Er wiederholt sein bisheriges Vorbringen und trägt ergänzend vor: Die bisherigen Vorschriften der §§ 58, 59 SGB V seien zwar durch Bestimmungen über den Zahnersatz ersetzt worden; aus dem Wortlaut des Art. 37 Abs. 8 GMG ergebe sich aber, dass die §§ 55, 58 Abs. 1, 2 und 4 sowie § 59 SGB V erst zum 01.01.2005 rechtliche Wirksamkeit entfalteten. Soweit die Bekl. davon ausgehe, dass die §§ 58, 59 SGB V durch die Neufassung des gesamten Siebten Abschnitts des Dritten Kapitels des SGB V zum 01.01.2004 indirekt aufgehoben worden seien, und dass der Wille des Geetzgebers, das Sterbegeld bereits in 2004 zu streichen, in der amtlichen Gesetzesbegründung enthalten sei, so sei diese Argumentation weder stichhaltig noch nachvollziehbar. Grundlage und Ausgangspunkt einer Gesetzesauslegung sei immer dessen Wortlaut, der zugleich den Rahmen für die Auslegung bilde. Dabei müsse der Wille des Gesetzgebers - wenn auch unvollkommen - in Worten zum Ausdruck gekommen sein; er müsse im Gesetzeswortlaut objektiviert sein. Dies bedeute also, dass überhaupt eine gültige Regelung vorliegen müsse, deren Wortlaut Zweifel hinsichtlich des Gesetzesinhalts aufkommen lasse. Vorliegend kämen Bedenken hinsichtlich des Wortlauts aber gar nicht auf. Der in der betreffenden Vorschrift genannte Zeitpunkt 01.01.2004 sei eindeutig und unter dem Begriff „Inkrafttreten" sei zweifellos die Bestimmung des zeitlichen Geltungsbereich eines Gesetzes zu verstehen. Auch auf einen evtl. entgegenstehenden Willen des Gesetzgebers könne hier nicht abgestellt werden, da letztlich der Inhalt des Gesetzes maßgeblich sei, nicht jedoch Äußerungen des Gesetzgebers außerhalb des Gesetzes. Diese seien nur heranzuziehen, wenn es um die Auslegung eines in seinem Wortlaut unzureichend formulierten Gesetzes gehe. Der Entstehungsgeschichte einer Vorschrift komme nur insoweit Bedeutung zu, als durch sie Zweifel behoben werden können, die anders - dh durch eine grammatische, teleologische und systematische Auslegung - nicht auszuräumen seien.

8 Schließlich könne auch nicht dahingehend argumentiert werden, dass die neuen Regelungen den bisherigen entgegenständen. Die noch nicht geltenden Regelungen könnten von vornherein nicht mit den noch geltenden kollidieren. Auch seien nach der jetzigen Gesetzeslage keine sich widersprechenden Normbefehle entstanden, die eine Lösung solch einer widersprüchlichen Situation erfordern würden. Abgesehen davon, dass die Neuregelung noch nicht in Kraft getreten sei und deshalb von vornherein keine Kollision entstehen könne, könnten die Normbefehle der „alten" und „neuen" §§ 58, 59 SGB V auch problemlos nebeneinander befolgt werden, weil sie gänzlich andere Sachverhalte beträfen. (so: Schnapp in SGB 2004, Seite 451) Da nach dem eindeutigen Wortlaut die Vorschriften über das Sterbegeld nicht zum 01.01.2004 außer Kraft getreten seien und deshalb fortbeständen, habe der Kl. einen Anspruch gegenüber der Bekl. auf Zahlung des beantragten

Sterbegeldes.

9 Der Kl. beantragt,
die Bekl. unter Aufhebung des Bescheides vom 01.09.2004 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 20.12.2004 zu verurteilen, an ihn Sterbegeld in Höhe von 525,00 Euro zu zahlen.

10 Die Bekl. beantragt,
die Klage abzuweisen.

11 Die Bekl. verbleibt bei ihrer in dem angefochtenen Bescheid dargelegten Rechtsauffassung.

12 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte sowie den Verwaltungsvorgang der Bekl., die sämtlich vorgelegen haben und Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind, Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

13 Die zulässige Klage ist unbegründet, denn dem Kl. steht kein Anspruch auf Gewährung von Sterbegeld aus der Versicherung der im Februar 2004 verstorbenen Versicherten gem §§ 58, 59 SGB V in der bis zum 31.12.2003 geltenden Fassung zu.

14 Seit dem Inkrafttreten am 01.01.1989 enthielt das SGB V im Siebten Abschnitt des Dritten Kapitels unter der Überschrift „Sterbegeld" zwei Vorschriften über die Voraussetzungen und die Höhe des Anspruchs auf Sterbegeld. Danach erhielt beim Tod eines Versicherten derjenige, der die Beerdigungskosten trägt einen Zuschuss zu den Bestattungskosten (Sterbegeld), wenn der Verstorbene am 01.01.1989 versichert war, § 58 SGB V a.F. Das Sterbegeld betrug beim Tod eines Mitglieds zuletzt 525,00 Euro § 59 SGB V a.F. Bis zum 31.12.2003 war das Sterbegeld zudem in § 11 Abs. 1 S. 2 SGB V und § 21 Abs. 1 Nr. 5 SGB I als Leistung der gesetzlichen Krankenversicherung ausdrücklich benannt. Diese Vorschriften sind unstreitig mit Wirkung zum 01.01.2004 entfallen. Der Gesetzgeber hat mit dem GKV-Modernisierungsgesetz vom 14.11.2003 (BGBl I, S. 2190 ff.) den Siebten Abschnitt des Dritten Kapitels des SGB V neu gefasst.

15 Art. 1 Nr. 36 GMG beginnt mit folgender Regelung: „Im Dritten Kapitel wird der Siebte Abschnitt wie folgt gefasst: Siebter Abschnitt: Zahnersatz" Danach werden die §§ 55 bis 59 aufgeführt, die Regelungen zum Zahnersatz enthalten. Die §§ 55 bis 57 konnten in den siebten Abschnitt mit einbezogen werden, weil diese §§ vorher unbesetzt waren. Zum Inkrafttreten enthält das GMG folgende Regelung in Art. 37 Abs. 1: „Das Gesetz tritt am 01.01.2004 in Kraft, soweit in den folgenden Sätzen nichts Abweichendes bestimmt ist." Eine der Ausnahmen enthält Art. 37 Abs. 8 GMG mit folgender Regelung, die auszugsweise wie folgt lautet: „Art. 1 (…) in Nr. 36 die §§ 55, 58 Abs. 1, 2 und 4 sowie § 59 (…) treten am 01.01.2005 in Kraft." Aus der Begründung des Gesetzesentwurfs zum GMG (Bundestagsdrucksache 15/1525) geht ua hervor, dass bestimmte Leistungen, wie z. B. das Sterbegeld, in die Eigenverantwortung der Versicherten übertragen wird, zumal es sich nicht um eine fürsorgeähnliche Leistung handele, die unterhaltsberechtigten Hinterbliebenen die Umstellung auf die neuen Lebensverhältnisse erleichtern solle. Versicherte könnten in der Regel selbst Vorsorge für die Bestattung treffen Der Bestattungskostenzuschuss sei dem Grunde nach eine versicherungsfremde Leistung, da er nach dem Tode dessen, von dem er abgeleitet werde, an einen Dritten gezahlt werde. Da das Sterbegeld nach bislang

geltendem Recht nur gezahlt werde, wenn der Verstorbene am, 01.01.1989 versichert war, handele es sich um eine auslaufende Leistung. Die Hinterbliebenen aller, die nach diesem Zeitpunkt in der gesetzlichen Krankenversicherung versichert worden sind, könnten bereits nach geltendem Recht einen solchen Zuschuss nicht mehr erhalten, obwohl dies keine Auswirkungen auf die Höhe der Beitragszahlungen habe. Die Streichung des Sterbegeldes für Mitglieder und Familienversicherte sei als Solidarbeitrag zur Stabilisierung der finanziellen Situation der gesetzlichen Krankenversicherung erforderlich. Durch die Neufassung des kompletten Siebten Abschnitts durch das GMG wurde die a.F. des Siebten Abschnitts vollständig gestrichen und teilweise mit Wirkung bereits ab dem 01.01.2004 und im übrigen zum 01.01.2005 vollständig neu gefasst. In diesem Zusammenhang kommt dem Wortlaut des Art. 1 Nr. 36 GMG, der die Formulierung „fassen" enthält, entscheidende Bedeutung zu. Ob man diese in der Weise auslegen kann, dass die nachfolgenden §§ erst ab deren Inkrafttreten die bisher geltenden Regelungen ersetzen sollen, hält die Kammer für zweifelhaft. Vielmehr ist der mit dieser Formulierung verbundene Änderungsbefehl nach seinem Wortlaut so zu verstehen, dass die alten Regelungen komplett bereits zum generellen Inkrafttreten des Änderungsgesetzes abgeschafft werden und die neuen an ihre Stelle treten, sobald sie nach den speziellen Vorschriften in Kraft treten. Insoweit enthält das Verb „fassen" seiner Wortbedeutung nach neben dem Element des Neuschaffens auch ein Element des Abschaffens. Im übrigen benutzt der Gesetzgeber den Änderungsbefehl „fassen" stets in der Weise, dass damit auch die alten Regelungen abgeschafft werden. Im „Handbuch der Rechtsförmlichkeit", herausgegeben vom Bundesministerium der Justiz, 2. Auflage 1999, wird bei Randziffern 627 ff. betont, dass der Änderungsbefehl „wird/werden wie folgt gefasst" den Wortlaut einer Gliederungseinheit ganz gegen einen neuen Wortlaut austausche. Es sei dann in der Regel überflüssig, den bisherigen Text ausdrücklich aufzuheben, weil der neugefasste Wortlaut an die Stelle des bisherigen Wortlauts trete. Dieses Handbuch hat zwar keine Gesetzeskraft; § 42 Abs. 4 der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien bestimmt aber, dass für die rechtsförmliche Gestaltung von Gesetzesentwürfen das Handbuch der Rechtsförmlichkeit gilt.

16 Durch die Neufassung, dh die vollständige Ersetzung eines Abschnitts, werden mithin die darin zuvor enthaltenen Regelungen automatisch aufgehoben, ohne dass es einer zusätzlichen ausdrücklichen Aufhebung dieser Regelung bedarf. Diese am Sinn und Zweck orientierte Auslegung des GMG bestätigt dieses Ergebnis. Demzufolge wollte der Gesetzgeber die Regelung hinsichtlich des Sterbegeldes abschaffen, wie sich zum einen aus der Begründung des Gesetzentwurfes zum GMG ergibt und zum anderen aus der ausdrücklichen Streichung der §§ 11 Abs. 1 S. 2 SGB V und 21 Abs. 1 Nr. 5 SGB I folgt. Der Gesetzgeber hat durch die Neufassung des Siebten Abschnitts und die ergänzende Aufhebung der vorgenannten Regelungen eindeutig und ausreichend bestimmt, die Vorschriften über die Gewährung von Sterbegeld mit Wirkung zum 01.01.2004 aufzuheben. Ein Auseinanderfallen zwischen dem inneren und dem tatsächlich geäußerten gesetzgeberischen Willen besteht insoweit nicht. Für eine ergänzende Auslegung der streitigen Regelungen besteht daher aus Sicht des Gerichts kein Raum. Zwar findet sich gesetzestechnisch keine ausdrückliche Regelung des Inhalts, dass die §§ 58, 59 SGB V zum 01.01.2004 aufgehoben und durch Regelungen, die den

Zahnersatz betreffen, ersetzt werden. Jedoch ist durch die begriffliche Verwendung des Änderungsbefehls „fassen" in Art. 1 Nr. 36 GMG sowie die inhaltliche Neufassung und die Neuformulierung ua der §§ 58, 59 SGB V in der ab dem 01.01.2004 geltenden Fassung in ausreichender Form klargestellt, dass die bisherigen Regelungen in den §§ 58 und 59 SGB V nicht mehr weiter gelten, sondern abgeschafft werden.

17 Diese Änderung trat auch bereits zum 01.01.2004 und nicht erst zum 01.01.2005 in Kraft. Wie bereits dargelegt ergibt sich aus dem Umstand, dass die §§ 58, 59 SGB V a.F. nicht gesondert aufgehoben wurden, nicht, dass auch das Sterbegeld erst zum 01.01.2005 abgeschafft werden sollte. Der von der Klägerseite vertretenen Auffassung, die § 58,59 SGB V in der bis zum 31.12.2003 geltenden Fassung gälten bis zum 31.12.2004 fort, vermag die Kammer nicht zu folgen, denn sie führte zu widersinnigen Ergebnissen, wenn die Regelungen zum Sterbegeld neben den Regelungen zum Zahnersatz, die ab dem 01.01.2004 in Kraft getreten sind, bestehen blieben. In dem bereits seit dem 01.01.2004 mit „Zahnersatz" über schriebenen Siebten Abschnitt des Dritten Kapitels des SGB V befänden sich dann nach dieser Auffassung die Regelungen der § 56, 57, 58 Abs. 3 SGB V über den Zahnersatz, gleichzeitig in § 58 ohne Angabe eines Absatzes und in § 59 SGB V Vorschriften über die Gewährung von Sterbegeld. Der Gesetzestext enthielte dann unter der Überschrift „Zahnersatz" in verschiedenen Absätzen Regelungen zum Sterbegeld und hätte damit einen der gesetzlichen Systematik gänzlich widersprechenden Wortlaut. Davon, dass der Gesetzgeber eine solche Regelung hat fortbestehen lassen wollen, kann vernünftigerweise nicht ausgegangen werden. Der gegenteiligen, von Schnapp vertretenen und von den Medien aufgegriffenen Rechtsansicht (vgl. hierzu: SGB 2004, Seite 451 ff.), der Wille des Gesetzgebers, das Sterbegeld abzuschaffen habe im GMG keinen Ausdruck gefunden und sei daher unbeachtlich, vermag das Gericht aus den vorstehenden Erwägungen nicht zu folgen. Nach Auffassung des Gerichts ist der Wille des Gesetzgebers, die Leistung Sterbegeld mit Wirkung zum 01.01.2004 aufzuheben, durch das GMG wirksam umgesetzt worden mit der Folge, dass das Sterbegeld zum 01.01.2004 abgeschafft worden ist. Ein Anspruch auf Sterbegeld lässt sich auch nicht daraus ableiten, dass diejenigen Vorschriften zum Zahnersatz, die ursprünglich zum 01.01.2005 in Kraft treten sollten, zwischenzeitlich gestrichen worden sind, so dass die Paragrafenziffern 58 und 59 des SGB V nunmehr unbesetzt sind. Auch unter Berücksichtigung dieser gesetzgeberischen Entscheidung folgt kein Wiederaufleben des Anspruchs auf Sterbegeld.

18 Die Streichung des Anspruchs auf Sterbegeld verstößt auch nicht gegen Verfassungsrecht. Weder unterliegt der Anspruch auf Sterbegeld der Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 des Grundgesetzes - GG - (vgl. hierzu: BVerfG -BverfG - Beschluss vom 22.12.1992, Az: 1 GMG 1582/91) noch sind Rechtsstaats- oder Sozialstaatsprinzip verletzt. Zwar unterfallen auch sozialversicherungsrechtliche Ansprüche und Anwartschaften dem Eigentumsschutz des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG. Die konkrete Reichweite der Bestandsgarantie des Eigentums ergibt sich aus der Bestimmung von dessen Inhalt und Schranken. Diese zu konkretisieren ist nach Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG Aufgabe des Gesetzgebers. Dieser kann grundsätzlich auch sozialversicherungsrechtliche Ansprüche beschränken und umgestalten oder die Anspruchsvoraussetzungen für den Bezug solcher Leistungen erschweren, wobei ihm eine beträchtliche Gestaltungsfreiheit

eingeräumt wird. Überdies ist in sozialversicherungsrechtlichen Positionen von vornherein in gewissen Grenzen die Möglichkeit von Änderungen angelegt. Eine Unabänderlichkeit widerspräche insbesondere dem Versicherungsverhältnis in der gesetzlichen Krankenversicherung, das im Unterschied zum Privatversicherungsverhältnis nicht auf dem reinen Versicherungsprinzip, sondern wesentlich auf dem Gedanken der Solidarität und des sozialen Ausgleichs beruht. Insoweit schließt sich das Gericht den Ausführungen des BSG in seinen Entscheidungen zur Kürzung des Sterbegeldes vom 25.06.1991 (Az: 1 /3 RK 21/90) und vom 07.08.1991 (Az: 1 RK 12/91) an. Die Darlegungen des BSG zur Frage der Zulässigkeit einer erheblichen Reduzierung des Sterbegeldes tragen auch die vorliegende Streichung des Sterbegelds im Hinblick auf den damit verbundenen Einspareffekt. Ein Verstoß gegen das Sozialstaatsprinzip ist ebenfalls nicht ersichtlich. Das Sozialstaatsprinzip enthält primär nur einen Gestaltungsauftrag an den Gesetzgeber; es beinhaltet infolge seiner Weite und Unbestimmtheit regelmäßig keine unmittelbaren Handlungsanweisungen, die durch die Gerichte ohne gesetzliche Grundlage in einfaches Recht umgesetzt werden könnten. Insoweit ist es richterlicher Inhaltsbestimmung weitaus weniger zugänglich als die Grundrechte. Aus diesem Verfassungsgrundsatz können iVm Art. 3 GG unmittelbare Rechtsansprüche nur hergeleitet werden, wenn das Existenzminimum nicht mehr gewährleistet ist (vgl. hierzu: Entscheidungen des BverfG Bd. 1, 97, 107; 8, 274, 329).

19 Selbst für den Fall, dass eine Bildung von Rücklagen für die Beerdigungskosten nicht möglich sein sollte, wird dieses Bedürfnis, wenn andere Versicherungen nicht vorhanden oder nicht durchführbar sind, jedenfalls durch die Leistungen nach dem Bundessozialhilfegesetz sichergestellt. Schließlich verstößt die Streichung des Sterbegeldes auch nicht gegen Art. 2 Abs. 1 GG iVm dem rechtsstaatlichen Grundsatz des Vertrauensschutzes in Art. 20 Abs. 3 GG.

20 Die Kürzung oder Streichung bisher vorgesehener Leistungen betrifft zwar einerseits das Vertrauen auf den Fortbestand des Leistungsumfanges in der gesetzlichen Krankenversicherung. Andererseits ist der Gesetzgeber aber nicht gehindert, auch im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung aus Gründen des Allgemeinwohls neue Regelungen zu treffen, die sich wechselnden Erfordernissen anpassen. Dabei hat er gesellschaftspolitischen Veränderungen und damit verbundenen wechselnden Interessenlagen, insbesondere im Hinblick auf die Belastbarkeit der Solidargemeinschaft der Versicherten, Rechnung zu tragen. Der einzelne kann sich demgegenüber nicht mit Erfolg darauf berufen, dass er auf den Fortbestand einer bestimmten gesetzlichen Regelung vertraut hat, wenn dieses Vertrauen unter Berücksichtigung der gesamten Umstände billigerweise eine Rücksichtnahme durch den Gesetzgeber nicht beanspruchen kann. (vgl. hierzu: Entscheidung des BverfG Bd. 69, 272, 310) Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist erst dann verletzt, wenn die gesetzgeberischen Maßnahmen bei Abwägung einerseits ihrer Schwere für den Betroffenen und andererseits der sie rechtfertigenden Gründe die Grenze des Zumutbaren überschreiten. Die Interessenabwägung zwischen dem Ausmaß der den einzelnen treffenden Einbußen und der Bedeutung des gesetzlichen Anliegens für das Wohl der Allgemeinheit fällt hier zugunsten der Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Neuregelung aus. Zwar ist das Vertrauen, insbesondere der älteren Mitglieder der gesetzlichen Krankenversicherung auf den Fortbestand einer günstigen Rechtslage in der Regel

hoch einzuschätzen. Nach Auffassung der Kammer kann aber nicht außer Acht gelassen werden, dass die Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung notwendig war, weil der Anstieg der Ausgaben der gesetzlichen Krankenversicherung mit seinen gesundheits-, sozial- und beschäftigungspolitischen Konsequenzen in zunehmendem Maße zu einer erheblichen Belastung dieses sozialen Sicherungssystems sowie der Arbeitnehmer und Betriebe führte. Der medizinische Fortschritt und die zunehmende Zahl älterer Menschen führen zu einem Ausgabenanstieg, hinter dem die Entwicklung der Einnahmen zurückbleibt. Diese Finanzierungslücke kann nicht durch weitere Beitragssatzsteigerungen finanziert werden, da dies die Arbeitskosten erhöht und zu einer steigenden Arbeitslosigkeit beiträgt. (vgl. hierzu: Bundestagsdrucksache 15/1525 Seite 71) Die Aufrechterhaltung der Finanzierbarkeit der gesetzlichen Krankenversicherung, über die der größte Teil der Bevölkerung seine Absicherung für den Krankheitsfall erfährt und die Stabilisierung der Beiträge liegen in hohem Maße im Gemeinwohlinteresse. Es ist daher als verfassungsgemäß anzusehen, wenn der Gesetzgeber durch das GMG ein Bündel von Maßnahmen vorgesehen hat, um zu einer Kostendämmung im gesetzlichen Gesundheitssystem zu gelangen. Die Einzelinteressen der Kl. an der Auszahlung eines Zuschusses zu den Beerdigungskosten müssen demgegenüber zurücktreten. Die Kammer kann insoweit offen lassen, ob angesichts des gesamten geplanten Einsparvolumens von 9,.8 Mrd. Euro für das Jahr 2004 die Streichung des Sterbegeldes mit einer geschätzten Entlastung für 2004 für 0,4 Mrd Euro erhebliche Bedeutung hat. Denn es kommt dabei nicht auf die Auswirkungen einer Gesetzesänderung im Hinblick auf eine Einzelleistung an, sondern auf den Einspareffekt, der durch die Gesamtheit der vom Gesetzgeber beschlossenen Maßnahmen erzielt werden soll. Hierzu gehört auch die Einsparung durch die Streichung des Sterbegeldes. Darüber, ob die Streichung des Sterbegeldes dem Ziel der Entlastung der Krankenversicherung zu dienen, geeignet ist, hat das Gericht nicht zu befinden, denn insoweit ist dem Gesetzgeber ein weiter Gestaltungsspielraum zuzubilligen. Es ist nicht erkennbar, dass der Gesetzgeber diesen weiten Gestaltungsspielraum überschritten hätte, zumal die Streichung des Sterbegeldes keine Einzelmaßnahme zulasten eines bestimmten Teils der Versichertengemeinschaft darstellt, sondern nur Teil eines Gesamtpaketes ist, um die Finanzlage bzw. die Funktionsfähigkeit der gesetzlichen Krankenversicherung nachhaltig zu stabilisieren. Wie aus den vorstehend zitierten Entscheidungen hervorgeht, hat das BverfG diesen Gesichtspunkt schon mehrfach zur Rechtfertigung von Eingriffen in Vertrauenstatbestände Sinne der unechten Rückwirkung bei Gesetzesänderungen herangezogen. Dem schließt sich die Kammer für den vorliegenden Fall an. Insbesondere kann es bei der Entscheidung des vorliegenden Falles nicht darum gehen, ob ein anderer Weg zu denselben Einsparungen und zu weniger Belastungen der Versicherten geführt hätte.

2 Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 Abs. 1 SGG.

Zitiervorschlag:

SG Duisburg Urt. v. 10.6.2005 – S 9 KN 8/05 KR, BeckRS 2005, 43875

BeckRS 2005, 41359

SG Koblenz, Urteil vom 22.02.2005 - S 6 KNK 115/04

Titel:

Sterbegeldansprüche, Aufhebung, Widerspruchsverfahren, SGB V,

Zahnersatzleistungen, Gesetzliche Krankenversicherung, Klageabweisung, Anspruchsgrundlage, Bestattungskosten, Gesundheitsreformgesetz, Kostenentscheidung, Rechtsmittelbelehrung, Außergerichtliche Kosten, Beitragssatzsicherungsgesetz, Leistungskatalog, Neufassung von, Fortgeltung, Widerspruchsbescheid, Zahnprothetische Behandlung, Neugefaßte

Normenkette:

SGB 5 i.d.F. GMG vom 14.11.2003 § 58

Rechtsgebiet:

Sozialrecht

Schlagworte:

Anspruchsgrundlage, Aufhebung, Außergerichtliche Kosten, Beitragssatzsicherungsgesetz, Bestattungskosten, Fortgeltung, Gesetzliche Krankenversicherung, Gesundheitsreformgesetz, Klageabweisung, Kostenentscheidung, Leistungskatalog, Neufassung von, Neugefaßte, Rechtsmittelbelehrung, SGB V, Sterbegeldansprüche, Widerspruchsbescheid, Widerspruchsverfahren, Zahnersatzleistungen, Zahnprothetische Behandlung

ECLI:

ECLI:DE:SGKOBLE:2005:0222.S6KNK115.04.0A

Rechtskraft:

nicht rechtskräftig

Hauptschlagwort:
Sachgebiet:
Titel:Kein Anspruch auf Sterbegeld bei Tod eines Versicherten im Jahr 2004
Normenkette: SGB 5 i.d.F. GMG vom 14.11.2003 § 58;
LEITSATZ:
Orientierungssatz
Gericht:SG Koblenz
Entscheidungs-Typ:
Verkündungsdatum: 2005-02-22
Aktenzeichen:S§6§KNK§115-04
Dateiname:SG Koblenz S 6 KNK 115-04 - 1.doc
T E N O R:
1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten.
T A T B E S T A N D:
Die Beteiligten streiten über die Gewährung von Sterbegeld.
Die Kl. ist die Ehefrau des am …… geborenen und am ……. verstorbenen ……., der bis zu seinem Tod bei der Bekl. krankenversichert war.
Am 7.9.2004 beantragte die Kl. unter Vorlage der Rechnung des Bestattungsinstituts die Gewährung von Sterbegeld.
Mit Bescheid vom 8.9.2004 lehnte die Bekl. die Gewährung von Sterbegeld ab, weil der bisher im Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenversicherung enthaltene Anspruch auf Sterbegeld durch das GKV-Modernisierungsgesetz (GMG) mit Wirkung ab dem 1.1.2004 entfallen sei.
Im Widerspruchsverfahren machte die Kl. geltend, der Anspruch auf Sterbegeld sei durch das Gesundheitsmodernisierungsgesetz nicht wirksam gestrichen worden und er bestehe über den 1.1.2004 hinaus fort. Die maßgeblichen §§ 58 und 59 Fünftes Buch

Sozialgesetzbuch (SGB V) seien nicht ausdrücklich aufgehoben worden.
Mit Bescheid vom 16.11.2004 wies die Bekl. den Widerspruch zurück. Zur Begründung führte sie aus, durch das GKV-Modernisierungsgesetz vom 14.11.2003 sei der Anspruch auf Sterbegeld für alle Todesfälle, die ab dem 1.1.2004 eingetreten sind, weggefallen. Bis zum 31.12.2003 sei der Anspruch auf Sterbegeld aus der gesetzlichen Krankenversicherung im 3. Kapitel, und zwar im 7. Abschnitt des Fünften Sozialgesetzbuchs geregelt gewesen. Dieser Abschnitt habe den Untertitel „Sterbegeld" getragen. Da nach dem Willen des Gesetzgebers, wie er ua aus der Gesetzesbegründung hervorgehe, für nach dem 1.1.2004 eintretende Todesfälle ein Sterbegeld nicht mehr gezahlt werden sollte, habe dieser durch das GKV-Modernisierungsgesetz die bis zum 31.12.2003 bestehende Rechtsgrundlage dadurch aufgehoben, indem der 7. Abschnitt den Untertitel „Zahnersatz" erhielt. Nach Artikel 37 Abs 1 des GKV-Modernisierungsgesetzes ist dieses Gesetz am 1.1.2004 in Kraft getreten. In Abs 8 sei zwar geregelt, dass die §§ 55, 58 Abs 1, 2 und 4 sowie § 59 erst am 1.1.2005 in Kraft treten, jedoch beziehe sich diese Ausnahmeregelung von dem generellen Inkrafttreten am 1.1.2004 nur auf den 7. Abschnitt mit dem Untertitel „Zahnersatz". Auf den 7. Abschnitt mit dem Untertitel „Sterbegeld" kann sie sich nicht beziehen, weil dieser zum 31.12.2003 komplett weggefallen ist.
Die Richtigkeit dieser Gesetzesauslegung werde auch durch die §§ 11 Abs 1 SGB V, 21 Abs 1 Nr 5 SGB I belegt. Diese Vorschriften würden eine Aufzählung der Leistungen aus der gesetzlichen Krankenversicherung enthalten, ein Anspruch auf Sterbegeld sei in diesen Bestimmungen aber nicht geregelt.
Am 13.12.2004 ist die Klage bei Gericht eingegangen.
Die Kl. wiederholt ihr Vorbringen, dass durch das Gesundheitsmodernisierungsgesetz der Anspruch auf Sterbegeld nicht wirksam gestrichen worden sei. Die maßgeblichen §§ 58 und 59 SGB V seien nicht ausdrücklich aufgehoben worden. Vielmehr sei dieser Gesetzesabschnitt gem. Artikel 1 Nr 36 Gesundheitsmodernisierungsgesetz neu gefasst und mit zwei neuen Paragraphen überschrieben worden. Deren Regelungen würden jedoch gem. Artikel 37 Abs 8 des Gesundheitsmodernisierungsgesetzes erst zum 1.1.2005 in Kraft treten. Zwar sei gleichfalls durch die schon ab dem 1.1.2004 wirkende Änderung das Sterbegeld in der Aufzählung der Leistungsarten des § 11 SGB V gestrichen worden. Der eigentliche Anspruch auf Sterbegeld resultiere aber aus den §§ 58 und 59 SGB V.
Die Kl. beantragt,
den Bescheid vom 8.9.2004 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 16.11.2004 aufzuheben und die Bekl. zu verurteilen, Sterbegeld nach dem Verstorbenen …….. zu bewilligen.
Die Bekl. beantragt,
die Klage abzuweisen.
Sie verweist auf ihren bisherigen Standpunkt.
Das Gericht hat die Beteiligten hinsichtlich der Erteilung eines Gerichtsbescheides angehört. Bedenken wurden nicht vorgebracht.
Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird Bezug genommen auf den Inhalt der Gerichtsakte sowie den der Verwaltungsakte.
E N T S C H E I D U N G S G R Ü N D E:
Das Gericht entscheidet nach § 105 Abs 1 Sozialgerichtsgesetz (SGG) durch Gerichtsbescheid ohne mündliche Verhandlung, weil die Sache keine besonderen Schwierigkeiten tatsächlicher oder rechtlicher Art aufweist und der Sachverhalt geklärt ist.
Die zulässige Klage ist erfolglos.

Die Kl. hat keinen Anspruch auf Gewährung von Sterbegeld nach ihrem verstorbenen Ehemann ……., weil zum Zeitpunkt des Todes des Versicherten die Bekl. als gesetzliche Krankenkasse nicht mehr zur Zahlung von Sterbegeld verpflichtet war.
Durch das Gesundheitsreformgesetz vom 20.12.1988 (Bundesgesetzblatt I, Seite 2477) war mit Wirkung ab dem 1.1.1989 das SGB V anstelle der bisher einschlägigen krankenversicherungsrechtlichen Regelungen der Reichsversicherungsordnung (RVO) in Kraft gesetzt. Der 7. Abschnitt des 3. Kapitels trug die Überschrift „Sterbegeld". Gemäß § 58 SGB V in der ab dem 1.1.1989 geltenden Fassung wurde beim Tod eines Versicherten ein Zuschuss zu den Bestattungskosten (Sterbegeld) gezahlt, wenn der Verstorbene am 1.1.1989 versichert war. Das Sterbegeld wurde an denjenigen gezahlt, der die Bestattungskosten getragen hatte. Gemäß § 59 SGB V betrug das Sterbegeld beim Tod eines Mitglieds ursprünglich 2.100,00 DM, beim Tod eines nach § 10 Versicherten 1.050,00 DM.
Mit Wirkung ab dem 1.1.2002 wurde durch Artikel 1 Nr 7 des Achten Euro-Einführungsgesetzes vom 23.10.2001 (Bundesgesetzblatt I, Seite 2702) die Angabe „2.100,00 DM" durch „1.050,00 Euro" und die Angabe „1.050,00 DM" durch „525,00 Euro" ersetzt.
Mit Wirkung ab dem 1.1.2003 wurde durch Artikel 1 Nr 4 des Beitragssatzsicherungsgesetzes vom 23.12.2002 (Bundesgesetzblatt I, Seite 4637) die Höhe des Sterbegeldes auf 525,00 Euro bzw 262,50 Euro reduziert.
Durch das Gesundheitsmodernisierungsgesetz (GMG) vom 14.11.2003 (Bundesgesetzblatt I, Seite 2190) wurde der 7. Abschnitt neu gefasst. Gemäß Artikel 1 Nr 36 GMG lautet die Überschrift seit dem 1.1.2004: „7. Abschnitt. Zahnersatz".
Der neu gefasste 7. Abschnitt regelt in den §§ 55 bis 57 das Leistungs- und Vergütungsrecht zahnprothetischer Behandlungen im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung. Die §§ 58 und 59 in der Fassung des GMG betreffen den ursprünglich geplanten zusätzlichen Versicherungsbeitrag für Zahnersatzleistungen sowie den damit zusammenhängenden Finanzausgleich für härtefallbedingte Mehraufwendungen der Krankenkassen. Der zusätzliche Beitrag für Zahnersatzleistungen sollte erstmals im Jahr 2005 ausschließlich von den Versicherten geleistet werden (§ 58 Abs 1 SGB V) und seine Höhe jeweils bis zum 1. 10. des Vorjahres von den Spitzenverbänden der Krankenkassen festgesetzt werden (§ 58 Abs 3 SGB V).
Nach Verkündung des GMG wurde diese gesonderte Finanzierung des Zahnersatzes als ineffektiv verworfen. Durch das am 1.10.2004 vom Bundestag beschlossene „Gesetz zur Anpassung der Finanzierung von Zahnersatz" wurde die zum 1.1.2005 vorgesehene Neufassung von § 58 Abs 1, 2 und 4 sowie § 59 SGB V aus dem GMG entfernt und der bereits seit dem 1.1.2004 geltende § 58 Abs 3 SGB V unmittelbar aufgehoben. Hintergrund dieser Regelung ist, dass entgegen der ursprünglichen Fassung des GMG die Versorgung mit Zahnersatz Teil des Leistungskatalogs der GKV bleiben soll.
Durch das GMG wurde - entgegen der Auffassung der Kl. - das Sterbegeld zum 1.1.2004 aus dem Leistungskatalog in den §§ 21 Abs 1 SGB I und 11 Abs 1 SGB V gestrichen. Der Kl. ist zwar einzuräumen, dass sich im GMG keine Vorschrift findet, welche explizit die Aufhebung der alten § 58, 59 SGB V zum Sterbegeld anordnet. Gleichwohl besteht kein entsprechender Anspruch mehr.
Legte man die klägerische Auffassung zugrunde, so würden sich in dem seit dem 1.1.2004 mit „Zahnersatz" überschriebenen 7. Abschnitt des 3. Kapitels des SGB V neben den Vorschriften, die seit dem 1.1.2004 auch inhaltliche Regelungen über den Zahnersatz treffen (§§ 56, 57, 58 Abs 3 SGB V), bis zum 31.12.2004 zugleich Regelungen über einen

Anspruch auf Sterbegeld zu finden. Besonders deutlich wird die Sinnwidrigkeit dieses Verständnisses von der Vorgehensweise des Gesetzgebers des GMG, wenn man sich unter Berücksichtigung dieser Auffassung den seit dem 1.1.2004 maßgeblichen Regelungsgehalt des § 58 SGB V vor Augen führt. Diese Vorschrift trägt seit dem 1.1.2004 die Überschrift „Beitrag für Zahnersatz". In dem ebenfalls zum 1.1.2004 in Kraft getretenen § 58 Abs 3 SGB V enthält diese Vorschrift eine Regelung über die Höhe des gesonderten Beitrages für Zahnersatz. Die von der Klägerseite angenommene Fortgeltung des § 58 SGB V in der ursprünglichen Fassung hätte zur Folge, dass man innerhalb derselben Vorschrift ferner Regelungen über die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Sterbegeld vorfände. Diese wären zudem keinem konkreten Absatz des § 58 SGB V nF zuzuordnen, da das GMG insoweit keine Zuordnung (etwa des Inhalts „der bisherige Wortlaut wird Abs 1") vorsieht. Gerade dies spricht für eine vollständige Verdrängung des § 58 SGB V aF durch die Neufassung zum 1.1.2004.
Hilfsweise kann sich der Fortbestand des Anspruchs auf Sterbegeld über den 31.12.2003 hinaus auch nicht auf § 59 SGB V aF als Anspruchsgrundlage stützen. Dieser These ist entgegenzuhalten, dass dadurch der Unterschied zwischen einer anspruchsbegründenden Norm und einer anspruchskonkretisierenden Norm verwischt wird. Während § 58 SGB V aF den Anspruch auf Sterbegeld zu begründen vermochte und insofern die wesentlichen Tatbestandsvoraussetzungen enthielt, handelt es sich bei § 59 SGB V aF um eine lediglich anspruchszugehörige Norm, die selbst keine Anspruchsgrundlage bildet, aber den Anspruchsinhalt und die Art der Anspruchserfüllung regelt. Allein aus der Regelung des § 59 SGB V aF wird weder ersichtlich, wer Leistungsempfänger ist noch an welchen weiteren Voraussetzungen, die über den Tod des Versicherten hinausgehen, der Anspruch geknüpft ist.
Gegen den Anspruch auf Fortgeltung des Sterbegeldanspruchs über den 1.1.2004 hinaus stützt sich die Bekl. zu Recht auch auf die Streichung des Sterbegeldes in § 11 Abs 1 Satz 2 SGB V aF und § 21 Abs 1 Nr 5 SGB I aF. Aus diesen Bestimmungen wird mehr als deutlich, dass die Absicht gegeben war, das Sterbegeld schon zum 1.1.2004 entfallen zu lassen.
Darüber hinaus entfällt der Anspruch auf Gewährung von Sterbegeld schon deswegen, weil der Gesetzgeber die Vorschriften über das Sterbegeld zum 1.1.2004 trotz insoweit fehlender ausdrücklicher Anweisung aufgehoben hat. Artikel 1 Nr 36 GMG („im 3. Kapitel wird der 7. Abschnitt wie folgt gefasst: …") ordnet die Neufassung des gesamten Abschnitts an. Diese Neufassung soll ausweislich der Regel des Artikels 37 Abs 1 GMG zum 1.1.2004 erfolgen. Daher hat nicht nur die alte Abschnittsüberschrift „Sterbegeld", sondern auch die Regelungen des Sterbegeldes in §§ 58, 59 SGB V aF haben gleichzeitig ihre Geltung verloren. Nach den Empfehlungen des Bundesministeriums der Justiz zur einheitlichen rechtsförmlichen Gestaltung von Gesetzen und Rechtsverordnungen nach § 38 Abs 3 GGO II (Handbuch der Rechtsförmlichkeit, RdNr 627 ff, herausgegeben vom BMJ, 2. Auflage 1999) wird mit dem Änderungsbefehl wird/werden wie folgt gefasst „Der Wortlaut einer Gliederungseinheit, also hier eines Abschnitts ganz gegen einen neuen Wortlaut ausgetauscht". Nach diesem Handbuch ist es in der Regel überflüssig, den bisherigen Text vorher ausdrücklich aufzuheben, denn der neu gefasste Wortlaut tritt an die Stelle des bisherigen Wortlauts. Nach diesem Handbuch ist es in der Regel überflüssig, den bisherigen Text vorher ausdrücklich aufzuheben, denn der neu gefasste Wortlaut tritt an die Stelle des bisherigen Wortlauts. Die Neufassung schließt die Aufhebung mithin mit ein. Die bisherigen Vorschriften des 7. Abschnitts werden also vollständig aufgehoben und durch einen neuen Wortlaut ersetzt.

Nach alledem fehlt es an einer Anspruchsgrundlage für die Gewährung von Sterbegeld, so dass die Klage abzuweisen ist.
Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.
- Rechtsmittelbelehrung -
Zitiervorschlag:
SG Koblenz Urt. v. 22.2.2005 – S 6 KNK 115/04, BeckRS 2005, 41359

BeckRS 2009, 58016

SG München, Urteil vom 09.02.2005 - S 47 KR 1491/04

Titel:
Zahlung von Sterbegeld, Zuschuss, Beerdigungskosten, Vertrauensschutz
Normenketten:
SGB V §§ 11 I 2, 58, 59
GG Art. 2 I, 20 III
Rechtsgebiet:
Sozialrecht
Schlagworte:
Zahlung von Sterbegeld, Zuschuss, Beerdigungskosten, Vertrauensschutz
ECLI:
ECLI:DE:SGMUENC:2005:0209.S47KR1491.04.0A
Rechtskraft:
nicht rechtskräftig

47. Kammer
Sachgebiet: Krankenversicherung
I.
Die Klage gegen den Bescheid vom 29. Juli 2004 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 11. Oktober 2004 wird abgewiesen.
II.
Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten.
Tatbestand:
Streitig ist die Zahlung von Sterbegeld aus der Versicherung der 2004 verstorbenen Versicherten E. M.
Einen Antrag des Klägers auf Auszahlung von Sterbegeld lehnte die Beklagte mit Bescheid vom 29. Juli 2004 ab. Durch das Gesetz zur Modernisierung der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Modernisierungsgesetz, GMG) sei das Sterbegeld (bisher: §§ 58, 59 des Fünften Buchs Sozialgesetzbuch) zum 1. Januar 2004 weggefallen.
Den Widerspruch vom 30. Juli 2004 wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 11. Oktober 2004 zurück. Sie verwies darauf, dass die Streichung des Sterbegeldes aus dem Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenversicherung vom Gesetzgeber schon seit längerer Zeit geplant gewesen sei.
Mit der Klage vom 20. Oktober 2004, eingegangen am 21. Oktober 2004, macht der Kläger weiter einen Anspruch auf Sterbegeld geltend. Das GMG enthalte keine Regelung, wonach §§ 58, 59 SGB V aufgehoben würden. Im Übrigen stelle die Streichung des Sterbegeldes aus dem Leistungskatalog eine eklatanten Verstoß gegen den Grundsatz des Vertrauensschutzes dar. Seine Mutter sei seit über 50 Jahren bei der Beklagten versichert gewesen. Die Leistung Sterbegeld sei eine Säule der gesetzlichen Krankenversicherung

gewesen. In den früheren Jahren habe es als Mehrleistung bis zum 40fachen des Grundlohnes erreichen können. Seine Mutter habe darauf vertraut, dass das Sterbegeld bei ihrem Tode gezahlt werde und zusammen mit einer 1980 abgeschlossenen privaten Sterbegeldversicherung die Kosten der Bestattung decken sollte. Schließlich ergebe sich durch die Streichung des Sterbegeldes (0,3% der gesamten Ausgaben) keine signifikanten Einsparungen in der gesetzlichen Krankenversicherung.
Die Beklagte beantragte mit Schriftsatz vom 17. November 2004 unter Verweis auf die Begründung des Widerspruchsbescheides, die Klage abzuweisen.
Der Kläger beantragt,
den Bescheid der Beklagten vom 29. Juli 2004 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 11. Oktober 2004 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger Sterbegeld aus der Versicherung der verstorbenen E. M. zu gewähren.
Die Beklagte beantragt,
die Klage abzuweisen.
Im Übrigen wird zur Ergänzung des Tatbestandes auf den Inhalt der Klageakte sowie den der beigezogenen Akte der Beklagten Bezug genommen. Sie waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung.
Entscheidungsgründe:
Die gemäß §§ 87, 90, 92 Sozialgerichtsgesetz (SGG) form- und fristgerecht erhobene Klage ist zulässig. In der Sache ist sie aber unbegründet, weil dem Kläger kein Anspruch auf Gewährung von Sterbegeld aus der Versicherung der 2004 verstorbenen Versicherten Frau E. M. gemäß §§ 58, 59 des Fünften Buchs Sozialgesetzbuch (SGB V) in der bis 31. Dezember 2003 geltenden Fassung zusteht.
Die bisherige Regelung im Siebten Abschnitt des Dritten Kapitels des SGB V enthielt bis 31. Dezember 2003 in §§ 58, 59 SGB V a. F. eine Regelung des Sterbegeldanspruchs. Danach wurde beim Tod eines Versicherten an denjenigen, der die Bestattungskosten trägt, ein Zuschuss zu den Bestattungskosten (Sterbegeld) bezahlt, wenn der Verstorbene am 1. Januar 1989 versichert war. Das Sterbegeld betrug beim Tod eines Mitglieds zuletzt gemäß § 59 SGB V a. F. noch 525,00 Eur., beim Tod eines nach § 10 Versicherten 262,50 Eur.
Bis 31. Dezember 2003 war das Sterbegeld ferner in § 11 Abs. 1 Satz 2 SGB V als Leistung der gesetzlichen Krankenversicherung aufgeführt.
a) Durch Art 1 Nr. 36 GMG wurde das Dritte Kapitel des SGB V einschließlich der §§ 58, 59 SGB V neu gefasst. Danach werden im Siebten Abschnitt, der mit „Zahnersatz" benannt ist, die §§ 55 bis 59 aufgeführt, die Regelungen zum Zahnersatz enthalten. Ferner wurde § 11 Abs. 1 Satz 2 SGB V a. F. durch Art. 1 Nr. 3 GMG gestrichen. Gleichzeitig wurde § 21 Abs. 1 Nr. 5 des Ersten Buchs Sozialgesetzbuch (SGB I), der ebenfalls das Sterbegeld erwähnte, mit Wirkung zum 1. Januar 2004 gestrichen.
In der Begründung des Gesetzesentwurfs wurde ausgeführt, es handele sich dem Grunde nach um eine versicherungsfremde Leistung; ihre Streichung sei ein notwendiger Solidarbeitrag, um die finanzielle Situation der gesetzlichen Krankenversicherung zu stabilisieren (FraktEntw BT-Drucks. 15/1525 S. 91). Auf Seite 76 f des Entwurfs wird ausgeführt, dass bestimmte Leistungen in die Eigenverantwortung der Versicherten übertragen werden. Sterbegeld, Entbindungsgeld und Leistungen bei Sterilisation, die nicht aus medizinischen Gründen geboten seien, müssen künftig von der Versicherten selbst finanziert werden. Zu Nummer 3 (§ 11) wird auf Seite 80 zur Begründung dargelegt, es handele sich um eine Folgeregelung zur Aufhebung des Siebten Abschnittes im Dritten Kapitel (Streichung des Anspruchs auf Sterbegeld).

Nach Auffassung des Gerichts bestand durch die Neufassung u. a. der §§ 58, 59 SGB V, durch die ausdrückliche Streichung des § 11 Abs. 1 Satz 2 SGB V und die ergänzend heranzuziehende Begründung des Fraktionsentwurfs ohne Zweifel der Wille des Gesetzgebers, das Sterbegeld abzuschaffen.
Zwar findet sich gesetzestechnisch keine ausdrückliche Regelung des Inhalts, dass §§ 58, 59 SGB V aufgehoben und durch folgende Regelungen (die den Zahnersatz betreffen) ersetzt werden. Doch ist durch die begriffliche Verwendung des Änderungsbefehls „fassen" nach Art. 1 Nr. 36 GMG bzw. die inhaltliche Neufassung und die Neuformulierung u. a. der §§ 58, 59 SGB V in ausreichender Form klargestellt, dass die bisherigen Regelungen der §§ 58, 59 SGB V nicht mehr weiter gelten, sondern abgeschafft werden.
Damit ist nach Überzeugung des Gerichts das Sterbegeld wirksam abgeschafft worden.
Ergänzend ist auf das „Handbuch der Rechtsförmlichkeit", herausgegeben vom Bundesministerium der Justiz (2. Aufl. 1999, Rdnr. 627 f) hinzuweisen, dem in der Praxis (vgl. § 42 Abs. 4 der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien) der Gestaltung von Änderungsgesetzen in Deutschland eine besondere Bedeutung zukommt. Danach wird durch den Änderungsbefehl „wird/werden wie folgt gefasst" der Wortlaut einer Gliederungseinheit ganz gegen einen neuen Wortlaut ausgetauscht. Es sei dann in der Regel überflüssig, den bisherigen Text ausdrücklich aufzuheben, weil der neugefasste Wortlaut an die Stelle des bisherigen Wortlauts trete.
b) Diese Änderung trat auch bereits zum 1. Januar 2004 und nicht erst zum 1. Januar 2005 in Kraft.
Nach Art. 37 Abs. 1 GMG ist sowohl die Neufassung des Siebten Abschnitts des Dritten Kapitels als auch § 11 Abs. 1 Satz 2 und § 21 Abs. 1 Nr. 5 SGB I zum 1. Januar 2004 in Kraft getreten. Eine Ausnahme besteht lediglich insoweit, als gemäß Art. 37 Abs. 8 GMG mit Ausnahme des § 58 Abs. 3 die Neufassung der §§ 58, 59, also der Regelungen, die statt der Regelungen zum Sterbegeld in ihrer Neufassung die Leistungen Zahnersatz betreffen, erst mit Wirkung vom 1. Januar 2005 in Kraft treten. Die §§ 58, 59 SGB V a. F. wurden für die Zeit vor dem 1. Januar 2005 nicht gesondert aufgehoben.
Allerdings ergibt sich daraus nicht, dass auch das Sterbegeld erst zum 1. Januar 2005 abgeschafft worden sei. Dies ergibt sich zum einen aus der Streichung der das Sterbegeld betreffenden Regelungen nach § 11 Abs. 1 Satz 2 SGB V a. F. und § 21 Abs. 1 Nr. 5 SGB I a. F. bereits zum 1. Januar 2004 (Art. 37 Abs. 1 GMG), zum anderen aus dem Inkrafttreten der Neufassung des § 58 Abs. 3 SGB V n. F. bereits mit Wirkung vom 1. Januar 2004. Damit hat der Gesetzgeber erkennbar mit Wirkung bereits ab 1. Januar 2004 das Sterbegeld abgeschafft. Auch gilt die Überschrift des Dritten Kapitels des SGB V „Zahnersatz" bereits ab 1. Januar 2004.
Das Gericht teilt die Auffassung des Sozialgerichts Chemnitz (Gerichtsbescheid vom 24. November 2004, Az.: S 13 KR 684/04), dass es zu sinn- und systemwidrigen Ergebnissen führen würde, neben den seit 1. Januar 2004 unstreitig geltenden Vorschriften nach §§ 56, 57, 58 Abs. 3 SGB V auch die §§ 58, 59 SGB V a. F. anzuwenden. Die Regelungen des Sterbegeldes stünden dann systemwidrig in dem Abschnitt Zahnersatz; ferner hinge § 58 Abs. 3 SGB V n. F. wegen Fehlens eines § 58 Abs. 1 oder 2 SGB V a. F. im leeren Raum.
Ergänzend ergibt die o. g. Darlegung des gesetzgeberischen Willens und die hierzu durchgeführten Berechnungen zum Einsparungseffekt, dass eine Abschaffung des Sterbegeldes zum 31. Dezember 2003 beabsichtigt war. Der Gesetzgeber rechnete nämlich bereits für das Jahr 2004 mit einer Einsparung in Höhe von 0,4 Mrd. Eur durch die Abschaffung des Sterbegeldes. Auf Seite 171 f der BT-Drucks. 15/1525 wird von einem geschätzten finanziellen Entlastungsvolumen durch die vorgesehenen Regelungen für die

gesetzlichen Krankenkassen in Höhe von rd. 10 Mrd. Eur in 2004 ausgegangen, wobei hiervon gemäß der abgedruckten Tabelle auf das eingesparte Sterbegeld für das Jahr 2004 ein Betrag von insgesamt 0,4 Mrd. Eur entfallen.
Dabei können zur Auslegung des gesetzgeberischen Willens ergänzend zu dem Fraktionsentwurf auch Indizien außerhalb des eigentlichen Gesetzgebungsverfahrens herangezogen werden wie die Verlautbarungen am Rande des Gesetzgebungsverfahrens. Dabei wurde sowohl innerhalb der Legislative als auch bei Äußerungen der Exekutive stets deutlich, dass eine Einstellung des Sterbegeldes zum 31. Dezember 2003 erfolge. Auf die damaligen zahlreichen Veröffentlichungen in den Medien wird verwiesen.
c) Die Einstellung des Sterbegeldes, deren Höhe zuletzt noch maximal 525 Eur betrug, stellt auch keinen Verstoß gegen das Grundgesetz, insbesondere gegen Art. 14 GG (Eigentum) oder das Rechtsstaatsprinzip in Form des Vertrauensschutz dar.
Ein Verstoß gegen Art. 14 GG liegt nicht vor. Zwar unterliegen auch sozialversicherungsrechtliche Ansprüche und Anwartschaften dem Eigentumsschutz des Art. 14 GG. Sie stehen jedoch in einem ausgeprägten sozialen Kontext. Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat deshalb im Rahmen von Fragen zur Beitragsfestsetzung in der gesetzlichen Sozialversicherung entschieden, dass Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG dem Gesetzgeber sogar die Befugnis verleiht, (Renten-)Ansprüche und -anwartschaften zu beschränken, Leistungen zu kürzen und Ansprüche und Anwartschaften umzugestalten, sofern dies einem Gemeinwohlzweck dient und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügt (BVerfG, NJW 2000, 2496; BVerfGE 100, 1 ff, 37 f).
Hinsichtlich Art. 14 GG wird insoweit auf die Entscheidungen des Bundessozialgerichts vom 25. Juni 1991 (Az.: 1/3 RK 21/90) und vom 7. August 1991 (Az.: 1 RK 12/91) zur Kürzung des Sterbegeldes verwiesen. Diese Ausführungen sind auch auf die vorliegende Streichung des Sterbegeldes übertragbar. Insbesondere sind die Ausführungen des Klägers verfehlt, bei dem Sterbegeld handele es sich um eine Säule der gesetzlichen Krankenversicherung. Dem kann bei einem inzwischen verbliebenen maximalen Betrag von 525 Eur nicht zugestimmt werden. Zuletzt war das Sterbegeld nur mehr ein meist bei weitem nicht mehr ausreichender Zuschuss zu den Beerdigungskosten.
Es liegt aber auch kein Verstoß gegen den Vertrauensschutz im Sinne des nach Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG normierten Rechtsstaatsgebotes vor.
Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist erst dann verletzt, wenn die gesetzgeberischen Maßnahmen bei Abwägung einerseits ihrer Schwere für den Betroffenen und andererseits der sie rechtfertigenden Gründe die Grenze des Zumutbaren überschreiten (siehe z. B. BSG v. 1. Dezember 1999 zu § 22 Abs. 4 Fremdrentengesetz, Az.: B 5 RJ 26/98 R, unter B. 2. e) ee), m. w. N.).
Dabei ist die Streichung des Sterbegeldes vor dem Hintergrund der drastisch angestiegenen Ausgaben der gesetzlichen Krankenkassen insgesamt, die die Einnahmen nicht auszugleichen vermögen, und somit vor dem Erhaltung der Funktions- und Leistungsfähigkeit des Systems der bundesdeutschen gesetzlichen Krankenversicherung zu sehen. Es ist daher als verfassungsgemäß anzusehen, wenn der Gesetzgeber durch das GMG ein Bündel von Maßnahmen vorgesehen hat, um zu einer Kostendämmung im gesetzlichen Gesundheitssystem zu gelangen. Die Einzelinteressen des Klägers an der Auszahlung des Zuschusses zur Beerdigung tritt demgegenüber zurück.
Auch kann nicht durchgreifen, dass die Versicherte selbst auf die Auszahlung des Sterbegeldes vertraute und in den 80er Jahren zur Abdeckung der restlichen und somit nach ihrer Vorstellung gesamten Beerdigungskosten eine private Versicherung abgeschlossen hat. Auch insoweit treten ihre Interessen im Rahmen einer

Interessenabwägung gegenüber dem dargelegten Interesse an der Erhaltung des Systems zurück. Im Übrigen dürfte das Vertrauen der Versicherten nicht durch die Abschaffung des restlichen Zuschusses enttäuscht worden sein, sondern durch die kontinuierliche Absenkung der Höhe des Sterbegeldes im Laufe der Jahre. Insoweit hat das Bundessozialgericht in der o. g. Entscheidung aber bereits dargelegt, dass ein Verfassungsverstoß nicht gegeben sei.
Ob die Streichung des Sterbegeldes mit einer geschätzten Entlastung von 0,4 Mrd. Eur für das Jahr 2004 geeignet ist, dem Ziel der Entlastung der Krankenversicherung zu dienen, kann im Ergebnis dahin gestellt bleiben. Zum einen ist die Streichung jedoch nicht gesondert zu sehen, sondern als Teilmaßnahme im Rahmen verschiedener gesetzgeberischer Maßnahmen, zum anderen ist dem Gesetzgeber insoweit ein weiter Gestaltungsspielraum zuzubilligen. Es ist nicht erkennbar, dass der Gesetzgeber diesen weiten Gestaltungsspielraum mit der vorgenommenen Streichung des Beerdigungszuschusses überschritten hätte. Insbesondere kann es nicht darum gehen, im Rahmen einer gerichtlichen Entscheidung zu prüfen, ob ein anderer Weg zu denselben Einsparungen und zu weniger Belastungen der Versicherten führen würde.
Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.
Zitiervorschlag:
SG München Urt. v. 9.2.2005 – S 47 KR 1491/04, BeckRS 2009, 58016

BeckRS 2005, 30983178

SG Dresden, Urteil vom 26.01.2005 – S 25 KR 1319/04BSGB 1 KR 4/05

Titel:
SG Dresden: Urteil vom 26.01.2005 - S 25 KR 1319/04
Schlagworte:
Abschaffung des Sterbegelds, Aufhebung, Außergerichtliche Kosten, Beigezogene Akten, Bestattungskosten, Eigentumsgarantie, Gerichtsbescheid, Gesetzgebung, Gesetzliche Krankenversicherung, In-Kraft-Treten, Kostenentscheidung, Nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel, Prozeßbevollmächtigter, Sozialgerichte, Sozialgesetzbuch, Sprungrevision, Unterhaltsberechtigter, Widerspruchsbescheid, Wille des Gesetzgebers, Zahnersatz
ECLI:
ECLI:DE:SGDRESD:2005:0126.S25KR1319.04.0A

Text1

SOZIALGERICHT DRESDEN
URTEIL
hat die 25. Kammer des Sozialgerichts Dresden auf die mündliche Verhandlung vom 26. Januar 2005 in Dresden durch den Richter Reuter, die ehrenamtliche Richterin und die ehrenamtliche Richterin für Recht erkannt:

I. Die Klage wird abgewiesen.
II. Die Beklagte hat keine außergerichtlichen Kosten der Klägerin zu erstatten.
III. Die Sprungrevision wird zugelassen.
Die Beteiligten streiten über den Anspruch auf Sterbegeld beim Tod eines Versicherten nach dem 31.12.2004.
Der am geborene Ehegatte der Klägerin, Herr …, war bei der Beklagten krankenversichert

und ist am 23.06.2004 verstorben. Die Bestattungskosten hat die Klägerin getragen. Daher beantragte sie am 18.09.2004 bei der Beklagten die Zahlung von Sterbegeld in Höhe von 525,00 EUR. Diese lehnte die Zahlung mit Bescheid vom 21.09.2004 mit der Begründung ab, dass diese Leistung durch das Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Modernisierungsgesetz – GMG) mit Wirkung zum 01.01.2004 entfallen sei. Dagegen legte die Klägerin mit Datum vom 23.09.2004 Widerspruch ein, der mit dem Widerspruchsbescheid vom 21.10.2004 abschlägig beschieden wurde. Abgesandt wurde der Widerspruchsbescheid an die Klägerin am 27.10.2004. Die Beklagte führt darin zur Begründung aus, dass der gesamte Siebte Anschnitt des Fünften Buches des Sozialgesetzbuches (SGB V) überschreiben worden sei und mit den Regelungen über den Zahnersatz einen neuen Inhalt bekommen habe. Unabhängig vom In-Kraft-Treten einzelner neuer Normen seien alle alten Normen des Siebten Abschnittes aufgehoben worden. Dies beträfe auch die Regelungen zum Sterbegeld. Gegen den Widerspruchsbescheid klagte die Klägerin, vertreten durch Ihre Prozessbevollmächtigten, mit Datum vom 22.11.2004, Eingang bei Gericht am 24.11.2004.
Die Klägerin ist der Ansicht, dass ihr Sterbegeld zustehen würde. Entgegen der Ansicht der Beklagten sei das Sterbegeld nicht ab dem 01.01.2004 abgeschafft worden, weil die Normen, die die alten Regelungen ersetzen, erst zum 01.01.2005 in Kraft treten würden.
Die Klägerin beantragt,
den Bescheid vom 21.09.2004 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 21.10.2004 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, ihr für ihren verstorbenen Ehemann, …, Sterbegeld in Höhe von 525,00 EUR zu bezahlen.
Die Beklagte beantragt
die Klage abzuweisen.
Sie ist der Ansicht, dass der Gesetzgeber zum 01.01.2004 den kompletten Siebten Abschnitt des Dritten Kapitels des SGB V neu gefasst habe und damit für Versicherte, die nach diesem Zeitpunkt verstorben sind, kein Sterbegeld mehr gezahlt werden könne.
Die Klägerin hat außerdem beantragt, die Sprungrevision zuzulassen. Die Beklagte hat vorsorglich erklärt, dass mit einer Einlegung einer Sprungrevision durch die Klägerin Einverständnis bestehe.
Das Gericht hat die Verwaltungsakte der Beklagten mit dem Aktenzeichen 6692/2004 beigezogen und zum Gegenstand des Verfahrens gemacht. Hinsichtlich der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird ergänzend auf den Inhalt der beigezogenen Akte und der gerichtlichen Verfahrensakte mit den gewechselten Schriftsätzen nebst Anlagen, insbesondere auf die Niederschrift der mündlichen Verhandlung vom 26.01.2005, Bezug genommen.
I.
Der Klage war abzuweisen, weil sie zwar zulässig, aber unbegründet ist. Insbesondere war die Klage nicht verfristet. Gemäß § 37 Abs. 2 Satz 1 des Zehnten Buches des Sozialgesetzbuches (SGB X) galt der Widerspruchsbescheid am 30.10.2004 als bekannt gegeben. Die Klage wurde daher am 24.11.2004 bei Gericht innerhalb der 1-Monats-Frist des § 87 Abs. 1, Abs. 2 Sozialgerichtsgesetz (SGG) erhoben.
Der geltend gemachte Anspruch steht der Klägerin jedoch nicht zu. In Betracht gekommen wäre allein ein Anspruch aus §§ 58 f. SGB V, in der bis zum 31.12.2003 geltenden Fassung. Diese Normen sind jedoch seit dem 01.01.2004 außer Kraft getreten.
1.
Über die Frage, ob die §§ 58 f. SGB V, die das Sterbegeld gewähren, am 01.01.2004 außer Kraft getreten sind, werden in Rechtsprechung und Rechtslehre unterschiedliche

Meinungen vertreten.
Schnapp vertritt die Ansicht, dass der Willen des Gesetzgebers, das Sterbegeld abzuschaffen, in dem Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Modernisierungsgesetz – GMG) vom 14.11.2003 (BGBl. I S. 2190 ff.) keinen Ausdruck gefunden habe. Der Wille des Gesetzgebers sei daher unbeachtlich, vgl. Schnapp, SGb 2004, 451 f. Diese Auffassung wird in den Medien aufgegriffen und auch vom Verband der Deutschen Bestatter in verschiedenen Presseerklärungen wiedergegeben, vgl. nur die Presseinformation vom 12.11.2004, zu finden unter www.bestatter.de. Sehr große Resonanz hat auch die Wiedergabe dieser Auffassung in Sendungen des MDR-Fernsehens („Ein Fall für Escher") und des ARD-Fernsehens („Monitor") sowie in einer Anzeige im Dresdner Amtsblatt Nr. 33–34 vom 19.08.2004, S. 14, gefunden.
Dagegen vertreten verschiedene Autoren, eine Kammer des Sozialgerichts Chemnitz, eine Kammer des Sozialgerichts Nürnberg und zwei Kammern des Sozialgerichts Dresden die Ansicht, dass der Wille des Gesetzgebers sehr wohl im GMG einen genügenden Ausdruck gefunden habe und das Sterbegeld damit zum 01.01.2004 abgeschafft sei, vgl. SG Chemnitz, Gerichtsbescheid vom 24.11.2004, Az: S 13 KR 684/04; SG Nürnberg, Gerichtsbescheid vom 19.11.2004, Az: S 11 KR 506/04; SG Dresden, Gerichtsbescheid des Vorsitzenden der 18. Kammer vom 03.01.2005, Az: S 18 KR 1174/04; SG Dresden, Urteil der 25. Kammer vom 15.12.2004, Az: S 25 KR 1229/04; Schmidt/Urmersbach, http://www.aus-portal.de/aktuell/standpunkte/01/index_6433.htm; Orlowski, SGb 2004, 622 f.
2.
Der letzten Ansicht ist zu folgen.
a)
Das Dritte Kapitel des SGB V enthielt in seiner bisherigen Fassung folgende Vorschriften über das Sterbegeld:
„Siebter Abschnitt. Sterbegeld
§ 58 Sterbegeld
Beim Tod eines Versicherten wird ein Zuschuß zu den Bestattungskosten (Sterbegeld) gezahlt, wenn der Verstorbene am 1. Januar 1989 versichert war. Das Sterbegeld wird an denjenigen gezahlt, der die Bestattungskosten trägt.
§ 59 Höhe des Sterbegeldes
Das Sterbegeld beträgt beim Tod eines Mitglieds 525 Euro, beim Tod eines nach § 10 Versicherten 262,50 Euro."
Art. 1 Nr. 36 GMG beginnt mit folgender Regelung:
„Im Dritten Kapitel wird der Siebte Abschnitt wie folgt gefasst:
‚Siebter Abschnitt. Zahnersatz'"
Danach werden die §§ 55 bis 59 aufgeführt, die Regelungen zum Zahnersatz enthalten. Die §§ 55 bis 57 konnten in den Siebten Abschnitt mit einbezogen werden, weil diese Paragrafen vorher unbesetzt waren.
Zum In-Kraft-Treten enthält das GMG folgende Regelung in Art. 37 Abs. 1:
„Das Gesetz tritt am 1. Januar 2004 in Kraft, soweit in den folgenden Absätzen nichts Abweichendes bestimmt ist."
Eine der Ausnahmen enthält Art. 37 Abs. 8 GMG mit folgender Regelung, die hier nur auszugsweise wiedergegeben wird:
„Artikel 1 (…) in Nummer 36 die §§ 55, 58 Abs. 1, 2 und 4 sowie § 59 (…) treten am 1. Januar 2005 in Kraft"

Durch das GMG wurden auch § 11 Abs. 1 Satz 2 SGB V a.F. und § 21 Abs. 1 Nr. 5 des Ersten Buches des Sozialgesetzbuches (SGB I) a.F. mit Wirkung zum 01.01.2004 gestrichen. Beide Regelungen erwähnten das Sterbegeld als Leistung der gesetzlichen Krankenkasse.
Der Entwurf zum GMG der Fraktionen SPD, CDU/CSU und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vom 08.09.2003, Bundestags-Drucksache 15/1525, wird auf S. 76 f. wie folgt begründet:
„8. Neuordnung der Finanzierung
In die Neuordnung der Finanzierung werden alle relevanten Beteiligten im Gesundheitswesen eingebunden. Dabei wird sichergestellt, dass notwendige medizinische Leistungen allen zugänglich bleiben. Bei der Neuordnung der Zuzahlung wird sozialen Belangen besonders Rechnung getragen. Vorgesehen ist:
(…)
- Bestimmte Leistungen werden in die Eigenverantwortung der Versicherten übertragen. Sterbegeld, Entbindungsgeld und Leistungen bei Sterilisation, die nicht aus medizinischen Gründen geboten sind, müssen künftig von den Versicherten selbst finanziert werden."
Auf S. 80 findet sich folgende Begründung:
„Zu Nummer 3 (§ 11)
Es handelt sich um eine Folgeregelung zur Aufhebung des Siebten Abschnitts im Dritten Kapitel (Streichung des Anspruchs auf Sterbegeld)."
Die eigentliche Neufassung des Siebten Abschnittes wird auf S. 91 in folgender Weise begründet:
„Zu Nummer 36 (Siebter Abschnitt, §§ 55 bis 59)
Der Siebte Abschnitt enthielt bislang die Regelungen zum Sterbegeld. Als ‚Sterbegeld' wird seit dem 1. Januar 1989 (GRG) ein Zuschuss zu den Bestattungskosten an denjenigen gezahlt, der die Bestattungskosten trägt (§ 58). Seit der Neuregelung zum 1. Januar 2003 sind dies beim Tod eines Mitglieds 525,– Euro und beim Tod eines Familienversicherten 262,50 Euro (§ 59).
Es handelt sich nicht um eine fursorgeähnliche Leistung, die den unterhaltsberechtigten Hinterbliebenen die Umstellung auf die neuen Lebensverhältnisse erleichtern soll – wie z.B. Gehalts- oder Lohnfortzahlungen, Pensionen oder Renten für eine gewisse Zeit. Versicherte können in der Regel selbst Vorsorge für die Bestattung treffen. Der Bestattungskostenzuschuss ist dem Grunde nach eine versicherungsfremde Leistung, da er nach dem Tode dessen, von dem er abgeleitet wird, an einen Dritten gezahlt wird.
Da das Sterbegeld nach bislang geltendem Recht nur gezahlt wird, wenn der Verstorbene am 1. Januar 1989 versichert war, handelt es sich um eine ‚auslaufende Leistung'. Die Hinterbliebenen aller, die nach diesem Zeitpunkt in der gesetzlichen Krankenversicherung versichert worden sind, können bereits nach bislang geltendem Recht einen solchen Zuschuss nicht mehr erhalten, obwohl dies keine Auswirkungen auf die Höhe der Beitragszahlungen hat.
Die Streichung des Sterbegeldes für Mitglieder und Familienversicherte ist als Solidarbeitrag zur Stabilisierung der finanziellen Situation der gesetzlichen Krankenversicherung erforderlich.
Der neue Siebte Abschnitt enthält nunmehr die Vorschriften zur Neuordnung der Versorgung mit Zahnersatz."
Die Änderung des Ersten Buches des Sozialgesetzbuches wird auf S. 153 mit folgenden Worten begründet:
„Zu Artikel 3 (Änderung des Ersten Buches Sozialgesetzbuch)
Folgeänderung aus den Änderungen in den §§ 195 und 200 b RVO (Streichung des

Anspruchs auf Entbindungsgeld), der Änderung des § 24 b SGB V (Änderung des Anspruchs bei Sterilisationen) sowie der Aufhebung der §§ 58 und 59 SGB V (Streichung des Anspruchs auf Sterbegeld)."
Auf S. 171 wird die finanzielle Entlastung durch die Abschaffung des Sterbegeldes mit jährlich 0,4 Mrd. EUR angegeben.
b)
Entgegen der Ansicht von Schnapp besteht zumindest die Möglichkeit, die dargestellte Regelung im GMG in der Weise auszulegen, dass die Normen zum Sterbegeld bereits am 01.01.2004 außer Kraft getreten sind. Dabei ist der Wortlaut des Anfangs des Art. 1 Nr. 36 GMG von entscheidender Bedeutung. Dieser enthält den Änderungsbefehl „fassen". Ob man diesen in der Weise verstehen kann, dass die nachfolgenden Paragrafen erst ab deren In-Kraft-Treten die alten ersetzen sollen, kann dahinstehen. Die Kammer meint, dass eine solche Auslegung fern liegt. Jedenfalls kann dieser Änderungsbefehl nach seinem Wortlaut auch so verstanden werden, dass die alten Regelungen komplett bereits zum normalen In-Kraft-Treten des Änderungsgesetzes abgeschafft werden und die neuen an ihre Stelle treten, sobald sie nach speziellen Vorschriften in Kraft treten. Das Verb „fassen" enthält in dieser Bedeutung neben dem Element des Neuschaffens auch ein Element des Abschaffens. Es drückt hier dasselbe aus, wie die Substantive „Fassung" und „Neufassung". Auch diese Begriffe enthalten ein Element des Abschaffens neben dem Element des Neuschaffens.
Dass der Änderungsbefehl „fassen" ebenfalls die Bedeutung des Abschaffens enthält, wird auch von Schnapp nicht in Frage gestellt, weil dieser ja von der Abschaffung des Sterbegeldes ab dem 01.01.2005 ausgeht, ohne dass dafür eine ausdrückliche Aufhebung nötig wäre (darauf weisen Schmidt/Urmersbach, a.a.O., S. 2, hin). Der Anfang des Art. 1 Nr. 36 GMG mit dem Änderungsbefehl „fassen" ist jedoch von dem abweichenden Termin des In-Kraft-Tretens in Art. 37 Abs. 8 GMG nicht erfasst. Daher wirkt diese Abschaffung der alten Regelungen schon zum 01.01.2004. Es ist dem Gericht unverständlich, wie Schnapp bei dem dargestellten Wortlaut des Änderungsgesetzes davon ausgehen kann, dass der Wille des Gesetzgebers dort keinen ausreichenden Ausdruck gefunden habe. Letztendlich haben die Regelungen in §§ 58 und 59 SGB V n.F. nur zufällig die gleichen Hausnummern, wie die Regelungen, die ursprünglich das Sterbegeld gewährt haben. Warum aus dem späteren In-Kraft-Treten von Teilen dieser Regelungen folgen soll, dass die alten Regelungen noch nicht abgeschafft sind, bleibt unverständlich.
Richtig ist hingegen, dass das GMG die Regelungen des Sterbegeldes aufgehoben hat, der Siebte Abschnitt derzeit nur aus den Regelungen über den Zahnersatz besteht, die am 01.01.2004 in Kraft getreten sind, und die Stellen für die noch nicht in Kraft getretenen Regelungen zunächst unbesetzt bleiben, vgl. Orlowski, a.a.O., S. 623. Da der gesetzgeberische Wille hinreichend zum Ausdruck gekommen ist, werden rechtsstaatliche Erfordernisse zur Aufhebung der bisherigen Normen erfüllt, vgl. SG Nürnberg, Gerichtsbescheid vom 19.11.2004, Az: S 11 KR 506/04, Umdruck S. 5.
Der Gesetzgeber benutzt den Änderungsbefehl „fassen" stets in der Weise, dass damit auch die alten Regelungen abgeschafft werden. Im „Handbuch der Rechtsförmlichkeit", herausgegeben vom Bundesministerium der Justiz, 2. Auflage 1999, wird bei Rn. 627 f. betont, dass der Änderungsbefehl „wird/werden wie folgt gefaßt" den Wortlaut einer Gliederungseinheit ganz gegen einen neuen Wortlaut austausche. Es sei dann in der Regel überflüssig, den bisherigen Text ausdrücklich aufzuheben, weil der neugefasste Wortlaut an die Stelle des bisherigen Wortlauts trete. Dieses Handbuch hat zwar keine Gesetzeskraft. § 42 Abs. 4 der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien, zu

finden unter www.staatmodem.de, bestimmt jedoch, dass für die rechtsförmliche Gestaltung von Gesetzentwürfen das Handbuch der Rechtsförmlichkeit gelte.
Die historische Auslegung des GMG bestätigt dieses Ergebnis. Der Gesetzgeber wollte die Regelungen des Sterbegelds abschaffen. Dies ist erkennbar, weil der Gesetzgeber die Regelungen in § 11 Abs. 1 Satz 2 SGB V a.F. und § 21 Abs. 1 Nr. 5 SGB I a.F. zum 01.01.2004 gestrichen hat, so auch schon Schmidt/Urmersbach, a.a.O., S. 3; SG Chemnitz, a.a.O. Weiterhin ergibt sich der Wille des Gesetzgebers eindeutig aus den zitierten Begründungen des Gesetzentwurfes vom 08.09.2003, Bundestags-Drucksache 15/1525, so auch schon SG Chemnitz, a.a.O.; Orlowski, a.a.O., S. 623. Davon geht wohl auch Schnapp, a.a.O., S. 451, aus.
Die gegenteilige Auslegung des GMG würde zu sinn- und systemwidrigen Ergebnissen führen, so dass eine solche Gesetzesfassung vermieden werden muss. Zu Recht weisen Schmidt/Urmersbach, a.a.O., S. 2 f. darauf hin, dass ein widersinniger Gesetzeswortlaut entstehen würde, wenn die Regelungen zum Sterbegeld neben den Regelungen zum Zahnersatz, die ab 01.01.2004 gelten, bestehen bleiben würden. Der Gesetzeswortlaut würde dann von Zahnersatz zu Sterbegeld, wieder zurück zum Zahnersatz, dann wieder zum Sterbegeld und letztendlich zurück zum Zahnersatz springen. Die Autoren haben a.a.O., S. 2, die sehr merkwürdige Gesetzesfassung zusammengestellt, die entstehen würde, wenn man davon ausgeht, dass die Regelungen des Sterbegeldes fortbeständen. Merkwürdig wäre außerdem schon, dass die Regelungen zum Sterbegeld in einem Abschnitt stehen würden, der die amtliche Überschrift „Zahnersatz" trägt, darauf weist zu Recht das SG Chemnitz, a.a.O., hin. Außerdem wäre die alte Regelung des § 58 keinem Absatz zugeordnet, obwohl daneben ein § 58 Abs. 3 neuer Fassung bestehen würde, vgl. SG Chemnitz, a.a.O., sowie die Gesetzesfassung, die Schmidt/Urmersbach, a.a.O., S. 2 f., sowie das SG Nürnberg, im Gerichtsbescheid vom 19.11.2004, Az: S 11 KR 506/04, zusammengestellt haben. Sie würde in einem Paragrafen stehen, der die amtliche Überschrift „Beitrag für Zahnersatz" trägt, vgl. SG Chemnitz, a.a.O.
3.
Die Abschaffung der Regelungen über das Sterbegeld verstoßen auch nicht gegen Verfassungsrecht. Weder unterliegt der Anspruch auf Sterbegeld der Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 des Grundgesetzes (vgl. dazu Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 22.12.1992, Az: 1 BvR 1582/91 = SozR 3-2500 § 59 Nr. 3), noch sind Rechtsstaats- und Sozialstaatsprinzip verletzt. Insoweit schließt sich das Gericht den Ausführungen des Bundessozialgerichts in seinen Entscheidungen zur Kürzung des Sterbegelds (Urteil vom 25.06.1991, Az: 1/3 RK 21/90 = SozR 3-2500 § 59 Nr. 1; Urteil vom 07.08.1991, Az: 1 RK 12/91) und den Ausführungen des SG Chemnitz, a.a.O., an. Die Ausführungen des Bundessozialgerichts in Fällen einer – erheblichen – Reduzierung des Sterbegeldes tragen nach Auffassung des Gerichts auch die vorliegende Streichung des Sterbegelds.
Das Rechtsstaatsprinzip ist insbesondere nicht unter dem Gesichtspunkt der hierdurch geschützten Rechtssicherheit und des daraus resultierenden Vertrauensschutzes der Bürger verletzt. Die Kürzung oder Streichung bisher vorgesehener Leistungen enttäuscht zwar einerseits das Vertrauen auf den Fortbestand des Leistungsumfanges der gesetzlichen Krankenversicherung. Andererseits kann der Gesetzgeber aber auch im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung nicht darauf verzichten, aus Gründen des Allgemeinwohls neue Regelungen zu treffen, die sich wechselnden Erfordernissen anpassen. Dabei muss er gesellschaftspolitischen Veränderungen und damit verbundenen wechselnden Interessenlagen, insbesondere auch der Belastbarkeit der Solidargemeinschaft der Versicherten, Rechnung tragen. Der Einzelne kann sich

demgegenüber nicht mit Erfolg darauf berufen, dass er auf den Fortbestand einer bestimmten gesetzlichen Regelung vertraut habe, wenn dieses Vertrauen unter Berücksichtigung der gesamten Umstände billigerweise eine Rücksichtnahme durch den Gesetzgeber nicht beanspruchen kann (BVerfGE 69, 272, 310; SG Chemnitz, a.a.O.).
Die Interessenabwägung zwischen dem Ausmaß des den Einzelnen treffenden Vertrauensschadens und der Bedeutung des gesetzlichen Anliegens für das Wohl der Allgemeinheit ergibt hier: Die Gemeinwohlinteressen rechtfertigen die Streichung des Sterbegeldes. Die Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung war nach Auffassung des Gesetzgebers notwendig, weil der Anstieg der Ausgaben der gesetzlichen Krankenversicherung mit seinen gesundheits-, sozial- und beschäftigungspolitischen Konsequenzen in zunehmendem Maße zu einer gefährlichen Belastung dieses sozialen Sicherungssystems und der Arbeitnehmer und Betriebe führte. Der medizinische Fortschritt und die zunehmende Zahl älterer Menschen führten zu einem Ausgabenanstieg, hinter dem die Entwicklung der Einnahmen zurückbleibt. Diese Finanzierungslücke kann nicht durch weitere Beitragssatzsteigerungen finanziert werden, da dies die Arbeitskosten erhöht und zu einer steigenden Arbeitslosigkeit beiträgt (Bundestags-Drucksache 15/1525, S. 71). Die Aufrechterhaltung der Finanzierbarkeit der gesetzlichen Krankenversicherung, über die der größte Teil der Bevölkerung seine Absicherung für den Krankheitsfall erfährt, und die Stabilisierung der Beiträge liegen in hohem Maße im Gemeinwohlinteresse. Mit einem Bündel von Maßnahmen hat der Gesetzgeber die gesetzliche Krankenversicherung spürbar entlastet. Unter anderem werden bestimmte Leistungen in die Eigenverantwortung der Versicherten übertragen (z.B. Zahnersatz), die Zuzahlungsregelungen werden neu gestaltet, einzelne Leistungsbereiche werden ausgegliedert – beispielsweise Sehhilfen und nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel (vgl. dazu Bundestags-Drucksache, a.a.O.) Die Kammer kann offen lassen, ob angesichts des gesamten geplanten Einsparvolumens von 9,8 Mrd. Euro für das Jahr 2004 die Kürzung des Sterbegeldes mit einer geschätzten Entlastung für 2004 von 0,4 Mrd. Euro erhebliche Bedeutung hat. Denn es kommt dabei nicht auf die Auswirkungen einer Gesetzesänderung bezüglich einer Einzelleistung an, sondern auf den Einspareffekt, der durch die Gesamtheit der vom Gesetzgeber beschlossenen Maßnahmen erzielt werden soll. Dazu gehört auch die Einsparung durch die Streichung des Sterbegeldes. Darüber, ob der Gesetzgeber auf anderem Wege die von ihm für notwendig gehaltenen Einsparungen hätte erreichen können, hat das Gericht nicht zu entscheiden. Denn in die insoweit bestehende Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers dürfen die Gerichte nicht eingreifen (Bundessozialgericht, a.a.O., m.w.N.; SG Chemnitz, a.a.O.)
II.
Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 Abs. 1 SGG und folgt der Entscheidung in der Hauptsache.
Die Sprungrevision war auf Antrag der Klägerin zuzulassen, weil die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat, §§ 161 Abs. 1, Abs. 2, 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG. Die Frage der gesetzlichen Grundlage für die Gewährung von Sterbegeld für Versicherte, die im Jahr 2004 verstorben sind, ist eine Rechtsfrage grundsätzlicher Art, die bisher noch nicht höchstrichterlich geklärt ist. Sie hat allgemeine Bedeutung, weil sie entscheidend für eine Vielzahl von Rechtsfällen ist.
Zitiervorschlag:
SG Dresden Urt. v. 26.1.2005 – S 25 KR 1319/04, BeckRS 2005, 30983178

SG Reutlingen, Urteil vom 20.01.2005 – S 3 KR 3431/04

Titel:
SG Reutlingen: Urteil vom 20.01.2005 - S 3 KR 3431/04
Schlagworte:
Anspruchsgrundlage, Aufhebung des Bescheides, Außergerichtliche Kosten, Bestattungskosten, Entscheidung ohne mündliche Verhandlung, Fortgeltung, Gesetzgebung, In-Kraft-Treten, Klageabweisung, Leistungsklage, Örtliche Zuständigkeit, SGB V, Sozialgerichte, Sozialgerichtsgesetz, Sprungrevision, Sterbegeldansprüche, Verfassungsrechtliche Zweifel, Verwaltungsverfahren, Widerspruchsbescheid, Zahnersatz
ECLI:
ECLI:DE:SGREUTL:2005:0120.S3KR3431.04.0A

Text1

Urteil
Die 3. Kammer des Sozialgerichts Reutlingen hat ohne mündliche Verhandlung am 20.01.2005 in Reutlingen durch den Richter am Sozialgericht … als Vorsitzender sowie die ehrenamtlichen Richter … und Edwin …
für Recht erkannt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Außergerichtliche Kosten werden nicht erstattet.
3. Die Sprungrevision wird zugelassen.

Die Beteiligten streiten über einen Anspruch auf Sterbegeld bei Tod der Versicherten im Jahr 2004.
Die Mutter der Klägerin war zuletzt Mitglied der beklagten Krankenkasse. Auch zum 01.01.1989 war sie Mitglied einer gesetzlichen Krankenkasse. Sie verstarb am 26.02.2004. Die Klägerin hat die Bestattungskosten getragen.
Am 25.08.2004 beantragte die Klägerin die Gewährung von Sterbegeld. Mit Bescheid vom 31.08.2004 lehnte die Beklagte den Antrag ab. Die Beklagte führte aus, seit dem 01.01.2004 gelte das GKV-Modernisierungsgesetz (GMG). Die gesetzlichen Anspruchsgrundlagen für die Gewährung von Sterbegeld seien ersatzlos gestrichen worden. Auch aus der Satzung der Beklagten sei die Leistung von Sterbegeld gestrichen worden. Hiergegen richtete sich der Widerspruch der Klägerin vom 06.09.2004. Die Klägerin trug vor, die maßgeblichen Anspruchsgrundlagen seien nicht wirksam gestrichen worden. Eine ausdrückliche Aufhebung sei nicht erfolgt. Es sei lediglich eine Überschreibung durch zwei neue Paragraphen, die jedoch erst zum 01.01.2005 in Kraft treten würden, erfolgt. Mit Widerspruchsbescheid vom 29.09.2004 wies die Beklagte den Widerspruch zurück. Der gesamte siebte Abschnitt des SGB V a.F. habe ab dem 01.01.2004 keine Gültigkeit mehr. Er sei mit Regelung zum Zahnersatz überschrieben worden. Nur einzelne dieser Regelungen würden erst zum 01.01.2005 in Kraft treten. Zudem sei auch § 11 Abs. 1 Satz 2 SGB V a.F. aufgehoben worden.
Deswegen hat die Klägerin am 27.10.2004 Klage erhoben. Die Klägerin wiederholt ihr Vorbringen aus dem Verwaltungsverfahren.
Die Klägerin beantragt,
die Beklagte unter Aufhebung des Bescheids vom 31.08.2004 i.d.G. des

Widerspruchsbescheids vom 29.09.2004 zur Gewährung von Sterbegeld für den Tod ihrer Mutter in Höhe von EUR 525,00 zu verurteilen,
ferner die Sprungrevision zuzulassen.
Die Beklagte beantragt,
die Klage abzuweisen.
Die Beklagte verweist zur Erwiderung auf die Ausführungen im Widerspruchsbescheid.
Die Beteiligten haben ihr Einverständnis mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung erklärt (Schreiben der Beklagten vom 20.12.2004, der Klägerin vom 29.12.2004).
Wegen des weiteren Vorbringens der Beteiligten und weiterer Einzelheiten wird auf die Verwaltungsakte der Beklagten sowie auf die Gerichtsakte verwiesen.
Das Gericht ist gemäß § 124 Abs. 2 Sozialgerichtsgesetz (SGG) im Einverständnis mit den Beteiligten berechtigt, den Rechtsstreit ohne mündliche Verhandlung zu entscheiden.
Die form- und fristgerecht beim sachlich und örtlich zuständigen Sozialgericht Reutlingen erhobene Klage ist zulässig. Richtige Klageart ist die kombinierte Anfechtungs-/ Leistungsklage gemäß § 54 Abs. 4 SGG.
Die Klage hat jedoch in der Sache keinen Erfolg. Der Klägerin steht kein Anspruch auf Gewährung von Sterbegeld zu. Die angefochtene Entscheidung der Beklagten erweist sich als rechtmäßig. Die Klägerin wird nicht in ihren Rechten verletzt.
Dem Anspruch steht entgegen, dass keine Anspruchsgrundlage – mehr – existiert. Bis zum 31.12.2003 enthielt das SGB V im siebten Abschnitt des 3. Kapitels unter der Überschrift „Sterbegeld" zwei Vorschriften über die Voraussetzungen und die Höhe des Anspruchs auf Sterbegeld. Beim Tod eines Versicherten wurde ein Zuschuss zu den Bestattungskosten (Sterbegeld) gezahlt, wenn der Verstorbene am 01. Januar 1989 versichert war. Das Sterbegeld wurde an denjenigen gezahlt, der die Bestattungskosten getragen hat (§ 58 SGB V a.F.). Das Sterbegeld betrug beim Tod eines Mitglieds EUR 525, beim Tod eines nach § 10 Versicherten EUR 262,50 (§ 59 SGB V a.F.). Mit dem GMG vom 14.11.2003 (BGBl. I Seite 2190 ff.) hat der Gesetzgeber die §§ 58, 59 SGB V a.F. mit Wirkung ab dem 01.01.2004 aufgehoben. Dies ergibt sich eindeutig aus der Eingangsformulierung zu Art. 1 Nr. 36 (Seite 2196) i.V. mit Art. 37 Abs. 1, Abs. 8 (Seite 2257). In der Eingangsformulierung zu Art. 1 Nr. 36 wird ausgeführt:
„Im dritten Kapitel wird der Siebte Abschnitt wie folgt gefasst:"
Anschließend erfolgt die Nennung „Zahnersatz" und nachfolgend die §§ 55 – 59 in der neuen Fassung. Diese Paragraphen regeln entsprechend der Abschnittsüberschrift Fragen zum Zahnersatz. In der Formulierung „wird der Siebte Abschnitt wie folgt gefasst" ist ein Änderungsbefehl enthalten. Mit diesem Befehl wurde der Wortlaut des Siebten Abschnitts vollständig gegen einen neuen Wortlaut ausgetauscht. Diese Neufassung schließt die Aufhebung des ursprünglichen – und zwar des gesamten – Wortlauts des Siebten Abschnitts mit ein. Der Änderungsbefehl hat damit eine doppelte Wirkung: zum einen wird die bisherige Gliederungseinheit (Siebter Abschnitt) vollständig aufgehoben und zweitens werden die Vorschriften der alten Gliederungseinheit durch die neu gefassten Vorschriften ersetzt (so völlig zutreffend mit Hinweisen auf das Handbuch der Rechtsförmlichkeit: Orlowski: „Das Sterbegeld ist eine gestrichene Leistung!" SGb 2004, 622, 623). Freilich ergibt sich aus Art. 37 GMG, dass in der Zeit vom 01.01.2004 bis zum 31.12.2004 nicht alle im GMG genannten neuen Vorschriften des Siebten Abschnitts Geltung haben sollten. Dies hat jedoch lediglich zur Folge, dass die zum 01.01.2004 noch nicht in Kraft getretenen Regelungen bzw. die maßgeblichen Paragraphen in diesem Zeitraum unbesetzt bleiben sollten. Nach Art. 37 Abs. 1, Abs. 8 GMG war ein zeitlich gestaffeltes in Kraft

treten der neuen Vorschriften des Siebten Abschnitts vorgesehen. Diese zeitliche Staffelung ändert jedoch nichts an dem Wirksamwerden des oben beschriebenen Änderungsbefehls hinsichtlich der Aufhebung des ursprünglichen Siebten Abschnitts. Aus dem Umstand, dass § 58 Abs. 1, 2 und § 59 SGB V i.d. Fassung des GMG erst zum 01.01.2005 in Kraft treten sollten, kann nicht geschlossen werden, dass die §§ 58, 59 SGB V a.F. im Jahr 2004 noch weitere Geltung beanspruchen können (siehe auch Orlowski am angegebenen Ort). Aus Art. 37 Abs. 1, Abs. 8 GMG ergibt sich nicht, dass der gesamte Siebte Abschnitt i.d. Fassung des GMG erst zum 01.01.2005 in Kraft treten sollte. In Kraft getreten sind zum 01.01.2004 die §§ 56, 57 und 58 Abs. 3. Damit sind erhebliche Teile des Siebten Abschnitts zum 01.01.2004 wirksam geworden. Auch daraus folgt zwingend, dass die ursprünglichen Vorschriften des Siebten Abschnitts mit Wirkung zum 01.01.2004 aufgehoben wurden.
Unerheblich ist dabei, dass der Gesetzgeber bereits mit Gesetz vom 15.12.2004 (Gesetz zur Anpassung der Finanzierung von Zahnersatz BGBl. I 3445) sein Vorhaben änderte, die nach der GMG vorgesehene gesonderte Finanzierung von Zahnersatz wieder verwarf und die §§ 58 Abs. 1, 2 und 4, 59 aus dem GMG entfernte sowie § 59 Abs. 3 SGB n.F. aufhob (Art. 1 Nr. 1b, Art. 2 Nr. 2). Dieses Gesetz trat mit Ausnahme einer Regelung zur Änderung des Gesetzes über die Alterssicherung der Landwirte am 16.12.2004 (Tag nach der Verkündung im BGBl.) in Kraft (Art. 4). Zu diesem Zeitpunkt waren die Regelungen zum Sterbegeld (§§ 58, 59 SGB V) aber bereits aufgehoben (s.o.).
Entgegen der Auffassung von Schnapp („Das Sterbegeld – eine auslaufende Leistung ?" SGb 2004, 451, 452) ist die Kammer nicht der Auffassung, dass dem Gesetzgeber ein handwerklicher Fehler unterlaufen ist, der durch die hier getroffene Entscheidung „perpetuiert" würde. Schnapp übersieht, dass mit der Formulierung „wird wie folgt gefasst" im Eingangstext von Nr. 36 GMG die Aufhebung der alten Vorschriften mit inbegriffen ist (siehe auch Orlowski am angegebenen Ort). Soweit von Schnapp ausgeführt wird, dass jedenfalls § 59 SGB V a.F. wirksam bleibe, wenn § 58 SGB V a.F. unter Anwendung der lex-posterior-Regel zur Gänze verdrängt werden würde, ist anzumerken, dass in diesem Fall ein Anspruch der Klägerin nicht gegeben wäre, da nur § 58 SGB V a.F. als Anspruchsgrundlage in Betracht kam und § 59 SGB V a.F. lediglich eine Inhaltsbestimmung des Anspruchs (Höhe der Leistung) darstellte (so auch Schmidt/ Urmersbach „Das Sterbegeld nach §§ 58, 59 SGB V – Requiescat in pace" KrV 2004, 322, 323).
Würde man entgegen der hier vertretenen Auffassung annehmen, der ursprüngliche Siebte Abschnitt sei in seiner Gesamtheit nach dem Wortlaut des GMG nicht eindeutig zum 01.01.2004 aufgehoben worden, müsste man zur weiteren Auslegung den Willen des Gesetzgebers heranziehen. Keinesfalls kann davon ausgegangen werden, dass der Wortlaut des GMG insoweit eindeutig sei, dass die Anspruchsgrundlage des § 58 SGB V a.F. in jedem Fall bis zum 31.12.2004 unangetastet bleiben sollte (so Schnapp aaO.). Unter Einbeziehung des Gesetzes zur Anpassung der Finanzierung des Zahnersatzes vom 15.12.2004 (s.o.) müsste dann sogar die zeitlich unbeschränkte Fortgeltung des Anspruches auf Sterbegeld angenommen werden, denn die §§ 58, 59 sind numerisch nunmehr unbesetzt und es ist keine „Ausfüllung" dieser Lücke vorgesehen (nach dem gegenwärtigen Kenntnisstand des Gerichts). Zum 01.01.2004 ist jedenfalls § 58 Abs. 3 SGB V n.F. in Kraft getreten. § 58 SGB V n.F. trug ab dem 01.01.2004 die Überschrift „Beitrag für Zahnersatz". Die behauptete Weitergeltung des § 58 SGB V a.F. hätte zur Folge gehabt, dass innerhalb derselben Vorschrift eine Regelung zum Zahnersatz und eine Regelung zum Sterbegeld enthalten gewesen wäre. Zudem wäre zu beachten, dass die

Regelung zum Sterbegeld dann im Abschnitt „Zahnersatz" stehen würde. Dies verdeutlicht, dass eine Fortgeltung zu sinn- und systemwidrigen Ergebnissen führt (so auch zutreffend SG Chemnitz 24.11.2004 S 13 KR 684/04).
Aus der amtlichen Begründung zum GMG (BT-Drs 15/1525) ergibt sich eindeutig, dass der Gesetzgeber die Streichung des Sterbegelds zum 01.01.2004 beabsichtigt hat (siehe Gesetzesbegründungen zu Nr. 36 und Nr. 3). Ferner ist zu beachten, dass auch aus der Aufhebung von § 11 Abs. 1 Satz 2 SGB V a.F. sowie der Änderung des § 21 Abs. 1 Erstes Buch Sozialgesetzbuch (SGB I) und den dazu vorliegenden Begründungen fest steht, dass eine Aufhebung des Sterbegeldanspruchs bereits ab dem Jahr 2004 beabsichtigt war. Dies ergibt sich auch aus den Darstellungen zu den finanziellen Auswirkungen des GMG (das Einsparvolumen durch die Streichung des Sterbegelds für das Jahr 2004 wurde auf insgesamt EUR 0,4 Milliarden eingeschätzt).
Selbst wenn man von einem auslegungsfähigen Inhalt des GMG hinsichtlich der Aufhebung der §§ 58, 59 SGB V a.F. ausginge, stünde damit fest, dass diese Regelungen ab dem 01.01.2004 keine Anwendung mehr finden können. Dieser Auslegung würde der Wortlaut des GMG nicht entgegen stehen.
Verfassungsrechtliche Zweifel hinsichtlich der Streichung des Anspruchs auf Sterbegeld zum 01.01.2004 wurden von der Klägerin nicht erhoben. Auch die Kammer hat keinen Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der vollständigen Streichung des Sterbegelds (siehe auch SG Chemnitz mit weiteren Ausführungen am angegebenen Ort).
Die Sprungrevision ist gemäß §§ 161, 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG zuzulassen. Streitig ist eine Rechtsfrage grundsätzlicher Art, die bisher höchstrichterlich nicht geklärt ist. Nachdem diese Frage kontrovers in einer allgemein anerkannten Fachzeitschrift (SGb) diskutiert wurde und die Herausgeber einer namhaften Gesetzessammlung (Aichberger C.H.Beck SGB V S. 61 EL 78 Juli 2004) eine andere Auffassung als die Kammer vertreten, ist ihre höchstrichterliche Klärung mit Rücksicht auf die eventuelle Wiederholung ähnlicher Fälle erwünscht.
Zitiervorschlag:
SG Reutlingen Urt. v. 20.1.2005 – S 3 KR 3431/04, BeckRS 2005, 31050790

BeckRS 2009, 54258

SG Dresden, Gerichtsbescheid vom 03.01.2005 - S 18 KR 1174/04

Titel:
Krankenversicherung, Sterbegeld, außer Kraft getretene Vorschriften
Normenketten:
SGB §§ 58, 59
GMG Art. 37 I
Rechtsgebiet:
Sozialrecht
Schlagworte:
Krankenversicherung, Sterbegeld, außer Kraft getretene Vorschriften
ECLI:
ECLI:DE:SGDRESD:2005:0103.S18KR1174.04.0A
Rechtskraft:
nicht rechtskräftig

Rechtskräftig: nicht rechtskräftig

18. Kammer
Sachgebiet: Krankenversicherung
I.
Die Klage wird abgewiesen.
II.
Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten.
Tatbestand:
Der Kläger beantragte am 17.06.2004 die Auszahlung von Sterbegeld aus dem Recht seiner am ... 2004 verstorbenen und zu Lebzeiten bei der Beklagten versicherten Mutter G. K. Die Beklagte lehnte den Antrag durch Bescheid vom 24.06.2004 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 25.08.2004 unter Hinweis darauf ab, dass die Vorschriften über das Sterbegeld mit Wirkung vom 01.01.2004 außer Kraft getreten seien. Hiergegen richtet sich die am 20.09.2004 beim Sozialgericht Dresden eingegangene Klage. Die Prozessbevollmächtigten des Klägers sind der Auffassung, die in §§ 58, 59 des Sozialgesetzbuchs (SGB) Fünftes Buch (V) - Gesetzliche Krankenversicherung - alter Fassung verankerten Vorschriften über das Sterbegeld seien nicht ab 01.01.2004, sondern frühestens zum Ablauf des 31.12.2004 außer Kraft getreten. Das ergebe sich daraus, dass § 58 Abs. 1, 2 und 4 sowie § 59 SGB V in der Fassung des Artikel 1 Nr. 36 des Gesetzes zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Modernisierungsgesetz - GMG) vom 14.11.2003 (BGBl. I S. 2190) als „überschreibende Regelungen" an Stelle der bisherigen Vorschriften über das Sterbegeld erst zum 01.01.2005 in Kraft getreten seien. Die §§ 58, 59 SGB V der bisherigen Gesetzesfassung seien nicht ausdrücklich außer Kraft gesetzt worden. Davon gehe offenbar auch der C. H. Beck-Verlag aus, der in der Ergänzungslieferung der Gesetzessammlung Aichberger „Sozialgesetzbuch" eine dahin gehende redaktionelle Anmerkung habe anbringen lassen.
Der Kläger beantragt
(gemäß § 123 Abs. 1 des Sozialgerichtsgesetzes [SGG]) sinngemäß ergänzt): die Beklagte unter Aufhebung des Bescheids vom 24.06.2004 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 25.08.2004 zu verurteilen, an den Kläger für die am ... 2004 verstorbene Frau G. K. ein Sterbegeld in Höhe von 525,00 EUR zu zahlen.
Die Beklagte beantragt
unter Bezugnahme auf die Gründe des Widerspruchsbescheids, die Klage abzuweisen.
Die Beteiligten haben auf Anfrage keine Einwände gegen eine Entscheidung durch Gerichtsbescheid erhoben. Wegen der Einzelheiten des Sachverhalts wird auf den Inhalt der gerichtlichen Verfahrensakte und auf die beigezogene Verwaltungsakte der Beklagten verwiesen.
Entscheidungsgründe:
Das Gericht kann über den Rechtsstreit gemäß § 105 Abs. 1 SGG durch Gerichtsbescheid entscheiden, weil die Sache keine besonderen Schwierigkeiten tatsächlicher oder rechtlicher Art aufweist, der Sachverhalt geklärt ist und die Beteiligten keine Gründe vorgetragen haben, die einer Entscheidung durch Gerichtsbescheid entgegen stehen würden. Die Klage ist unbegründet. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Sterbegeld, weil es an einer entsprechenden Anspruchsgrundlage fehlt. Wegen der Darstellung der Rechtslage wird zunächst auf die zutreffende Begründung des Widerspruchsbescheids verwiesen und insoweit von einer nochmaligen Darstellung der Entscheidungsgründe gemäß § 136 Abs. 3 SGG abgesehen. Ergänzend wird noch auf Folgendes hingewiesen:
Der Siebte Abschnitt des Dritten Kapitels des SGB V alter Fassung mit seinen (einzigen) §§ 58 und 59 über das Sterbegeld wurde durch Artikel 1 Nr. 36 in Verbindung mit Artikel 37

Abs. 1 GMG mit Wirkung ab dem 01.01.2004 durch einen neuen Siebten Abschnitt mit den §§ 55 bis 59 über den Zahnersatz ersetzt. Damit sind die ursprünglich in den §§ 58, 59 SGB V verankerten Vorschriften über das Sterbegeld zum Ablauf des 31.12.2003 außer Kraft getreten. Der Wortlaut des Gesetzes lässt eine andere Auslegung nicht zu. Die Bevollmächtigten des Klägers gelangen zu einer falschen Rechtsauffassung, weil sie dem Gesetz stillschweigend einen vom tatsächlichen Wortlaut abweichenden Wortlaut unterstellen. 1. Die Vorschriften über das Sterbegeld sind durch Artikel 1 Nr. 36 GMG außer Kraft gesetzt worden. Artikel 1 Nummer 36 GMG lautet wörtlich: „36. Im Dritten Kapitel wird der Siebte Abschnitt wie folgt gefasst: Siebter Abschnitt Zahnersatz [...]" Es folgen die §§ 55 bis 59 SGB V neuer Fassung, die den Leistungsanspruch, die Festsetzung der Regelversorgung, die Beziehungen zu Zahnärzten und Zahntechnikern, den Beitrag für Zahnersatz sowie den Finanzausgleich für härtefallbedingte Mehraufwendungen der Krankenkassen regeln. Die Worte „wie folgt gefasst" in Artikel 1 Nr. 36 GMG enthalten rechtlich zwei Geltungsbefehle: zum Einen die Aufhebung des Siebten Abschnitt des Dritten Kapitels SGB V alter Fassung mit den §§ 58 und 59 über das Sterbegeld, zum Anderen den Erlass des Siebten Abschnitt des Dritten Kapitels SGB V neuer Fassung mit den §§ 55 bis 59 über den Zahnersatz. Es ist keineswegs so, dass eine frühere gesetzliche Regelung nur außer Kraft gesetzt wird, wenn das Gesetz die Worte „wird aufgehoben" verwendet. Dies werden auch die Bevollmächtigten des Klägers nicht ernsthaft behaupten wollen, zumal sie offenbar selbst einräumen, dass die Abschaffung des Sterbegeldes, wenn auch erst ab dem 01.01.2005, durchaus im GKV-Modernisierungsgesetz verankert ist. Der Gesetzgeber ist bei der Formulierung eines Gesetzes nicht an die Verwendung bestimmter Spruchformeln gebunden, sondern kann sich verschiedener Formulierungen bedienen, um das Außerkrafttreten bestimmter Vorschriften anzuordnen. Die ausdrückliche „Aufhebung" einer Norm ist nur eine davon und wird üblicherweise nur verwendet, wenn noch keine neue Regelung feststeht, die künftig in der Abfolge des Gesetzestextes an der Stelle der aufgehobenen Vorschrift stehen soll, wie hier beispielsweise im Falle des Artikel 1 Nr. 3 GMG, der - mit Wirkung ab dem 01.01.2004 - den früheren § 11 Abs. 1 Satz 2 SGB V über das Sterbegeld aufhebt. Vielfach werden in Stammgesetze neue Vorschriften eingefügt, welche dort die Nummerierung von außer Kraft getretenen früheren Regelungen erhalten. In diesen Fällen entspricht es dem üblichen Gesetzeswortlaut, dass die früheren Abschnitte oder Paragrafen neu „gefasst" oder einzelne Worte oder Sätze „ersetzt" werden (vgl. Bundesministerium der Justiz [Hrsg.], Handbuch der Rechtsförmlichkeit, Bundesanzeiger-Verlag 1999, S. 149 f.). Diese Worte verbinden begrifflich die Aufhebung der alten mit dem Erlass der jeweiligen neuen Regelungen bzw. Regelungsbestandteile. Dabei entscheidet die begriffliche Verknüpfung allein nicht zwingend mit über den Zeitpunkt des Inkrafttretens der darin enthaltenen Geltungsbefehle. Die Formulierungen „gefasst" bzw. „ersetzt" enthalten jeweils zwei unterschiedliche Geltungsanordnungen, denen der Gesetzgeber durch die Ausgestaltung der Übergangsvorschriften des Änderungsgesetzes auch unterschiedliche Zeitpunkte ihres Inkrafttretens zuordnen kann. 2. Außer Kraft getreten sind die Vorschriften über das Sterbegeld gemäß Artikel 37 Abs. 1 GMG mit Wirkung vom 01.01.2004. Das Inkrafttreten der beiden in Artikel 1 Nr. 36 GNG enthaltenen Geltungsbefehle ist in Artikel 37 Abs. 1 und Abs. 8 GMG differenziert geregelt. Für den ersten Teil der Geltungsanordnung - die Aufhebung der Vorschriften über das Sterbegeld - ist allein Artikel 37 Abs. 1 GMG einschlägig. Dieser lautet: „(1) Dieses Gesetz tritt am 1. Januar 2004 in Kraft, soweit in den folgenden Absätzen nichts Abweichendes bestimmt ist." In den folgenden Absätzen des Artikel 37 GMG ist nichts Abweichendes

bestimmt. Dort ist nirgends angeordnet, dass die §§ 58, 59 SGB V alter Fassung über das Sterbegeld fortgelten sollen. Etwas Gegenteiliges folgt insbesondere nicht aus Artikel 37 Abs. 8 GMG. Dort heißt es: „(8) Artikel 1 Nr. 13 (§ 27), [...] in Nummer 36 die §§ 55, 58 Abs. 1, 2 und 4 sowie § 59 [...] treten am 1. Januar 2005 in Kraft." Der Gesetzgeber hat nicht, wie die Bevollmächtigten des Klägers stillschweigend unterstellen, angeordnet, dass Artikel 1 Nr. 36 GMG erst zum 01.01.2005 in Kraft treten würde. Soweit die Bevollmächtigten des Klägers aus Artikel 37 Abs. 8 GMG schließen, die § 58 und § 59 SGB V alter Fassung „überschreibenden Regelungen" würden erst zum 01.01.2005 in Kraft treten, verkennen sie die Bedeutung der Worte „in Nummer 36 die §§ ...". Zudem unterschieden sie nicht zwischen dem Änderungsbefehl, durch den eine Vorschrift des Stammgesetzes „überschrieben" wird, und den neuen Vorschriften des Stammgesetzes, mit denen die alte Fassung des Gesetzes ersetzt wird. Das GKV-Modernisierungsgesetz trifft jedoch diese Unterscheidung und knüpft daran unterschiedliche Rechtsfolgen hinsichtlich des Zeitpunkts der rechtlichen Wirkung des Änderungsgesetzes. Artikel 37 Abs. 8 GMG unterscheidet begrifflich zwischen den erst zum 01.01.2005 in Kraft tretenden Änderungsbefehlen des GKV-Modernisierungsgesetzes (wie zum Beispiel Artikel 1 Nr. 13 GMG) einerseits und den durch die Änderungsbefehle in Kraft gesetzten Vorschriften des Stammgesetzes (wie § 55, § 58 Abs. 1, 2 und 4 und § 59 SGB V neuer Fassung) andererseits. Das als Ausnahme von dem in Artikel 37 Abs. 1 GMG enthaltenen Grundsatz (Inkrafttreten am 01.01.2004) in Artikel 37 Abs. 8 GMG angeordnete Inkrafttreten am 01.01.2005 bezieht sich nicht auf den gesamten Änderungsbefehl des Artikel 1 Nr. 36 GMG, sondern nur auf einzelne der durch Artikel 1 Nr. 36 GMG in Kraft gesetzten Vorschriften des SGB V neuer Fassung über den Zahnersatz. Das Inkrafttreten von Artikel 1 Nr. 36 GMG selbst, das heißt die Anordnung der Neufassung des Siebten Abschnitts im Dritten Kapitel des SGB V, ist nicht bis zum 01.01.2005 aufgeschoben. Die durch Artikel 37 Abs. 8 GMG angeordnete Ausnahme vom grundsätzlichen Inkrafttreten am 01.01.2004 beschränkt sich auf § 55, § 58 Abs. 1, 2 und 4 und § 59 SGB V neuer Fassung. Nur diese Paragrafen und Absätze über den Zahnersatz entfalten ihre Rechtswirkung erst zum 01.01.2005. Dagegen berührt Artikel 37 Abs. 8 GMG weder den ersten Teil des in Artikel 1 Nr. 36 GMG enthaltenen Geltungsbefehls, nämlich die Aufhebung der alten Vorschriften über das Sterbegeld, noch die im zweiten Teil des Geltungsbefehls geregelte neue Abschnittsüberschrift sowie die §§ 56, 57 und § 58 Abs. 3 SGB V neuer Fassung über den Zahnersatz. Hinsichtlich dieser Änderungen bleibt es beim Inkrafttreten am 01.01.2004. Die Vorschriften des früheren Siebten Abschnitts über das Sterbegeld, die nur zufällig die gleiche Paragrafennummer wie ein Teil der erst am 01.01.2005 in Kraft getretenen Vorschriften über Zahnersatz tragen, können also nicht auf Grundlage des Artikel 37 Abs. 8 GMG die Neufassung des Siebten Abschnittes überdauert haben. Für die Neufassung und damit das Außerkrafttreten des gesamten Siebten Abschnitts des Dritten Kapitels des SGB V alter Fassung am 01.01.2004 (Artikel 37 Abs. 1 GMG) ist das spätere Inkrafttreten einzelner Regelungen der neuen Fassung am 01.01.2005 (Artikel 37 Abs. 8 GMG) bedeutungslos. 3. Die abweichende Rechtsauffassung der Bevollmächtigten des Klägers beruht dagegen auf einem Denkfehler in Gestalt einer ignoratio elenchi. Denn sie setzen die in Artikel 1 Nr. 36 GMG genannte und zum 01.01.2004 neu gefasste Gliederungsebene „Siebter Abschnitt", auf die sich Artikel 37 Abs. 1 GMG bezieht, irrtümlich mit den in Artikel 37 Abs. 8 GMG genannten § 55, § 58 Abs. 1, 2 und 4 und § 59 SGB V neuer Fassung gleich. Es handelt sich dabei aber nach dem klaren Gesetzeswortlaut um verschiedene Gegenstände des Normsetzungsbefehls. Es würde in der Tat vertretbar erscheinen, das Außerkrafttreten der alten Vorschriften über das Sterbegeld mit dem

späteren Inkrafttreten der neuen Vorschriften über den Zahnersatz auch zeitlich zu verknüpfen, wenn der Gesetzgeber in Artikel 1 Nr. 36 GMG tatsächlich angeordnet hätte, dass „die §§ 58 und 59" neu gefasst werden und diese Neufassung erst zum 01.01.2005 in Kraft treten soll. Einen solchen Geltungsbefehl, wie ihn die Bevollmächtigten des Klägers unterstellen, enthält das GKV-Modernisierungsgesetz jedoch nicht. Der Gesetzgeber hat nicht etwa mit dem späteren Inkrafttreten von §§ 55, 58 Abs. 1, 2 und 4 sowie § 59 SGB V neuer Fassung eine redaktionelle Insel inmitten der Vorschriften über den Zahnersatz freihalten wollen, auf der noch ein Jahr lang einzelne Vorschriften über das Sterbegeld die Neufassung des Siebten Abschnitts des Dritten Kapitels des SGB V hätten überdauern sollen. Zudem gäbe es, die Auffassung der Bevollmächtigten des Klägers zu Ende gedacht, keinen vernünftigen Grund, weshalb zwar das Inkrafttreten von § 58 Abs. 1, 2 und 4 SGB V neuer Fassung bis zum 01.01.2005 aufgeschoben sein sollte, nicht aber das von § 58 Abs. 3 SGB V neuer Fassung, falls tatsächlich das Außerkrafttreten der Vorschriften über das Sterbegeld vom Inkrafttreten der §§ 58, 59 SGB V neuer Fassung hätte abhängen sollen. Die Regelungsgegenstände des Siebten Abschnitts alter Fassung einerseits - Sterbegeld - und des Siebten Abschnitts neuer Fassung andererseits - Zahnersatz - haben schließlich auch materiell nichts miteinander zu tun, was eine zeitliche Verknüpfung des Außerkrafttretens der einen mit dem Inkrafttreten der gleich nummerierten anderen Regelungen voraussetzen würde. Angesichts des klaren Wortlauts des Gesetzes gehen die verschiedentlich - etwa im Aufsatz von Schnapp, SGb 2004, S. 451 f. - angestellten Erwägungen, darüber, ob es zulässig sei, sich unter Berufung auf die Absicht des Gesetzgebers über den Gesetzeswortlaut hinwegzusetzen, an der Sache vorbei. Denn die behauptete Diskrepanz zwischen Gesetzeswortlaut und Gesetzeszweck existiert nicht. Wie Schnapp am angegebenen Ort selbst als mögliche Lesart einräumt, hat der Gesetzgeber mit dem Passus „Im Dritten Kapitel wird der Siebte Abschnitt wie folgt neu gefasst" eindeutig zu erkennen gegeben, dass die §§ 58 und 59 SGB V, die das Sterbegeld betrafen, eliminiert werden sollten. Eine auch nur ansatzweise Auseinandersetzung mit diesem Wortlaut, geschweige denn eine Widerlegung, lässt der Aufsatz vermissen. Tatsächlich handelt es sich bei der mit jenen Worten wiedergegebenen Interpretation um die einzige vertretbare Auslegung des Gesetzestextes. Dem von den Bevollmächtigten des Klägers zitierten redaktionellen Zusatz in der sozialrechtlichen Textsammlung Aichberger kommt keine normative Geltung zu. Ihm lassen sich trotz der weiten Verbreitung der Textsammlung auch sonst keine Argumente für die vom Kläger bevorzugte Auslegung entnehmen; der Autoritätsbeweis gehört nicht zum Kanon rechtsstaatlicher Auslegungsmethodik, ebenso wenig sind die Auflagenhöhe oder die Verbreitung eines juristischen Hilfsmittels Kriterien für die Richtigkeit der darin enthaltenen redaktionellen Anmerkungen. Tatsächlich ist der Zusatz falsch - im Gegensatz etwa zu den redaktionellen Anmerkungen in der dtv-Taschenbuch-Ausgabe der Beck-Texte „SGB - Sozialgesetzbuch" (31. Auflage 2004), wo die Rechtslage mit den Worten: „7. Abschnitt neu gefasst mit Wirkung vom 01.01.2004" korrekt wiedergegeben und nur bei § 55, § 58 Abs. 1, 2 und 4 und § 59 SGB V neuer Fassung auf deren Inkrafttreten mit Wirkung vom 01.01.2005 hingewiesen wird. Die alten Regelungen über das Sterbegeld sind dort, anders als im Aichberger, zutreffender Weise nicht mehr abgedruckt. 4. Auch aus verfassungsrechtlicher Sicht bestehen gegenüber der Abschaffung des Sterbegeldes durch das GKV-Modernisierungsgesetz keine Bedenken. Der Gesetzgeber hat damit in nicht zu beanstandender Weise den Inhalt der Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung mit Wirkung für die Zukunft neu bestimmt. Ob der auf den Zeitpunkt seines Todes verhaltene Anspruch des Versicherten auf Sterbegeld nach den §§ 58, 59

SGB V alter Fassung dem eigentumsrechtlichen Schutz des Artikel 14 Abs. 1 des Grundgesetzes (GG) - als spezialgesetzlicher Ausprägung des allgemeinen Vertrauensschutzprinzips im vermögensrechtlichen Bereich - unterliegt, kann dahingestellt bleiben. Selbst wenn man annimmt, dass der Schutzbereich des Grundrechts berührt sei, sind keine verfassungsrechtlichen Positionen des Versicherten verletzt, welche die Träger der Beerdigungskosten evtl. im eigenen Namen geltend machen könnten. Bei der Anwendung des Artikel 14 GG auf sozialversicherungsrechtliche Positionen räumt das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber eine weite Gestaltungsfreiheit ein, und zwar insbesondere für Regelungen, die dazu dienen, die Funktions- und Leistungsfähigkeit des Systems im Interesse aller zu erhalten, zu verbessern oder veränderten wirtschaftlichen Bedingungen anzupassen. Sofern die gesetzliche Regelung dem Zweck des Gemeinwohls dient und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht, ist es dem Gesetzgeber grundsätzlich nicht verwehrt, Leistungen zu kürzen, den Umfang von Ansprüchen oder Anwartschaften zu vermindern oder diese umzugestalten (vgl. Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 28.02.1980, Az. 1 BvL 17/77). Die angegriffene Regelung, welche das Sterbegeld aus dem Katalog der Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung herausnimmt, entspricht diesen Vorgaben. Sie ist - als Teil einer Vielzahl sozialrechtlicher Neuregelungen - nach Auffassung des Gesetzgebers als Solidarbeitrag zur Stabilisierung der finanziellen Situation der gesetzlichen Krankenversicherung erforderlich (vgl. Bundestags-Drucksache 15/1525 S. 91). Diese Einschätzung hält sich im Rahmen der gesetzgeberischen Entscheidungsprärogative. Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 Abs. 1 SGG und folgt der Entscheidung in der Hauptsache.
Zitiervorschlag:
SG Dresden Gerichtsbescheid v. 3.1.2005 – S 18 KR 1174/04, BeckRS 2009, 54258

BeckRS 2009, 54273

SG Dresden, Urteil vom 15.12.2004 - S 25 KR 1229/04

Titel:
Krankenversicherung, Sterbegeld, Tod eines Versicherten, außer Kraft getretene Normen
Normenkette:
SGB V §§ 58, 59
Rechtsgebiet:
Sozialrecht
Schlagworte:
Krankenversicherung, Sterbegeld, Tod eines Versicherten, außer Kraft getretene Normen
ECLI:
ECLI:DE:SGDRESD:2004:1215.S25KR1229.04.0A
Rechtskraft:
nicht rechtskräftig

Rechtskräftig: nicht rechtskräftig
25. Kammer
Sachgebiet: Krankenversicherung
I.
Die Klage wird abgewiesen.

II.
Die Beklagte hat keine außergerichtlichen Kosten der Klägerin zu erstatten.
Tatbestand:
Die Beteiligten streiten über den Anspruch auf Sterbegeld beim Tod eines Versicherten nach dem ... 2004. Der Vater der Klägerin war bei der Beklagten krankenversichert und ist am ... 2004 verstorben. Für diesen beantragte die Klägerin am 15.07.2004 bei der Beklagten die Zahlung von Sterbegeld in Höhe von 525,00 EUR. Diese lehnte die Zahlung mit Bescheid vom 16.07.2004 mit der Begründung ab, dass diese Leistung durch das Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Modernisierungsgesetz - GMG) mit Wirkung zum 01.01.2004 entfallen sei. Dagegen legte die Klägerin mit Datum vom 17.08.2004 Widerspruch ein, der mit dem Widerspruchsbescheid vom 08.09.2004 abschlägig beschieden wurde. Gegen den Widerspruchsbescheid klagte die Klägerin mit Datum vom 05.10.2004, Eingang bei Gericht am 07.10.2004. Der Kläger ist der Ansicht, dass ihr Sterbegeld zustehen würde. Entgegen der Ansicht der Beklagten sei das Sterbegeld nicht ab dem 01.01.2004 abgeschafft worden, weil die Normen, die die alten Regelungen ersetzen, erst zum 01.01.2005 in Kraft treten würden. Die Klägerin beantragt, den Bescheid vom 16.07.2004 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 08.09.2004 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, ihr für ihren verstorbenen Vater, Herrn B., Sterbegeld in gesetzlicher Höhe zu gewähren. Die Beklagte beantragt die Klage abzuweisen. Sie ist der Ansicht, dass der Gesetzgeber zum 01.01.2004 den kompletten Siebten Abschnitt des Dritten Kapitels des Fünften Buches des Sozialgesetzbuches (SGB V) neu gefasst habe und damit für Versicherte, die nach diesem Zeitpunkt verstorben seien, kein Sterbegeld mehr gezahlt werden könne. Das Gericht hat die Verwaltungsakte der Beklagten mit dem Aktenzeichen 5069/2004-618 beigezogen und zum Gegenstand des Verfahrens gemacht. Hinsichtlich der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird ergänzend auf den Inhalt der beigezogenen Akte und der gerichtlichen Verfahrensakte mit den gewechselten Schriftsätzen nebst Anlagen, insbesondere auf die Niederschrift der mündlichen Verhandlung vom 15.12.2004, Bezug genommen.
Entscheidungsgründe:
I.
Der Klage war abzuweisen, weil sie zwar zulässig, aber unbegründet ist. Der geltend gemachte Anspruch steht der Klägerin nicht zu. In Betracht gekommen wäre allein ein Anspruch aus §§ 58 f. SGB V, in der seit dem Inkrafttreten des SGB V geltenden Fassung. Diese Normen sind jedoch seit dem 01.01.2004 außer Kraft getreten.
1. Über die Frage, ob die §§ 58 f. SGB V, die das Sterbegeld gewähren, am 01.01.2004 außer Kraft getreten sind, werden in Rechtsprechung und Rechtslehre unterschiedliche Meinungen vertreten. Schnapp vertritt die Ansicht, dass der Willen des Gesetzgebers, das Sterbegeld abzuschaffen, in dem Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Modernisierungsgesetz - GMG) vom 14.11.2003 (BGBl. I S. 2190 ff.) keinen Ausdruck gefunden habe. Der Wille des Gesetzgebers sei daher unbeachtlich, vgl. Schnapp, SGb 2004, 451 f. Diese Auffassung wird in den Medien aufgegriffen und auch vom Verband der Deutschen Bestatter in verschiedenen Presseerklärungen wiedergegeben, vgl. nur die Presseinformation vom 12.11.2004, zu finden unter www...de. Sehr große Resonanz hat auch die Wiedergabe dieser Auffassung in Sendungen des MDR-Fernsehens („Ein Fall für Escher") und des ...-Fernsehens („Monitor") sowie in einer Anzeige im ... Amtsblatt Nr. 33-34 vom 19.08.2004, S. 14, gefunden. Dagegen vertreten verschiedene Autoren und das Sozialgericht Chemnitz die Ansicht, dass der Wille des Gesetzgebers sehr wohl im GMG einen genügenden Ausdruck

gefunden habe und das Sterbegeld damit zum 01.01.2004 abgeschafft sei, vgl. SG Chemnitz, Gerichtsbescheid vom 24.11.2004, Az: S 13 KR 684/04; Schmidt/Urmersbach, http://www...de/aktuell/standpunkte/01/index 6433.htm; Orlowski, SGb 2004, 622 f. 2. Der letzten Ansicht ist zu folgen.
a) Das Dritte Kapitel des SGB V enthielt in seiner bisherigen Fassung folgende Vorschriften über das Sterbegeld: „Siebter Abschnitt. Sterbegeld
§ 58 Sterbegeld Beim Tod eines Versicherten wird ein Zuschuss zu den Bestattungskosten (Sterbegeld) gezahlt, wenn der Verstorbene am 1. Januar 1989 versichert war. Das Sterbegeld wird an denjenigen gezahlt, der die Bestattungskosten trägt.
§ 59 Höhe des Sterbegeldes Das Sterbegeld beträgt beim Tod eines Mitglieds 525 Euro, beim Tod eines nach § 10 Versicherten 262,50 Euro."
Art. 1 Nr. 36 GMG beginnt mit folgender Regelung: „Im Dritten Kapitel wird der Siebte Abschnitt wie folgt gefasst: Siebter Abschnitt. Zahnersatz „ Danach werden die §§ 55 bis 59 aufgeführt, die Regelungen zum Zahnersatz enthalten. Die §§ 55 bis 57 konnten in den Siebten Abschnitt mit einbezogen werden, weil diese Paragrafen vorher unbesetzt waren. Zum In-Kraft-Treten enthält das GMG folgende Regelung in Art. 37 Abs. 1: „Das Gesetz tritt am 1. Januar 2004 in Kraft, soweit in den folgenden Absätzen nichts Abweichendes bestimmt ist." Eine der Ausnahmen enthält Art. 37 Abs. 8 GMG mit folgender Regelung, die hier nur auszugsweise wiedergegeben wird: „Artikel 1 (...) in Nummer 36 die §§ 55, 58 Abs. 1, 2 und 4 sowie § 59 (...) treten am 1. Januar 2005 in Kraft". Durch das GMG wurden auch § 11 Abs. 1 Satz 2 SGB V a. F. und § 21 Abs. 1 Nr. 5 des Ersten Buches des Sozialgesetzbuches (SGB I) a. F. mit Wirkung zum 01.01.2004 gestrichen. Beide Regelungen erwähnten das Sterbegeld als Leistung der gesetzlichen Krankenkasse. Der Entwurf zum GMG der Fraktionen SPD, CDU/CSU und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vom 08.09.2003, Bundestags-Drucksache 15/1525, wird auf S. 76 f. wie folgt begründet: „8. Neuordnung der Finanzierung In die Neuordnung der Finanzierung werden alle relevanten Beteiligten im Gesundheitswesen eingebunden. Dabei wird sichergestellt, dass notwendige medizinische Leistungen allen zugänglich bleiben. Bei der Neuordnung der Zuzahlung wird sozialen Belangen besonders Rechnung getragen. Vorgesehen ist: (...) - Bestimmte Leistungen werden in die Eigenverantwortung der Versicherten übertragen. Sterbegeld, Entbindungsgeld und Leistungen bei Sterilisation, die nicht aus medizinischen Gründen geboten sind, müssen künftig von den Versicherten selbst finanziert werden." Auf S. 80 findet sich folgende Begründung: „Zu Nummer 3 (§ 11) Es handelt sich um eine Folgeregelung zur Aufhebung des Siebten Abschnitts im Dritten Kapitel (Streichung des Anspruchs auf Sterbegeld)." Die eigentliche Neufassung des Siebten Abschnittes wird auf S. 91 in folgender Weise begründet: „Zu Nummer 36 (Siebter Abschnitt, §§ 55 bis 59) Der Siebte Abschnitt enthielt bislang die Regelungen zum Sterbegeld. Als Sterbegeld wird seit dem 1. Januar 1989 (GRG) ein Zuschuss zu den Bestattungskosten an denjenigen gezahlt, der die Bestattungskosten trägt (§ 58). Seit der Neuregelung zum 1. Januar 2003 sind dies beim Tod eines Mitglieds 525,- Euro und beim Tod eines Familienversicherten 262,50 Euro (§ 59). Es handelt sich nicht um eine fürsorgeähnliche Leistung, die den unterhaltsberechtigten Hinterbliebenen die Umstellung auf die neuen Lebensverhältnisse erleichtern soll - wie z. B. Gehalts- oder Lohnfortzahlungen, Pensionen oder Renten für eine gewisse Zeit. Versicherte können in der Regel selbst Vorsorge für die Bestattung treffen. Der Bestattungskostenzuschuss ist dem Grunde nach eine versicherungsfremde Leistung, da er nach dem Tode dessen, von dem er abgeleitet wird, an einen Dritten gezahlt wird. Da das Sterbegeld nach bislang geltendem Recht nur gezahlt wird, wenn der Verstorbene am 1. Januar 1989 versichert war, handelt es sich um eine auslaufende

Leistung. Die Hinterbliebenen aller, die nach diesem Zeitpunkt in der gesetzlichen Krankenversicherung versichert worden sind, können bereits nach bislang geltendem Recht einen solchen Zuschuss nicht mehr erhalten, obwohl dies keine Auswirkungen auf die Höhe der Beitragszahlungen hat. Die Streichung des Sterbegeldes für Mitglieder und Familienversicherte ist als Solidarbeitrag zur Stabilisierung der finanziellen Situation der gesetzlichen Krankenversicherung erforderlich. Der neue Siebte Abschnitt enthält nunmehr die Vorschriften zur Neuordnung der Versorgung mit Zahnersatz." Die Änderung des Ersten Buches des Sozialgesetzbuches wird auf S. 153 mit folgenden Worten begründet: „Zu Artikel 3 (Änderung des Ersten Buches Sozialgesetzbuch) Folgeänderung aus den Änderungen in den §§ 195 und 200b RVO (Streichung des Anspruchs auf Entbindungsgeld), der Änderung des § 24b SGB V (Änderung des Anspruchs bei Sterilisationen) sowie der Aufhebung der §§ 58 und 59 SGB V (Streichung des Anspruchs auf Sterbegeld)." Auf S. 171 wird die finanzielle Entlastung durch die Abschaffung des Sterbegeldes mit jährlich 0,4 Mrd. EUR angegeben.
b) Entgegen der Ansicht von Schnapp besteht zumindest die Möglichkeit, die dargestellte Regelung im GMG in der Weise auszulegen, dass die Normen zum Sterbegeld bereits am 01.01.2004 außer Kraft getreten sind. Dabei ist der Wortlaut des Anfangs des Art. 1 Nr. 36 GMG von entscheidender Bedeutung. Dieser enthält den Änderungsbefehl „fassen". Ob man diesen in der Weise verstehen kann, dass die nachfolgenden Paragrafen erst ab deren In-Kraft-Treten die alten ersetzen sollen, kann dahinstehen. Die Kammer meint, dass eine solche Auslegung fern liegt. Jedenfalls kann dieser Änderungsbefehl nach seinem Wortlaut auch so verstanden werden, dass die alten Regelungen komplett bereits zum normalen In-Kraft-Treten des Änderungsgesetzes abgeschafft werden und die neuen an ihre Stelle treten, sobald sie nach speziellen Vorschriften in Kraft treten. Das Verb „fassen" enthält in dieser Bedeutung neben dem Element des Neuschaffens auch ein Element des Abschaffens. Es drückt hier dasselbe aus, wie die Substantive „Fassung" und „Neufassung". Auch diese Begriffe enthalten ein Element des Abschaffens neben dem Element des Neuschaffens. Dass der Änderungsbefehl „fassen" ebenfalls die Bedeutung des Abschaffens enthält, wird auch von Schnapp nicht in Frage gestellt, weil dieser ja von der Abschaffung des Sterbegeldes ab dem 01.01.2005 ausgeht, ohne dass dafür eine ausdrückliche Aufhebung nötig wäre (darauf weisen Schmidt/Urmersbach, a. a. O., S. 2, hin). Der Anfang des Art. 1 Nr. 36 GMG mit dem Änderungsbefehl „fassen" ist jedoch von dem abweichenden Termin des In-Kraft-Tretens in Art. 37 Abs. 8 GMG nicht erfasst. Daher wirkt diese Abschaffung der alten Regelungen schon zum 01.01.2004. Es ist dem Gericht unverständlich, wie Schnapp bei dem dargestellten Wortlaut des Änderungsgesetzes davon ausgehen kann, dass der Wille des Gesetzgebers dort keinen ausreichenden Ausdruck gefunden habe. Letztendlich haben die Regelungen in §§ 58 und 59 SGB V n. F. nur zufällig die gleichen Hausnummern, wie die Regelungen, die ursprünglich das Sterbegeld gewährt haben. Warum aus dem späteren In-Kraft-Treten von Teilen dieser Regelungen folgen soll, dass die alten Regelungen noch nicht abgeschafft sind, bleibt unverständlich. Richtig ist hingegen, dass das GMG die Regelungen des Sterbegeldes aufgehoben hat, der Siebte Abschnitt derzeit nur aus den Regelungen über den Zahnersatz besteht, die am 01.01.2004 in Kraft getreten sind, und die Stellen für die noch nicht in Kraft getretenen Regelungen zunächst unbesetzt bleiben, vgl. Orlowski, a. a. O., S. 623. Der Gesetzgeber benutzt den Änderungsbefehl „fassen" stets in der Weise, dass damit auch die alten Regelungen abgeschafft werden. Im „Handbuch der Rechtsförmlichkeit", herausgegeben vom Bundesministerium der Justiz, 2. Auflage 1999, wird bei Rn. 627 f. betont, dass der Änderungsbefehl „wird/werden wie folgt gefasst" den

Wortlaut einer Gliederungseinheit ganz gegen einen neuen Wortlaut austausche. Es sei dann in der Regel überflüssig, den bisherigen Text ausdrücklich aufzuheben, weil der neugefasste Wortlaut an die Stelle des bisherigen Wortlauts trete. Dieses Handbuch hat zwar keine Gesetzeskraft. § 42 Abs. 4 der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien, zu finden unter www...de, bestimmt jedoch, dass für die rechtsförmliche Gestaltung von Gesetzentwürfen das Handbuch der Rechtsförmlichkeit gelte. Die historische Auslegung des GMG bestätigt dieses Ergebnis. Der Gesetzgeber wollte die Regelungen des Sterbegelds abschaffen. Dies ist erkennbar, weil der Gesetzgeber die Regelungen in § 11 Abs. 1 Satz 2 SGB V a. F. und § 21 Abs. 1 Nr. 5 SGB I a. F. zum 01.01.2004 gestrichen hat, so auch schon Schmidt/Urmersbach, a. a. O., S. 3; SG Chemnitz, a. a. O. Weiterhin ergibt sich der Wille des Gesetzgebers eindeutig aus den zitierten Begründungen des Gesetzentwurfes vom 08.09.2003, Bundestags-Drucksache 15/1525, so auch schon SG Chemnitz, a. a. O.; Orlowski, a. a. O., S. 623. Davon geht wohl auch Schnapp, a. a. O., S. 451, aus. Die gegenteilige Auslegung des GMG würde zu sinn- und systemwidrigen Ergebnissen führen, so dass eine solche Gesetzesfassung vermieden werden muss. Zu Recht weisen Schmidt/Urmersbach, a. a. O., S. 2 f. darauf hin, dass ein widersinniger Gesetzeswortlaut entstehen würde, wenn die Regelungen zum Sterbegeld neben den Regelungen zum Zahnersatz, die ab 01.01.2004 gelten, bestehen bleiben würden. Der Gesetzeswortlaut würde dann von Zahnersatz zu Sterbegeld, wieder zurück zum Zahnersatz, dann wieder zum Sterbegeld und letztendlich zurück zum Zahnersatz springen. Die Autoren haben a. a. O., S. 2, die sehr merkwürdige Gesetzesfassung zusammengestellt, die entstehen würde, wenn man davon ausgeht, dass die Regelungen des Sterbegeldes fortbeständen. Merkwürdig wäre außerdem schon, dass die Regelungen zum Sterbegeld in einem Abschnitt stehen würden, der die amtliche Überschrift „Zahnersatz" trägt, darauf weist zu Recht das SG Chemnitz, a. a. O., hin. Außerdem wäre die alte Regelung des § 58 keinem Absatz zugeordnet, obwohl daneben ein § 58 Abs. 3 neuer Fassung bestehen würde, vgl. SG Chemnitz, a. a. O., sowie die Gesetzesfassung, die Schmidt/Urmersbach, a. a. O., S. 2 f., zusammengestellt haben. Sie würde in einem Paragrafen stehen, der die amtliche Überschrift „Beitrag für Zahnersatz" trägt, vgl. SG Chemnitz, a. a. O. S. 3. Die Abschaffung der Regelungen über das Sterbegeld verstoßen auch nicht gegen Verfassungsrecht. Weder unterliegt der Anspruch auf Sterbegeld der Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 des Grundgesetzes (vgl. dazu Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 22.12.1992, Az: 1 BvR 1582/91 = SozR 3-2500 § 59 Nr.3), noch sind Rechtsstaats- und Sozialstaatsprinzip verletzt. Insoweit schließt sich das Gericht den Ausführungen des Bundessozialgerichts in seinen Entscheidungen zur Kürzung des Sterbegelds (Urteil vom 25.06.1991, Az: 1/3 RK 21/90 = SozR 3-2500 § 59 Nr.1; Urteil vom 07.08.1991, Az: 1 RK 12/91) und den Ausführungen des SG Chemnitz, a. a. O., an. Die Ausführungen des Bundessozialgerichts in Fällen einer - erheblichen - Reduzierung des Sterbegeldes tragen nach Auffassung des Gerichts auch die vorliegende Streichung des Sterbegelds. Das Rechtsstaatsprinzip ist insbesondere nicht unter dem Gesichtspunkt der hierdurch geschützten Rechtssicherheit und des daraus resultierenden Vertrauensschutzes der Bürger verletzt. Die Kürzung oder Streichung bisher vorgesehener Leistungen enttäuscht zwar einerseits das Vertrauen auf den Fortbestand des Leistungsumfanges der gesetzlichen Krankenversicherung. Andererseits kann der Gesetzgeber aber auch im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung nicht darauf verzichten, aus Gründen des Allgemeinwohls neue Regelungen zu treffen, die sich wechselnden Erfordernissen anpassen. Dabei muss er gesellschaftspolitischen Veränderungen und damit verbundenen wechselnden Interessenlagen, insbesondere auch

der Belastbarkeit der Solidargemeinschaft der Versicherten, Rechnung tragen. Der Einzelne kann sich demgegenüber nicht mit Erfolg darauf berufen, dass er auf den Fortbestand einer bestimmten gesetzlichen Regelung vertraut habe, wenn dieses Vertrauen unter Berücksichtigung der gesamten Umstände billigerweise eine Rücksichtnahme durch den Gesetzgeber nicht beanspruchen kann (BVerfGE 69, 272, 310; SG Chemnitz, a. a. O.). Die Interessenabwägung zwischen dem Ausmaß des den Einzelnen treffenden Vertrauensschadens und der Bedeutung des gesetzlichen Anliegens für das Wohl der Allgemeinheit ergibt hier: Die Gemeinwohlinteressen rechtfertigen die Streichung des Sterbegeldes. Die Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung war nach Auffassung des Gesetzgebers notwendig, weil der Anstieg der Ausgaben der gesetzlichen Krankenversicherung mit seinen gesundheits-, sozial- und beschäftigungspolitischen Konsequenzen in zunehmendem Maße zu einer gefährlichen Belastung dieses sozialen Sicherungssystems und der Arbeitnehmer und Betriebe führte. Der medizinische Fortschritt und die zunehmende Zahl älterer Menschen führten zu einem Ausgabenanstieg, hinter dem die Entwicklung der Einnahmen zurückbleibt. Diese Finanzierungslücke kann nicht durch weitere Beitragssatzsteigerungen finanziert werden, da dies die Arbeitskosten erhöht und zu einer steigenden Arbeitslosigkeit beiträgt (Bundestags-Drucksache 15/1525, S. 71). Die Aufrechterhaltung der Finanzierbarkeit der gesetzlichen Krankenversicherung, über die der größte Teil der Bevölkerung seine Absicherung für den Krankheitsfall erfährt, und die Stabilisierung der Beiträge liegen in hohem Maße im Gemeinwohlinteresse. Mit einem Bündel von Maßnahmen hat der Gesetzgeber die gesetzliche Krankenversicherung spürbar entlastet. Unter anderem werden bestimmte Leistungen in die Eigenverantwortung der Versicherten übertragen (z. B. Zahnersatz), die Zuzahlungsregelungen werden neu gestaltet, einzelne Leistungsbereiche werden ausgegliedert - beispielsweise Sehhilfen und nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel (vgl. dazu Bundestags-Drucksache, a. a. O.). Die Kammer kann offen lassen, ob angesichts des gesamten geplanten Einsparvolumens von 9,8 Mrd. Euro für das Jahr 2004 die Kürzung des Sterbegeldes mit einer geschätzten Entlastung für 2004 von 0,4 Mrd. Euro erhebliche Bedeutung hat. Denn es kommt dabei nicht auf die Auswirkungen einer Gesetzesänderung bezüglich einer Einzelleistung an, sondern auf den Einspareffekt, der durch die Gesamtheit der vom Gesetzgeber beschlossenen Maßnahmen erzielt werden soll. Dazu gehört auch die Einsparung durch die Streichung des Sterbegeldes. Darüber, ob der Gesetzgeber auf anderem Wege die von ihm für notwendig gehaltenen Einsparungen hätte erreichen können, hat das Gericht nicht zu entscheiden. Denn in die insoweit bestehende Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers dürfen die Gerichte nicht eingreifen (Bundessozialgericht, a. a. O., m. w. N.; SG Chemnitz, a. a. O.)

II.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 Abs. 1 SGG und folgt der Entscheidung in der Hauptsache.

Zitiervorschlag:

SG Dresden Urt. v. 15.12.2004 – S 25 KR 1229/04, BeckRS 2009, 54273

BeckRS 2000, 166710

VG Köln (19. Kammer), Urteil vom 18.08.2000 – 19 K 2507/99

Titel:

Krankenversicherung, Nichtzulassung, Besoldungsgruppe, Beamter, Beihilfe, Kostendämpfungspauschale

Normenketten:
BVO § 12a
LBG § 85, § 88 S. 5
Rechtsgebiete:
Sonstiges besonderes Verwaltungsrecht, Verwaltungsverfahren und -prozess, Medizinrecht
Schlagworte:
Krankenversicherung, Nichtzulassung, Besoldungsgruppe, Beamter, Beihilfe, Kostendämpfungspauschale
ECLI:
ECLI:DE:VGK:2000:0818.19K2507.99.00
Rechtskraft:
unbekannt

Tenor:

Die Klage wird abgewiesen.
Der Kläger trägt die Kosten des Verfahrens.
Die Kostenentscheidung ist vorläufig vollstreckbar. Der Kläger darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe des beizutreibenden Betrages abwenden, wenn nicht der Beklagte zuvor Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Tatbestand:

1 Der im Jahre 1943 geborene Kläger ist Richter am Amtsgericht M. Er ist verheiratet und hat ein Kind.

2 Am 1. Februar 1999 beantragte er zu ihm im Jahre 1998 und 1999 entstandenen Aufwendungen in Höhe von insgesamt 192,72 DM die Gewährung einer Beihilfe.

3 Mit Bescheid des Präsidenten des Oberlandesgerichts L. vom 17. Februar 1999 wurde die dem Kläger zu gewährende Beihilfe auf 91,38 DM festgesetzt. Dabei wurde im Ergebnis Beihilfe nur für die dem Kläger 1998 entstandenen Aufwendungen unter Berücksichtigung des maßgeblichen Bemessungssatzes von 50% gewährt. Von den im Januar 1999 entstandenen Aufwendungen des Klägers über 9,95 DM wurde der darauf entfallende Beihilfeanteil mit 4,98 DM ermittelt und unter Bezugnahme auf § 12a BVO auf die Kostendämpfungspauschale angerechnet. Zur Begründung hieß es, nach § 12a BVO betrage die Kostendämpfungspauschale, um die die dem Kläger zustehende Beihilfe jährlich gekürzt werde, unter Berücksichtigung der Besoldungsgruppe des Klägers - R 1 - (400,00 DM) und des Abzugs von 50,00 DM für ein Kind insgesamt 350,00 DM.

4 Der Kläger legte „gegen die Festsetzung der Kostendämpfungspauschale" mit Schreiben vom 26. Februar 1999 Widerspruch ein und führte zur Begründung im Wesentlichen aus: § 12a BVO sei rechtswidrig. Diese Regelung stehe im Widerspruch zu § 85 LBG und Art. 33 Abs. 5 GG. Die Versorgung im Krankheitsfall gehöre zu den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums. Von einer solchen Versorgung könne nicht mehr gesprochen werden, wenn die Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung unterschritten würden.

5 Der Präsident des Oberlandesgerichts L. wies den Widerspruch mit Bescheid vom 22. März 1999 zurück. Dazu führte er im Wesentlichen aus, die dem Kläger zu

gewährende Beihilfe sei für die in 1999 entstandenen Aufwendungen in Anwendung des § 12a BVO um 4,98 DM zu kürzen gewesen. Die restliche Kostendämpfungspauschale betrage für das Jahr 1999 noch 345,02 DM. Die Kürzung der Beihilfe um die Kostendämpfungspauschale entspreche den einschlägigen Vorschriften. Ob diese gegen höherrangiges Recht verstießen, entziehe sich der Beurteilung der Beihilfestelle. Dies zu bewerten müsse den Verwaltungsgerichten vorbehalten bleiben.

6 Der Kläger hat am 01. April 1999 Klage erhoben. Zu deren Begründung trägt er vor: Die Beihilfenverordnung finde in ihrer bis zum 31. Dezember 1998 geltenden Fassung Anwendung. Die Neufassung der Beihilfenverordnung, insbesondere § 12a BVO, sei nicht anwendbar. Die Änderung der Beihilfenverordnung durch das Haushaltssicherungsgesetz vom 17. Dezember 1998 sowie die durch das gleiche Gesetz erfolgte Änderung des § 88 Satz 5 LBG seien als Umgehung der Landesverfassung zu bewerten und widersprächen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Es sei von dem Grundsatz auszugehen, dass das zum Erlass einer Rechtsverordnung ermächtigende Gesetz zunächst in Kraft getreten sein müsse. Erst danach sei eine auf dieser Ermächtigung beruhende Änderung der betreffenden Rechtsverordnung zulässig. Gegen diesen Grundsatz werde verstoßen, weil die durch Gesetz vom 17. Dezember 1998 erweiterte Verordnungsermächtigung nach § 88 Satz 5 LBG und der durch das gleiche Gesetz eingefügte § 12a BVO zugleich verkündet und am 01. Januar 1999 in Kraft getreten seien.

7 Das Gesetz vom 17. Dezember 1998 sei auch aus einem weiteren Grunde wegen Widersprüchlichkeit nichtig oder zumindest rechtsfehlerhaft. Die Neufassung des § 88 Satz 5 LBG räume der Exekutive Ermessen ein, das aber durch Artikel II Ziffer 8 von der Legislative zugleich selbst ausgefüllt werde. Artikel II Ziffer 9 bestimme darüber hinaus, dass das Gesetz nach Ziffer 8 künftig von der Exekutive durch Rechtsverordnung geändert werden könne. Diese Vorgehensweise, insbesondere auch die vorgesehene Änderung eines Gesetzes durch den Verordnungsgeber, sei verfassungsrechtlich nicht anerkannt.

8 Die verschiedenen Änderungen der Beihilfenverordnung hätten mangels Zuständigkeit des Landesgesetzgebers durch das Haushaltssicherungsgesetz nicht erfolgen dürfen. Vielmehr habe sich der Landesgesetzgeber durch die Neufassung des § 88 Satz 5 LBG seiner originären Kompetenz begeben, die Beihilfenverordnung nach eigenen Vorstellungen durch gesetzliche Vorschriften zu ändern. Infolge dieser Kompetenzübertragung habe der Landesgesetzgeber die beabsichtigte gleichzeitige Änderung der Beihilfenverordnung nicht mehr wirksam vornehmen können. Dazu sei allein der Verordnungsgeber berufen gewesen, der jedoch nicht tätig geworden sei. So komme § 88 Satz 5 LBG bei objektiver Betrachtung auch nicht die Funktion einer sogenannten „Entsteinerungsklausel" zu, die den Verordnungsgeber regelmäßig zur Abänderung einer durch Gesetz in eine Verordnung eingefügten Vorschrift ermächtige. Einer „Entsteinerungsklausel" habe es aus den aufgezeigten Gründen nämlich nicht bedurft.

9 Ergänzend nimmt er auf den Beschluss des Verwaltungsgerichts Düsseldorf vom 10. September 1999 Bezug, der in dem dortigen Verfahren 26 K 2951/99 ergangen ist und aufgrund dessen die 26. Kammer dieses Verwaltungsgerichts eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nach Art. 100 Abs. 1 GG eingeholt hat. Dazu trägt er ergänzend vor, einer solchen Vorlage habe es nicht bedurft, da §

12a BVO aus den bereits geschilderten Gründen nichtig sei.
§ 12a BVO und § 4 Abs. 1 Nr. 2 BVO verstießen auch gegen materielles Recht. Die Auswirkung beider Vorschriften seien im Ergebnis als mittelbare Gehaltskürzung zu bewerten. Die Beihilfeberechtigten seien gezwungen, ihre krankheitsbedingten Aufwendungen zum Teil aus den Bezügen zu bestreiten. Zwangsläufige Folge sei eine Minderung der Besoldung. Für Besoldungsfragen, insbesondere die Festlegung der Besoldungshöhe, sei der Landesgesetzgeber aber nicht zuständig. Die Beihilfeleistung dürfe zudem nicht von der Besoldungsgruppe abhängen, wie das Bundesverwaltungsgericht früher bereits entschieden habe (BVerwG, ZBR 1988, 68). Weitere Bedenken ergäben sich aus dem Umstand, dass Beihilfe nicht ausbezahlt werde, wenn die ungekürzte Beihilfeleistung hinter den Beträgen der Kostendämpfungspauschale zurückbleibe. Dies verstoße gegen die Alimentationspflicht und die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums (Art. 33 Abs. 5 GG). Auch seien der Gleichbehandlungsgrundsatz und das Willkürverbot berührt, weil der erkrankte Beamte oder Richter gegenüber dem gesunden Beamten oder Richter ungerechtfertigt benachteiligt werde. Nachdem die Kostendämpfungspauschale lediglich in den Bundesländern NordrheinWestfalen und Niedersachsen eingeführt worden sei, würden die Betroffenen gegenüber den Beamten und Richtern anderer Bundesländer sowie des Bundes ebenfalls benachteiligt, obwohl die Besoldung einheitlich zu erfolgen habe. Zugleich liege ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 GG vor, weil Beamte oder Richter mit Familie im Vergleich zu Beamten oder Richtern ohne Familie Nachteile hinzunehmen hätten. Als besonders gravierend sei die Beihilfekürzung für Beamte und Richter mit mehr als zwei Kindern zu bewerten, denen bekanntlich bereits seit Jahren eine zu geringe Alimentation gewährt worden sei.

10 Zu den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums zähle schließlich noch, dass Beamte oder Richter nicht schlechter gestellt werden dürften als Mitglieder der gesetzlichen Krankenversicherung, die einen vergleichbaren pauschalen Abzugsbetrag nicht hinnehmen bräuchten. Erschwerend komme hinzu, dass die Kürzungen aufgrund des § 12a BVO durch eine private Krankenversicherung nicht aufgefangen würden und die Beschränkungen der Beihilfefähigkeit nach § 4 Abs. 1 Nr. 2 BVO den Abschluss einer ergänzenden Versicherung notwendig machten. Nachdem das Bundesverfassungsgericht eine Überversicherung der Beamten und Richter als nicht mit den Beihilfegrundsätzen vereinbar angesehen habe, sei nicht nachvollziehbar, warum derart einschneidende Kürzungen den Beihilfegrundsätzen entsprechen sollten.

11 Der Kläger beantragt,

11 den Beklagten unter teilweiser Aufhebung des Bescheides des Präsidenten des Oberlandesgerichts L. vom 17. Februar 1999 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 23. März 1999 zu verpflichten, dem Kläger eine weitere Beihilfe in Höhe von 4,98 DM zu gewähren, und ihn zu verurteilen, die nachzuzahlende Beihilfeleistung mit 4% Zinsen ab Antragstellung, hilfsweise ab dem Erlass des angegriffenen Bescheides zu verzinsen.

12 Der Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

13 Zur Begründung wiederholt und vertieft er seine bisherigen Erwägungen und führt ergänzend aus: Die Kürzung der Beihilfe sei auch unter Berücksichtigung höherrangigen Rechts und insbesondere der grundgesetzlichen

Gesetzgebungszuständigkeiten nicht zu beanstanden. Nach Abzug des Kürzungsbetrages verblieben dem betroffenen Beamten ausreichende Mittel, die eine angemessene Lebensführung gewährleisteten. Eine Verletzung des Alimentationsprinzips sei daher nicht festzustellen. Die Belastungen durch die Kostendämpfungspauschale überstiegen in keiner Besoldungsgruppe ein Prozent der Brutto-Dienstbezüge. Sie lägen damit deutlich unter den in den Beihilfevorschriften des Bundes vorgesehenen Belastungsgrenzen, die von dem Bundesverwaltungsgericht gebilligt worden seien (BVerwG, Beschluss vom 15. Dezember 1995 - 2 B 146.95 -). Daher sei auch die Fürsorgepflicht nicht verletzt, obwohl die Beihilfekürzung durch die privaten Zusatzversicherungen regelmäßig nicht ausgeglichen werde. Ein Vergleich mit den Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung sei unzulässig. Es handele sich um zwei unterschiedlich ausgestaltete Systeme, so dass einzelne Leistungen nicht isoliert verglichen werden könnten.

§ 12a BVO stehe mit der Landesverfassung im Einklang. Dass er zugleich mit § 88 LBG in Kraft getreten sei, stehe der Wirksamkeit der Vorschrift nicht entgegen. Sie sei nämlich nicht aufgrund der Ermächtigung des § 88 LBG erlassen worden, sondern beruhe unmittelbar auf einem Gesetz. § 88 Satz 5 LBG neuer Fassung diene lediglich dazu, der Verwaltung eine künftige Anpassung der Beihilfenverordnung ermöglichen. Diese Vorgehensweise des Gesetzgebers stehe mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung im Einklang. Das Verordnungsrecht der Exekutive bestehe - zumindest in dem hier fraglichen Bereich - nur kraft Delegation des Gesetzgebers. Dieser begebe sich nicht seiner Regelungskompetenz und könne daher neben gesetzlichen Änderungen zugleich das bestehende Verordnungsrecht ändern, zumal durch Artikel II Ziffer 9 des Haushaltssicherungsgesetzes bestimmt werde, dass die Beihilfenverordnung ihrerseits durch den Verordnungsgeber geändert werden könne.

14 Zur Stützung seiner Rechtsauffassung bezieht er sich auf einen Beschluss des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofes vom 15. September 1995 (- 3 B 94.2210 -) und den in diesem Verfahren ergangenen Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 15. Dezember 1995, mit dem die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Beschluss des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofes zurückgewiesen worden sei (- 2 B 146.95 -).

15 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte und der beigezogenen Verwaltungsvorgänge ergänzend Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

1 Die zulässige Klage ist unbegründet.

61 Der Beihilfebescheid des Präsidenten des Oberlandesgerichts L. vom 17. Februar
7 1999 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 23. März 1999 ist rechtmäßig. Dem Kläger steht kein Anspruch auf die begehrte weitere Beihilfe zu, § 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO.

18 Rechtsgrundlage für die Gewährung einer Beihilfe ist § 88 Satz 1 des Landesbeamtengesetzes (LBG) in Verbindung mit § 4 Abs. 1 Satz 1 des Landesrichtergesetzes. Demnach erhalten Beamte und Richter Beihilfe zu Aufwendungen in Krankheitsfällen nach Maßgabe der aufgrund des § 88 Satz 4 LBG erlassenen Rechtsverordnung. Maßgebend ist demnach die Verordnung über die Gewährung von Beihilfen in Krankheits-, Geburts- und Todesfällen

(Beihilfenverordnung - BVO -) vom 27. März 1975 (GVBl. NRW 1975, 332) in der Fassung des Gesetzes zur Sicherung des Haushalts (Haushaltssicherungsgesetz) vom 17. Dezember 1998 (GVBl. NRW 1998, 750), da nach Art. III Abs. 1 Satz 2 des Gesetzes vom 17. Dezember 1998 die Änderungen der Beihilfenverordnung für Aufwendungen Anwendung finden, die - wie hier - nach dem 31. Dezember 1998 entstanden sind.

19 Nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 BVO wird Beamten und Richtern auf Antrag (§ 13 Abs. 1 Satz 1 BVO) Beihilfe zu den im Sinne der §§ 3 ff BVO beihilfefähigen Aufwendungen gewährt und nach Maßgabe des § 12 BVO anhand des jeweiligen Bemessungssatzes festgesetzt. Demnach steht dem Kläger für die mit seinem Antrag vom 01. Februar 1999 geltend gemachten und im Jahre 1999 entstandenen Aufwendungen in Höhe von 9,95 DM an sich eine Beihilfe in Höhe von 4,98 DM zu, was zwischen den Beteiligten auch außer Streit steht. Nach § 12a Abs. 1 BVO ist jedoch die in Anwendung des § 12 Abs. 7 BVO verbleibende Beihilfe je Kalenderjahr, in dem ein Beihilfeantrag gestellt wird, zu kürzen. Für den Kläger, der Bezüge nach der Besoldungsgruppe R 1 der Anlage III zum Bundesbesoldungsgesetz erhält, ist demnach ein Betrag von 400,00 DM abzuziehen, der sich nach § 12 a Abs. 5 BVO i.V.m. § 2 Abs. 2 BVO um 50,00 DM reduziert, weil er ein berücksichtigungsfähiges Kind hat. Damit war dem Kläger für seine geltend gemachten Aufwendungen aus dem Jahre 1999 keine Beihilfe zu gewähren, wie in dem Beihilfebescheid vom 17. Februar 1999 zutreffend festgesetzt worden ist.

20 Der auf § 12a Abs. 1 BVO beruhende Abzug ist nicht zu beanstanden. Entgegen der Auffassung des Klägers bestehen gegen diese Norm keine rechtlichen Bedenken.
§ 12a BVO ist durch Art. II Ziffer 8 des Gesetzes vom 17. Dezember 1998 und damit ausdrücklich als Gesetz in die Beihilfenverordnung eingefügt worden. Die von dem Kläger dazu aufgeworfene Frage, ob die Grundsätze über den Erlass von Rechtsverordnungen (Art. 70 der Landesverfassung) in dem Rechtssetzungsverfahren hätten berücksichtigt werden müssen und ob daher wegen Nichtigkeit des § 12a BVO die Beihilfenverordnung in der bis zum 31. Dezember 1998 geltenden Fassung der fünfzehnten Verordnung zur Änderung der Beihilfenverordnung vom 03. September 1998 - GVBl. NRW 1998, 550 - anzuwenden gewesen wäre, stellt sich demnach nicht. Da der Landesgesetzgeber nicht als Verordnungsgeber gehandelt hat, kommt es auch nicht darauf an, ob der Gesetzgeber durch die Änderung des § 88 Satz 5 LBG dem Verordnungsgeber erst die Ermächtigung zum Erlass des § 12a BVO erteilt hat. Es ist zwar einzuräumen, dass von einer Verordnungsermächtigung spätestens seit dem grundlegenden Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 26. Juli 1972 (- 2 BvF 1/71 -, BVerfGE 34, 9 [21]) regelmäßig erst Gebrauch gemacht werden kann, wenn sie bereits in Kraft getreten ist. Aus diesem Grunde hätte § 12a BVO von einem Verordnungsgeber aufgrund der Neufassung des § 88 Satz 5 LBG in die Beihilfenverordnung nicht wirksam eingefügt werden können, da beide Vorschriften am 01. Januar 1999 zeitgleich in Kraft getreten sind (Art. III Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes vom 17. Dezember 1998). Diese Grundsätze finden hier jedoch keine Anwendung, weil der Landtag des Landes Nordrhein-Westfalen § 12a BVO als förmliches Gesetz erlassen hat, wozu es keiner Verordnungsermächtigung bedurfte. Der Landtag war trotz der in § 88 Satz 4 LBG enthaltenen und bereits ausgenutzten Ermächtigung der Exekutive zur Änderung der Beihilfenverordnung befugt. Der Gesetzgeber kann

zwar für den hier fraglichen Regelungsgegenstand des Beihilferechts selbst keine Rechtsverordnung erlassen und ist insoweit lediglich befugt, der Exekutive eine entsprechende Verordnungsermächtigung unter Beachtung der verfassungsrechtlichen Vorgaben zu erteilen. Er verliert aber durch eine derartige Verordnungsermächtigung nicht die allein ihm zustehenden Rechtssetzungsbefugnis und verfügt damit über die Möglichkeit, die einmal übertragene Regelungsbefugnis dem Verordnungsgeber wieder zu entziehen und ganz oder teilweise an sich zu ziehen. Er kann schließlich auch in einem förmlichen Gesetz auf eine geltende Rechtsverordnung Bezug nehmen oder sie als förmliches Gesetz erlassen (vgl. z.B. Maunz/Dürig/Herzog/ Scholz, Grundgesetz, Kommentar, Band IV, 35. Lieferung (Februar 1999), Art. 80 GG, Rz. 6, 23; von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Band 3, 3. Aufl. 1996, Art. 80 GG, Rz. 5). In welcher Weise der Gesetzgeber in solchen Fällen vorgeht, ob er etwa nur die Verordnungsermächtigung umgestaltet, ein von dem Verordnungsgeber zu beachtendes förmliches Gesetz abändert oder die gewünschten Änderungen in eine bestehende Verordnung unmittelbar einfügt, ist seinem Gestaltungsspielraum überlassen (so ausdrücklich: von Münch/ Kunig a.a.O., Rz. 5). In diesem Fall erlässt er keine Verordnung, wozu er nicht befugt wäre. Vielmehr kommt seinen Änderungen Gesetzesrang zu, die neben das weiterbestehende Verordnungsrecht treten oder dieses ersetzen. Diese der Praxis des Gesetzgebers entsprechende Verfahrensweise (vgl. etwa die Änderungen der 4. BImSchVO durch Gesetz vom 22. April 1993 - BGBl. I, 466 [485, 486] und der Juristenausbildungsordnung NRW durch Gesetz vom 20. April 1999 - GVBl. NRW, 148 [154] sowie die Hinweise in dem Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 2. Aufl. 1999, Rz. 704 f) begegnet zumindest für den hier fraglichen Regelungsgegenstand auch keinen anderen kompetenz- oder verfassungsrechtlichen Bedenken. Anders als bei Änderungen von Rechtsverordnungen des Bundes durch den Bundestag, gegebenenfalls durch schlichten Parlamentsbeschluss, die schon aufgrund der Zustimmungspflicht des Bundesrates nach Art. 80 Abs. 2 GG eine besondere Problematik aufwerfen (vgl. u.a. Jekewitz, Deutscher Bundestag und Rechtsverordnungen, NVwZ 1994, 956; Konzak, Die Änderungsvorbehaltsverordnung als neue Mitwirkungsform des Bundestages beim Erlass von Rechtsverordnungen, DVBl. 1994, 1107; Rupp, Rechtsverordnungsbefugnis des Deutschen Bundesta…, NVwZ 1993, 756; Studenroth, Einflussnahme des Bundestages auf Erlass, Inhalt und Bestand von Rechtsverordnungen, DÖV 1995, 525) kommt hier als verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab allein das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) in Betracht. Dieses ist unter den Gesichtspunkten der Rechtssicherheit und der Rechtsklarheit nicht verletzt, wenn das Parlament eine bestehende Rechtsverordnung punktuell durch Gesetz abändert. Die Rechtslage ist aus Sicht des Normadressaten eindeutig, da er sie ebenso wie den Rang der einzelnen Verordnungsbestandteile - Verordnungsrecht einerseits, Gesetzesrecht andererseits - den Verkündungsblättern entnehmen kann. Der Rangunterschied der Normen ist dabei aus Sicht des Normadressaten schon wegen der ohne Unterschied bestehenden Verbindlichkeit ohne Belang. Im Übrigen unterliegen die mit Gesetz vom 17. Dezember 1998 beschlossenen Änderungen der Beihilfenverordnung ihrerseits für die Zukunft der Gestaltungsbefugnis des Verordnungsgebers. Dies folgt aus seiner durch die Neufassung des § 88 Satz 5 LBG erweiterten Verordnungsermächtigung sowie aus der in Art. II Ziffer 9 des Gesetzes vom 17. Dezember 1998 enthaltenen

sogenannten „Entsteinerungsklausel", gegen die keine rechtlichen Bedenken bestehen und von der der Verordnungsgeber im Rahmen des Erlasses der sechzehnten Verordnung zur Änderung der Beihilfenverordnung vom 16. Dezember 1999 (GVBl. 1999, 673) bereits Gebrauch gemacht hat.

21 Der Landesgesetzgeber war zum Erlass eines die Beihilfe regelnden Gesetzes auch unter Beachtung der aus Art. 70 GG folgenden Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern zuständig. Das Land Nordrhein-Westfalen ist durch Vorschriften im Sinne des Art. 75 GG oder durch Art. 74a GG nicht eingeschränkt, nachdem der Bundesgesetzgeber in dem Bundesbesoldungsgesetz und in dem Beamtenversorgungsgesetz bezüglich der Gewährung von Dienst- und Versorgungsbezügen von der ihm aufgrund des Art. 74a GG zustehenden Befugnis zur konkurrierenden Gesetzgebung Gebrauch gemacht hat, eine Regelung der Beihilfe oder ihr entsprechender Leistungen bei Eintritt besonderer finanzieller Belastungen durch Krankheits-, Geburts- und Todesfälle Raum aber unterblieben ist (Art. 72 Abs. 1 GG; vgl. hierzu auch: BVerwG, Entscheidung vom 25. Juni 1987 - 2 N 1.86 -, BVerwGE 77, 345 [348]).

§ 12 a BVO erweist sich auch nicht deshalb als kompetenzwidrig erlassene Vorschrift, weil die dort vorgesehenen Abzüge zu Belastungen des Beihilfeberechtigten führen, die aus den Besoldungs- oder Versorgungsbezügen zu begleichen sind. Ein mittelbarer Eingriff in die dem Bundesgesetzgeber zustehende Befugnis zur Gestaltung und Änderung des Besoldungs- und Versorgungsrechts ist darin ebenso wenig zu erblicken wie in der Bestimmung, dass sich die Höhe der Abzüge an der Besoldungsgruppe der Betroffenen zu orientieren hat (so aber noch: BVerwG a.a.O., S. 351).

22 Eine besoldungsrechtsgleiche Wirkung der fraglichen Regelung ist nach den sich aus der Gesetzesbegründung ergebenden Motiven des Landesgesetzgebers, der im Wesentlichen die Neuverschuldung im Haushaltsjahr 1999 durch Ausgabenkürzungen im Bereich der Leistungsverwaltung begrenzen wollte (LT-DS. 12/3300, 48), nicht beabsichtigt und auch nicht aus anderen Gründen anzunehmen. Die Beihilfekürzung ist nicht als indirekte Regelung der Alimentation zu bewerten, weil Beihilfe und Alimentation unterschiedliche Anknüpfungspunkte aufweisen. Besoldung und Versorgung in ihrer bundesgesetzlichen Ausgestaltung dienen der Erfüllung des aus Art. 33 Abs. 5 GG folgenden Alimentationsprinzips, das den Dienstherrn verpflichtet, dem Beamten und seiner Familie amtsangemessenen Unterhalt zu gewähren (vgl. dazu: BVerfG, Beschluss vom 18. November 1990 - 2 BvF 3/88 -, BVerfGE 83, 89 [98]). Aufwendungen für besondere finanzielle Belastungen durch Krankheits-, Geburts- und Todesfälle sind in den Dienst- und Versorgungsbezügen nicht enthalten. Mit diesen stellt der Gesetzgeber den Beamten und Richtern nur einen Durchschnittssatz der in solchen Fällen zu erwartenden Aufwendungen zur Eigenvorsorge zur Verfügung, mit dem sie zum Beispiel eine Krankenversicherung abschließen können, die einen Teil der voraussichtlichen Krankheitskosten abdeckt (BVerwG, Beschluss vom 28. November 1991 - 2 N 1.89 -, BVerwGE 89, 207 [209]). Der für die Krankenversicherung zur Verfügung stehende Teil der Alimentation braucht grundsätzlich nur so bemessen zu sein, dass aus ihm die Prämien einer im Wesentlichen der Höhe der Beihilfe angepassten - „beihilfekonformen" - Krankenversicherung beglichen werden können. Demgegenüber gehört das erst in jüngerer Zeit herausgebildete System der Beihilfe nicht zu den hergebrachten

Grundsätzen des Berufsbeamtentums. Sie wird vielmehr nur aufgrund der Fürsorgepflicht des Dienstherrn erbracht, die diesen zu Vorkehrungen verpflichtet, dass der amtsangemessene Lebensunterhalt des Beamten oder Richters bei Eintritt besonderer finanzieller Belastungen durch Krankheits-, Geburts- und Todesfälle nicht gefährdet wird. Das in Bund und Ländern zu diesem Zweck herausgebildete Beihilfesystem soll den Beamten von den durch die Besoldung nicht gedeckten notwendigen Aufwendungen in angemessenem Umfang freistellen. Allerdings müssen sich Beihilfe und Alimentation aufgrund ihrer dargestellten unterschiedlichen Anknüpfungspunkte nicht dergestalt ergänzen, dass dem Beihilfeberechtigten keinerlei aus seinen Bezügen zu leistende Belastung verbleibt. Entsprechend sind Beihilferegelungen, die den Betroffenen mit Aufwendungen belasten, die - wie im Falle des § 12a BVO - eine beihilfekonforme Krankenversicherung nicht erstattet, nicht bereits als besoldungsrechtliche Regelungen zu betrachten (vgl. BVerfG, Beschluss vom 13. November 1990 - 2 BvF 3/88 -, BVerfGE 83, 89 [102]; BVerwG, Beschluss vom 11. Dezember 1997 - 2 B 72.97 -, zit. nach JURIS; Beschluss vom 28. November 1991 a.a.O., S. 211 f; BayVGH, Beschluss vom 15. September 1995 - 3 B 94.2210 -, abgedruckt in: Schütz, Beamtenrecht des Bundes und der Länder, ES/C IV 2, Nr. 97).

2 Im Ergebnis gleiches gilt für die in § 12 a Abs. 1 BVO vorgesehene Abstufung der
3 Abzugsbeträge nach Besoldungsgruppen. Es ist nicht ersichtlich, dass diese Regelung zu einer Nivellierung der von dem Bundesgesetzgeber in der Anlage I zum Bundesbesoldungsgesetz bewusst gewählten Abstufung der Besoldungsgruppen führt und damit in eine den Ländern gemäß Art. 72 Abs. 1 GG entzogene Regelungskompetenz mittelbar eingreift. Bereits die im Vergleich zu dem jährlichen Bruttoeinkommen geringe Höhe der Pauschale lässt nennenswerte Auswirkungen auf die Abstufung der Besoldungsgruppen nicht erkennen. Ausgehend von den seit dem 01. Januar 1999 geltenden Grundgehaltssätzen für die Besoldungsgruppe A (Anlage IV des Bundesbesoldungsgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 03. Dezember 1998 - BGBl. I, 3434) ergibt sich, dass die in § 12a Abs. 1 BVO vorgesehene gruppenweise Abstufung der Abzugsbeträge zu einer nicht völlig linearen und die vorgefundenen Unterschiede der Besoldungsgruppen nicht genau nachzeichnenden Belastung der Betroffenen führt. So hat beispielsweise der nach der Besoldungsgruppe A 11 besoldete Beamte einen Abzug von 200,00 DM hinzunehmen, der nach der Besoldungsgruppe A 12 besoldete Beamte einen Abzug in Höhe von 400,00 DM, während sich der Unterschied der jeweiligen Bruttobesoldung - bemessen an den Grundgehaltssätzen der ersten Besoldungsstufe - auf nur rund 300,00 DM monatlich beläuft. Der unterschiedliche Grad der Belastung ist gemessen an dem jeweiligen Bruttojahreseinkommen derart gering, dass von einer Nivellierung der bundesrechtlich festgelegten Besoldungsstufen ernsthaft nicht gesprochen werden kann. Dabei geht die Kammer davon aus, dass sich eine vergleichende Betrachtung an dem Jahreseinkommen zu orientieren hat, da der in § 12a Abs. 1 BVO vorgesehene Abzug nur einmal jährlich in Ansatz kommt. Davon ausgehend ist nicht ersichtlich, dass sich die Belastung durch die vorgesehenen Abzüge in einer Besoldungsgruppe auf mehr als ein Prozent des jährlichen Bruttoeinkommens beläuft. Die Belastung liegt vielmehr im Regelfall deutlich darunter. Die Auswirkungen auf das Besoldungsniveau und auf die bundesrechtlich vorgegebene Abstufung der Besoldungsgruppen sind daher so geringfügig, dass von ihrer

Verfälschung durch den Landesgesetzgeber nicht ausgegangen werden kann.

24 Aus diesen Gründen führt die durch das Gesetz vom 17. Dezember 1998 geschaffene Kürzung der Beihilfe auch zu keiner Verletzung des Alimentationsprinzips (Art. 33 Abs. 5 GG). Aus den bereits dargestellten Grundsätzen des Alimentationsprinzips folgt, dass von Verfassungs wegen lediglich die Gewährung einer Besoldung veranlasst ist, die den amtsangemessenen Unterhalt einschließlich der Kosten einer angemessenen, der Beihilfe weitgehend angepassten Krankenversicherung deckt (vgl. BVerfGE 83, 89 [98, 101]; BVerwG, Beschluss vom 28. November 1991 - 2 N 1.89 -, BVerwGE 89, 207 [209]). Vor diesem Hintergrund wäre eine Verletzung des Alimentationsprinzips nur denkbar, wenn der Beihilfeberechtigte im konkreten Einzelfall derart viele Mittel aufwenden müsste, dass die ihm verbleibende Besoldung keine amtsangemessene Lebensführung mehr erlaubt (so ausdrücklich: BVerwG a.a.O.). Hierfür besteht bei einer Beihilfekürzung, die zu einer Mehrbelastung von regelmäßig deutlich weniger als einem Prozent der Jahresbezüge führt, kein Anhaltspunkt.

25 In diesem Zusammenhang hat der mit Gesetz vom 17. Dezember 1998 geänderte § 4 Abs. 1 Nr. 2 BVO, wonach künftig von den Aufwendungen für Wahlleistungen im Rahmen einer stationären oder teilstationären Behandlung (Zweibettzimmer und Chefarztbehandlung) täglich maximal 50,00 DM für bis zu 30 Tage im Kalenderjahr als nicht beihilfefähig gelten, außer Betracht zu bleiben. Denn nach § 4 Abs. 1 Nr. 2 b) BVO bleiben die Aufwendungen bei Inanspruchnahme der dritten Pflegeklasse eines Krankenhauses zuzüglich der gesondert berechneten Neben- und Heilbehandlungskosten sowie der Arztkosten ohne einen solchen Abzug beihilfefähig, so dass die Beschränkung erst zum Tragen kommt, wenn der Beihilfeberechtigte selbst oder die in § 2 BVO genannten Personen sogenannte Wahlleistungen in Anspruch nehmen. Eine dem § 12a BVO vergleichbare, im Krankheitsfall unvermeidbare Erhöhung der Belastungen ist daher nicht gegeben.

§ 12a BVO ist auch mit der Fürsorgepflicht des Dienstherrn (Art. 33 Abs. 5 GG, § 85 LBG) vereinbar. Diese gebietet ergänzende Leistungen des Dienstherrn, damit die amtsangemessene Alimentation durch Aufwendungen aus Anlass von konkreten Krankheits-, Geburts- und Todesfällen nicht beeinträchtigt wird und der Beihilfeberechtigte nicht mit erheblichen Aufwendungen belastet bleibt, die sich auch über eine zumutbare Eigenvorsorge nicht abdecken lassen. Der Dienstherr darf daher die Beihilfe, die er nach dem in Bund und Ländern entwickelten Beihilfesystem als eine die Eigenvorsorge ergänzende Leistung konzipiert hat, nicht ohne Rücksicht auf die vorhandenen Versicherungsmöglichkeiten ausgestalten (BVerwG a.a.O., S. 211 f m.w.N.). Eine lückenlose Anpassung an diese Versicherungsmöglichkeiten ist allerdings nicht erforderlich. Gemessen an diesen Grundsätzen ist § 12a BVO nicht zu beanstanden. Die zumutbare Eigenvorsorge beschränkt sich nicht auf den Abschluss einer (beihilfekonformen) privaten Krankenversicherung. Vielmehr sind auch verbleibende Belastungen in einem zumutbaren Umfang zu tragen. Entscheidend ist daher allein, ob der im konkreten Einzelfall verbleibende Eigenanteil einschließlich der Kosten für eine zumutbare Krankenversicherung zu einer für den Kläger unzumutbaren Belastung führt. Dies kann nicht festgestellt werden. Wie bereits dargestellt, ist die Belastung der Betroffenen vergleichsweise gering, da sie sich regelmäßig auf weit weniger als ein Prozent des Bruttojahreseinkommens beläuft.

26 Ob diese Mehrbelastung für einzelne Beamte und Richter überschritten wird, bedarf

6 keiner weiteren, den konkret zu entscheidenden Einzelfall überschreitenden Aufklärung. Denn § 12a BVO sieht in seinen Absätzen 2 bis 5 und 7 bereits vor, dass die Pauschale an die konkreten Bezüge bestimmter Gruppen von Besoldungs- und Versorgungsempfängern angepasst wird (Abs. 2, Abs. 3) und auf Beihilfeansprüche von Waisen, Beamten im Vorbereitungsdienst sowie Beamten, die Mitglied einer gesetzlichen Krankenversicherung sind, keine Anwendung findet (Abs. 4). Darüber hinaus vermindert sie sich um 50,00 DM für jedes berücksichtigungsfähige Kind (Abs. 5) und entfällt für Aufwendungen von Vorsorgeuntersuchungen und Aufwendungen wegen dauernder Pflegebedürftigkeit (Abs. 7). Damit wird entsprechend dem Fürsorgeprinzip der persönlichen Leistungsfähigkeit bestimmter Gruppen von Beihilfeberechtigten Rechnung getragen, so dass es auch für diese grundsätzlich bei einer verhältnismäßig geringfügigen Mehrbelastung verbleibt. Im Einzelfall sieht § 13 Abs. 9 BVO darüber hinaus vor, dass zur Vermeidung von Härten Leistungen aufgrund der Unterstützungsgrundsätze gewährt werden.

27 Damit halten sich die Mehrbelastungen der Beihilfeberechtigten in dem Rahmen des Beihilfestandards, der sich in Bund und Ländern herausgebildet hat. Der Gestaltungsspielraum des Dienstherrn, in welcher Weise er die amtsangemessene Alimentation ergänzt, wird durch das in Bund und Ländern geschaffene Beihilfesystem begrenzt. Als Folge der Wechselbeziehung zwischen Alimentation einerseits und ergänzender Beihilfe andererseits ist die Ausgestaltung der Beihilfe von dem abhängig, was der Bundesbesoldungsgesetzgeber als durchschnittliche „beihilfekonforme" Eigenvorsorge im Rahmen der Alimentation berücksichtigt. Dabei greift er auf die nach den Beihilfesystemen in Bund und Ländern regelmäßig gewährte Beihilfe zurück, nachdem das Beihilferecht in Bund und Ländern im Wesentlichen gleiche ergänzende Fürsorgeleistungen herausgebildet hat. Der so umschriebene Beihilfestandard gibt dem Bundesbesoldungsgesetzgeber ein annäherndes Bild über die verbleibenden Belastungen des Beamten und ist bei der Bemessung von Besoldung und Versorgung zu berücksichtigen. Im Gegenzug genügen die Länder ihrer Fürsorgepflicht nur, wenn sie ihre ergänzenden Hilfeleistungen am bundesweiten Beihilfestandard orientieren, wobei identische Beihilfesysteme oder eine Gleichbehandlung, dass etwa jeder Aufwendung oder Aufwendungsart in Bund und Ländern gleiche oder ähnlichen Beihilfeleistungen gegenüberstehen müssen, nicht geboten sind. Deshalb sind Leistungslücken im Beihilfesystem des Bundes oder eines Landes nicht ohne weiteres fürsorgepflichtwidrig. Die Grenze des verfassungsrechtlich Zulässigen ist erst erreicht, wenn das ausgewogene Beziehungssystem zwischen der Alimentation und den ergänzenden Beihilfeleistungen empfindlich gestört wird. Dies ist etwa der Fall, wenn das Leistungsniveau in quantitativer und qualitativer Hinsicht gegenüber dem Beihilfestandard deutliche Einbußen erleidet (vgl. BVerwG, Beschluss vom 28. November 1991 - 2 N 1.89 -, BVerwGE 89, 207 [212, 213]). Solche deutlichen Einbußen können nicht festgestellt werden.

28 Seit dem Jahre 1993 sind in Anknüpfung an das Gesetz zur Sicherung und Strukturverbesserung der gesetzlichen Krankenversicherung - Gesundheitsstrukturgesetz - (BGBl. I 1992, 2266) für die gesetzliche Krankenversicherung, die unter anderem Zuzahlungen nach § 31 Abs. 3 des Sozialgesetzbuches Teil V mit sich brachten, in Bund und Ländern vergleichbare Regelungen eingeführt worden, um für notwendig gehaltene Einsparungen

vornehmen zu können und eine Privilegierung der Beihilfeberechtigten gegenüber den Mitgliedern der gesetzlichen Krankenversicherung auszuschließen. Entsprechend haben etwa der Bund sowie die Länder Berlin und Bayern - abgesehen von einem Selbstbehalt von derzeit 29,00 DM täglich ohne zeitliche Begrenzung für die Inanspruchnahme eines Zweibettzimmers bei stationärer Krankenhausbehandlung (vgl. etwa § 6 Abs. 1 Nr. 6 b) bb) der Beihilfevorschriften - BhV - des Bundes in der seit dem 01. Juli 1997 geltenden Fassung - GMBl. 1997, 429 -) - durch eine Änderung des jeweiligen § 6 Abs. 1 Nr. 2 BhV (GMBl. 1993, 370; Bln. ABl. 1993, 3037; Bay. GMBl. 1993, 370) einen nach Apothekenabgabepreis gestaffelten und erst im Jahre 1997 der Höhe nach begrenzten Eigenbehalt (vgl. nur GMBl. 1997, 294) eingeführt, der Gegenstand der von den Beteiligten angeführten Verfahren vor dem Bayerischen Verwaltungsgerichtshof (Beschluss vom 15. September 1995 a.a.O.) und dem Bundesverwaltungsgericht (Beschluss vom 15. Dezember 1995 - 2 B 146.95 -) gewesen ist und von beiden Gerichten für rechtmäßig befunden wurde. Es kann daher nicht als Verstoß gegen den Beihilfestandard angesehen werden, wenn durch Einführung der sogenannten Kostendämpfungspauschale im Land Nordrhein-Westfalen sowie im Übrigen auch in dem Land Niedersachsen (Haushaltsbegleitgesetz 1999 - NdsGVBl. 1999, 10; vgl. dazu: Neuhäuser, „Kostendämpfungspauschalen" im Beihilferecht im Licht der Rechtsprechung, NVwZ 1999, 824) eine in ihrem Umfang vergleichbare Beihilfekürzung für das Land Nordrhein-Westfalen eingeführt wird, nachdem dies bisher unterblieben ist.

29 Gleiches gilt unter ergänzender Berücksichtigung des mit Gesetz vom 17. Dezember 1998 geänderten § 4 Abs. 1 Nr. 2 BVO, auf den der Kläger in der mündlichen Verhandlung besonders hingewiesen hat. Wird von den sogenannten Wahlleistungen ganz oder teilweise Gebrauch gemacht und will der Beihilfeberechtigte gleichwohl ohne die sich aus § 4 Abs. 1 Nr. 2 BVO ergebenden Belastungen verbleiben, kann er in Ergänzung des bestehenden Versicherungsvertrages eine Versicherung abschließen, die den Beihilfeberechtigten für sich selbst sowie für die in § 2 BVO genannten Personen in Form einer Krankenhaustagegeldversicherung grundsätzlich zur Verfügung steht. Daraus oder aus Summenversicherungen erhaltene Leistungen bleiben zudem aufgrund der Anrechnungsgrenze des 12 Abs. 7 Satz 2 BVO bis zu einem Betrag von einhundert Deutsche Mark unberücksichtigt, der nunmehr durch Verordnung vom 16. Dezember 1999 auf einhundertfünfzig Deutsche Mark täglich angehoben worden ist. Damit kann allenfalls die Höhe der an eine entsprechende Versicherung zu leistenden Beiträge, nicht aber der in § 4 Abs. 1 Nr. 2 BVO enthaltene Kürzungsbetrag als Belastung in Ansatz gebracht werden. Auch wenn hierdurch zur Kostendämpfungspauschale weitere Kosten hinzutreten, wird damit insgesamt die Grenze der dem Beihilfeberechtigten zumutbaren, nicht durch Beihilfeleistungen abgedeckten Aufwendungen noch nicht überschritten. Je nach Zahl der gemäß § 2 BVO berücksichtigungsfähigen Personen kann die Gesamtbelastung ein Prozent des Jahreseinkommens des Beamten oder Richters überschreiten. Dass vorliegend aber bereits die Grenze von zwei Prozent des Jahreseinkommens - ohne Berücksichtigung des kinderbezogenen Anteils im Familienzuschlag - erreicht oder gar überschritten würde, ist nicht ersichtlich. Diese Grenze sieht etwa der Bund als Belastungsobergrenze für den Selbstbehalt bei Medikamenten (§ 6 Abs. 1 Nr. 2 BhV) und Beförderungskosten (§ 6 Abs. 1 Nr. 9 BhV) an, soweit die Aufwendungen

nicht für eine Krankheit in Dauerbehandlung notwendig werden. Ohne dass es hier einer abschließenden Entscheidung zur Zumutbarkeitsgrenze bedarf, ist diese Grenze nach Auffassung der Kammer jedenfalls dann noch nicht überschritten, wenn die durch § 12a und § 4 Abs. 1 Nr. 2 BVO bedingten Gesamtaufwendungen zwei Prozent des - um den kinderbezogenen Anteil im Familienzuschlag ermäßigten - Jahreseinkommens des Beamten oder Richters nicht erreichen.

30 Im Rahmen der konkreten Beihilfegewährung hat der Dienstherr im Übrigen ergänzend zu beachten, dass die Fürsorgepflicht nicht in ihrem Wesenskern verletzt wird. Dies ist etwa der Fall, wenn der Dienstherr krankheitsbedingte Aufwendungen von der Beihilfefähigkeit ausschließt und dies mit finanziellen Folgen verbunden ist, die die Lebensführung des Beamten erheblich beeinträchtigen (BVerwG, Urteil vom 28. April 1988 - 2 C 58.85, BVerwGE 79, 249 [253]). Nachdem diese Grenze allein aufgrund des geänderten § 4 Abs. 1 Nr. 2 BVO und des in die Beihilfenverordnung eingefügten § 12a BVO nicht generell überschritten wird und die Belastungen die etwa nach den Beihilfevorschriften des Bundes in der Fassung der Änderung vom 27. Juni 1997 (GMBl. 1997, 294) geltende Grenze für den sogenannten Eigenbehalt beim Erwerb von Arznei- und Verbandsmitteln (§ 6 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 5 BhV) regelmäßig deutlich unterschreiten, können insoweit nur die Besonderheiten des Einzelfalls anderes gebieten. Im Falle des Klägers ist dafür jedoch nichts ersichtlich.

31 Die Kostendämpfungspauschale steht auch mit Art. 3 Abs. 1 GG in Einklang. Es widerspricht nicht dem Gleichbehandlungsgrundsatz, dass die Höhe der Kostendämpfungspauschale nach Stufen gliedert ist und § 12a Abs. 1 BVO jeweils mehrere Besoldungsgruppen in einer Stufe zusammenfasst. Nach Art. 3 Abs. 1 GG ist der Gesetzgeber gehalten, Gleiches gleich und Ungleiches entsprechend seiner Eigenart verschieden zu behandeln. Dabei verbleibt ihm insbesondere im Bereich der hier in Rede stehenden gewährenden Staatstätigkeit ein weiter Gestaltungsspielraum. Es genügt, wenn sich für die getroffene Unterscheidung eine ausreichende sachliche Begründung findet, wobei der Gesetzgebers entscheiden kann, an welche sachlichen Merkmale er anknüpft. Art. 3 Abs. 1 GG verbietet es ihm nur, Art und Gewicht der tatsächlichen Unterschiede sachwidrig außer Acht zu lassen. Ob der Gesetzgeber die gerechteste, zweckmäßigste und vernünftigste Regelung getroffen hat, ist gerichtlich allerdings nicht überprüfbar. Gemessen an diesen Grundsätzen ist ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG nicht festzustellen. Der Landesgesetzgeber wollte durch die Kostendämpfungspauschale nicht nur eine höhere Eigenbeteiligung der Beihilfeberechtigten an den Krankheitskosten, sondern entsprechend dem Gebot zur sparsamen Verwendung der Haushaltsmittel (§ 7 Abs. 1 der Landeshaushaltsordnung) auch eine Einsparung im Bereich der Leistungsverwaltung erreichen (LT-DS. 12/3300, 48, 57). Dazu hat er neben der Kostendämpfungspauschale auch die Möglichkeit in Betracht gezogen, in Anlehnung an die Regelungen des Bundes bestimmte Aufwendungen um eine Kostenbeteiligung zu kürzen, aus Gründen der Verwaltungsvereinfachung davon aber abgesehen (LT-DS. 12/3300, 57). Entsprechend ist auch die Zusammenfassung verschiedener Besoldungsgruppen in jeweils einer (Belastungs-) Stufe durch die angestrebte Verwaltungsvereinfachung als pauschalierende Regelung gerechtfertigt. Die Rüge, erkrankte Beihilfeberechtigte würden gegenüber nicht erkrankten Beihilfeberechtigten willkürlich benachteiligt, greift nicht durch. Da nicht erkrankte Beihilfeberechtigte keine entsprechenden Aufwendungen zu tragen haben, würde die von dem Kläger geforderte Gleichbehandlung beinhalten, dass

die Leistungen der Krankenversicherung und der Beihilfestelle die krankheitsbedingten Aufwendungen insgesamt abdecken und eigene Belastungen nicht verbleiben. Dies stünde im Widerspruch zu den aufgezeigten Anknüpfungspunkten von Alimentation und Beihilfe und insbesondere der Gestaltungsfreiheit des Dienstherrn, auf welche Weise er seiner Fürsorgepflicht gerecht wird. Abgesehen von der bereits dargestellten Berechtigung dieses Gestaltungsspielraums und der fehlenden Pflicht, den Beihilfeberechtigten alle durch die zumutbare Krankenversicherung nicht gedeckten Aufwendungen im Krankheits-, Geburts- und Todesfällen zu erstatten, sind die von dem beklagten Land angestrebten Einsparungen im Bereich der Leistungsverwaltung nach zuvor unterbliebener Anpassung an den Beihilfestandard in Bund und Ländern (LT-DS. 12/3300, 48, 57) ein sachlicher Grund, der eine Ungleichbehandlung rechtfertigt.

32 Eine Verletzung des Art. 6 Abs. 1 GG ist ebenfalls nicht festzustellen. Soweit der Kläger dazu vorträgt, Beamte mit Familie würden im Krankheitsfall gegenüber Beamten ohne Familie im Krankheitsfall benachteiligt, ist zunächst auf die Ausführungen zu Art. 3 Abs. 1 GG und den Umstand zu verweisen, dass sich die Kostendämpfungspauschale für jedes berücksichtigungsfähige Kind um jeweils 50,00 DM reduziert, § 12a Abs. 5 BVO. Darüber hinaus erhöht sich der Beihilfebemessungssatz für Familienangehörige regelmäßig auf siebzig oder achtzig vom Hundert (§ 12 Abs. 1 BVO), so dass dem Schutzgehalt des Art. 6 Abs. 1 GG selbst im Falle einer Beihilfereduzierung genügt wird. Der weitergehenden Pflicht, die dem Beamten durch seine Familie entstehenden Unterhaltspflichten realitätsgerecht zu berücksichtigen, hat der Besoldungsgesetzgeber aufgrund des Alimentationsprinzips zu genügen und gegebenenfalls die Besoldungs- und Versorgungsbezüge für kinderreiche Beamte entsprechend anzupassen (BVerfG, Beschluss vom 24. November 1998 - 2 BvL 26/91 u.a. -, BVerfGE 99, 300). Dies betrifft jedoch das Recht der Besoldung und Versorgung und lässt das Beihilfesystem unberührt.

33 Der geltend gemachte Zinsanspruch kann schon mangels Obsiegens in der Hauptsache nicht zugesprochen werden.

34 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO, die Vollstreckbarkeitsentscheidung aus § 167 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 VwGO i.V.m. §§ 708 Nr. 11, 711 ZPO.

Zitiervorschlag:
VG Köln Urt. v. 18.8.2000 – 19 K 2507/99, BeckRS 2000, 166710

BeckRS 1996, 4818

LG Hamburg, Beschluss vom 15.05.1996 – 333 S 125/95

Titel:
Begründung von Wohnungseigentum, Begründungserfordernis, Dauerschuldverhältnisse, Eigenbedarfskündigung, Inkrafttreten, Kündigungssperrfrist, Mieterschutz, Mietverhältnis, OLG Stuttgart, Rechtsentscheid, Schutz des Mieters, Sozialklauselgesetz, Übergangsvorschriften, Überleitungsregelung, Umwandlungsfällen, Veräußerung, Verfassungsgerichtliche Rechtsprechung, Verfassungskonforme Auslegung, Wohnungsversorgung, Zeitlicher Anwendungsbereich

Normenkette:
Art 14 InvErlWoBauldG, WoVSKlG, § 564b Abs 2 S 1 Nr 2 BGB, § 564b Abs 2 S

1 Nr 3 BGB, § 565 BGB

Amtlicher Leitsatz:

Der Rechtsstreit wird dem Hanseatischen Oberlandesgericht Hamburg gem ZPO § 541 Abs 1 S 1 Alt 1 zur Entscheidung über folgende Frage vorgelegt: Ist Satz 2 Nr 1 des am 1. Mai 1993 in Kraft getretenen Gesetzes über eine Sozialklausel in Gebieten mit gefährdeter Wohnungsversorgung (Artikel 14 des Gesetzes zur Erleichterung von Investitionen und der Ausweisung und Bereitstellung von Wohnbauland vom 22. April 1993, BGBl I S 466, 487; sog Sozialklauselgesetz) iV mit der entsprechenden Sozialklauselverordnung der Freien und Hansestadt Hamburg vom 18. Mai 1993 (HmbGVBl 1993 S 98) entgegen dem Rechtsentscheid des OLG Stuttgart vom 22. Februar 1995 (entgegen OLG Stuttgart, 1995-02-22, 8 REMiet 1/94, WuM 1995, 262) auch auf Fälle anwendbar, in denen das nach der Überlassung an den Mieter an den vermieteten Wohnräumen begründete Wohnungseigentum noch vor dem 1. Mai 1993 (und auch vor dem 1. August 1990) veräußert, aber das Mietverhältnis erst danach wegen Eigenbedarfs gekündigt worden ist?

Schlagworte:

Begründung von Wohnungseigentum, Begründungserfordernis, Dauerschuldverhältnisse, Eigenbedarfskündigung, Inkrafttreten, Kündigungssperrfrist, Mieterschutz, Mietverhältnis, OLG Stuttgart, Rechtsentscheid, Schutz des Mieters, Sozialklauselgesetz, Übergangsvorschriften, Überleitungsregelung, Umwandlungsfällen, Veräußerung, Verfassungsgerichtliche Rechtsprechung, Verfassungskonforme Auslegung, Wohnungsversorgung, Zeitlicher Anwendungsbereich

ECLI:

ECLI:DE:LGHH:1996:0515.333S125.95.0A

Rechtskraft:

nicht rechtskräftig

Tatbestand

1 Die Beklagte, die seit 1973 in der ursprünglich von ihrer Mutter von einem Rechtsvorgänger der Klägerin angemieteten streitgegenständlichen Wohnung wohnt, ist mit dem Tode ihrer Mutter im Jahre 1987 in das von dieser begründete Mietverhältnis über die streitgegenständliche Wohnung als Mieterin eingetreten.

2 Aufgrund der Teilungserklärung v. 25. 8. 1987 wurde an der Wohnung Wohnungseigentum begründet und das Wohnungseigentum mit notariell beurkundetem Vertrag v. 19. 12. 1987 an die Firma M. Limited veräußert, die am 3. 4. 1988 als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen wurde.

3 Die Klägerin erwarb das Eigentum von der Firma M. Limited durch Eintragung im Grundbuch v. 29. 4. 1992.

4 Mit Schreiben v. 27. 12. 1993 sprach die Klägerin wegen Eigenbedarfs ihres Sohnes S. der Beklagten gegenüber die Kündigung zum 31. 12. 1994 aus, der die Beklagte mit Schreiben v. 4. 10. 1994 widersprach.

5 Im vorliegenden Rechtsstreit verfolgt die Klägerin die Räumung der Wohnung.

6 Das AG Hamburg-Altona hat mit Urteil v. 16. 8. 1995 die Klage als unbegründet abgewiesen, da die Kündigung unwirksam sei. Die Unwirksamkeit ergebe sich daraus, daß die 10jährige Wartefrist des sogenannten Sozialklauselgesetzes (Artikel 14 des Gesetzes zur Erleichterung von Investitionen und der Ausweisung und Bereitstellung von Wohnbauland v. 22. 4. 1993, BGBl. I, Seite 466, 487, in Kraft getreten am 1. 5. 1993) in Verbindung mit der entsprechenden Sozialklauselverordnung der Freien und Hansestadt Hamburg (Verordnung über eine Sozialklausel in Gebieten mit gefährdeter Wohnungsversorgung v. 18. 5. 1993, Hamburger GVBl. 1993, Seite 98) nicht abgelaufen sei.

7 Das AG bezieht sich bezüglich der streitigen Rechtsfrage, ob das Sozialklauselgesetz auch auf Erwerbsfälle vor dem Inkrafttreten am 1.5.1993 anwendbar sei, auf die überwiegende Meinung, wonach das Gesetz ohne weitere zeitliche Grenzen auch auf Veräußerungen anwendbar sei, die vor dem 1. 5. 1993 (und auch vor dem 1. 8. 1990) stattgefunden haben. Insbesondere lehnt es ausdrücklich den RE des OLG Stuttgart v. 22. 2. 1995 (ZMR 1995, 200 =WM 1995, 262) ab, wonach das Sozialklauselgesetz nicht anwendbar auf Fälle ist, in denen das Wohnungseigentum vor dem 1. 5. 1993 veräußert worden ist.

8 Gegen dieses Urteil hat die Klägerin form- und fristgerecht Berufung eingelegt und diese Berufung ordnungsgemäß begründet. Die Klägerin wendet sich gegen die vom AG vorgenommene Auslegung des Sozialklauselgesetzes und bezieht sich auf den vorstehend erwähnten RE des OLG Stuttgart.

Entscheidungsgründe

9 II. 1. Bei der vorgelegten Frage handelt es sich um eine Rechtsfrage, die den Bestand eines Mietvertragsverhältnisses über Wohnraum betrifft (§ 541 Abs. 1 S. 1 ZPO).

10 2. Die Beantwortung dieser Rechtsfrage ist auch entscheidungserheblich im Sinne der vorstehend genannten Vorschrift. Nach Auffassung der Kammer ist die auf Eigenbedarf gestützte Kündigung der Klägerin v. 27. 12. 1993 formell wirksam und der Eigenbedarf schlüssig vorgetragen. Insbesondere ist insoweit auch – unter gebotener Berücksichtigung der entsprechenden verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. z. B. BVerfG NJW 1992, 1877 (=WM 1993, 233) m. w. N.) – dem Begründungserfordernis des § 564 b Abs. 3 BGB Genüge getan.

11 Da der geltend gemachte Eigenbedarf von der Beklagten substantiiert bestritten wird, hätte die Kammer zunächst Beweis über die Frage des Eigenbedarfs zu erheben.

12 Sollte demgegenüber das Sozialklauselgesetz auf den vorliegenden Fall Anwendung finden, wäre die Sache entscheidungsreif und die Berufung zurückzuweisen.

13 3. Die Kammer beabsichtigt, das amtsgerichtliche Urteil einschließlich dessen Begründung zu bestätigen und die Berufung der Klägerin zurückzuweisen, sieht sich aber daran durch den vorstehend erwähnten RE des OLG Stuttgart v. 22. 2. 1995 gehindert, der sich mit der vorgelegten Rechtsfrage auseinandergesetzt hat und auch den hier zu entscheidenden Sachverhalt erfaßt. Die Kammer möchte diesem RE nicht folgen, weil sie sowohl dessen Ergebnis als auch dessen Begründung für unrichtig hält. Sie sieht sich wegen § 541 Abs. 1 S. 1, 1. Alternative ZPO aber daran gehindert. Danach besteht eine Pflicht zur Einholung einer Entscheidung des im Rechtsweg übergeordneten OLG, wenn – wie vorliegend – ein LG als Berufungsgericht bei der Entscheidung einer Rechtsfrage gemäß obiger Ziff. II. 1. von einer Entscheidung des BGH oder eines OLG abweichen will.

14 III. Die Absicht der Kammer zur Abweichung von dem RE des OLG Stuttgart v. 22. 2. 1995 beruht auf folgenden Erwägungen:

15 Die Kammer vermag, ebenso wie das LG Berlin in seinem VB v. 30. 6. 1995 (65 S 406/94;MM 1995, 357), auf den die Kammer auch zur Vermeidung von Wiederholungen vollen Umfangs Bezug nimmt, dem RE des OLG Stuttgart v. 22. 2. 1995 nicht darin zu folgen, daß das Sozialklauselgesetz nicht auf Fälle angewendet werden kann, in welchen die Veräußerung des Wohnungseigentums vor dessen Inkrafttreten am 1. 5. 1993 erfolgt ist. Da das Gesetz keine besondere Übergangsvorschrift enthält, ist nämlich nach allgemeinen, für Dauerschuldverhältnisse wie Miete und Pacht geltendem Rechtsgrundsatz, wie etwa in Art. 171 EGBGB zum Ausdruck gekommen und auch zum Sozialklauselgesetz nahezu einhellig vertreten, davon auszugehen, daß das Gesetz selbstverständlich auch vor seinem Inkrafttreten liegende Veräußerungsfälle erfaßt (so generell auch Bundesjustizministerium, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, Bundesanzeigerverlag, Rn. 272, zitiert bei Schilling, Kündigungssperrfrist, Sozialklausel oder Wechselbalg? Zum neuen Mieterschutz bei Wohnungsumwandlungen, ZMR 1993, 441, 444).

16 Zwar hatte das Gesetz zur Verbesserung der Rechtsstellung des Mieters bei Begründung von Wohnungseigentum an vermieteten Wohnungen v. 20. 7. 1990 (BGBl. I S. 1456), mit dem unter den auch jetzt wieder maßgebenden Voraussetzungen die Kündigungssperrfristen des § 564b Abs. 2 Nr. 2 u. 3 BGB bereits auf fünf Jahre verlängert worden waren, in Art. 2 ausdrücklich bestimmt, daß diese Neuregelung nicht anzuwenden ist, wenn der auf die Veräußerung des Wohnungseigentums gerichtete Vertrag vor dem Inkrafttreten des Gesetzes (1. 8. 1990) abgeschlossen worden ist. Doch läßt sich nach Auffassung der Kammer hieraus nicht ableiten, daß selbstverständlich auch das Sozialklauselgesetz nur auf Veräußerungsfälle ab seinem Inkrafttreten, also ab dem 1. 5. 1993, Anwendung findet. Denn ein solcher Schluß ließe sich, wenn überhaupt, doch allenfalls dann rechtfertigen, wenn die gesetzgeberische Situation in den Jahren 1990 und 1993 in etwa vergleichbar gewesen wäre, und das Fehlen einer Übergangsvorschrift, weil es keinen erkennbaren sachlichen Grund gegeben hätte, anders als drei Jahre zuvor zu entscheiden, sich auch aus diesem Grunde zwanglos als ein gesetzgeberisches Redaktionsversehen darstellen würde.

17 Dies ist jedoch nicht der Fall. Das Gesetz v. 20. 7. 1990 hatte nicht die erhoffte dämpfende Wirkung im Bereich der Wohnungsumwandlung entfaltet. Mit der Entscheidung des gemeinsamen Senats der Obersten Gerichtshöfe des Bundes v. 30. 6. 1992 (NJW 1992, 3290 (=WM 1992, 671)) war zudem der Plan gescheitert, mit der bisherigen Verwaltungspraxis der Tendenz zur verstärkten Umwandlung von Miet- in Eigentumswohnungen weiterhin wirksam entgegenzutreten. Die Zahl der Umwandlungsanträge hatte daraufhin in der zweiten Hälfte des Jahres 1992 wieder erheblich zugenommen. Es wurde die Befürchtung geäußert, daß Mieter vor allem in Ballungsgebieten noch weitaus mehr als in den zurückliegenden Jahren aus ihren Wohnungen und ihrer gewohnten Umgebung verdrängt werden würden und daß es vor allem für sozial Schwächere angesichts der Entwicklung der Mietpreise, vor allem bei Neuvermietungen, immer schwieriger werden würde, sich selbst angemessen auf dem Markt zu versorgen (vgl. zum besonderen gesetzgeberischen Anlaß für das Sozialklauselgesetz die Darstellung von Börstinghaus/Meyer, Aktuelle Mietrechtsänderungen durch das Gesetz über eine Sozialklausel in Gebieten mit gefährdeter Wohnungsversorgung, NJW 1993, 1353, unter Hinweis auch auf die

Gesetzesmaterialien, vgl. insoweit auch Schilling, Neues Mietrecht 1993, Beilage zum Bundesanzeiger 1993 Nr. 217a S. 96).

18 Es gab mithin Anlaß und Grund genug, eine im Vergleich zum Gesetz v. 20. 7. 1990 andere und ggf. umfassendere – also z. B. Altfälle mit einschließende – Regelung zu treffen. Dies ist mit dem Sozialklauselgesetz dann auch jedenfalls insoweit geschehen, als es – außerhalb und "abweichend von den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches" – über die Sperrfristregelung in Satz 2 Nr. 1 des Gesetzes hinaus in Satz 2 Nr. 2 eine besondere, sich an die Sperrfrist anschließende Härtefallregelung geschaffen hat. Angesichts dieses im Vergleich zum Gesetz v. 20. 7. 1990 wesentlich komplexeren Regelungsgehaltes verbietet es sich nach Auffassung der Kammer, das Fehlen einer Übergangsregelung und etwaige sich aus der Überlagerung der verschiedenen Sperrfristen ergebende Probleme zum Anlaß zu nehmen, auf die Übergangsregelung des Gesetzes v. 20. 7. 1990 zurückzugreifen.

19 In diesem Zusammenhang vermag auch das Argument, daß vom Gesetzgeber des Sozialklauselgesetzes, wenn er die Einbeziehung aller in den zurückliegenden 10 Jahren erfolgten Veräußerungen wirklich gewollt hätte, eine ausdrückliche Regelung zu erwarten gewesen wäre, jedenfalls die Kammer nicht zu überzeugen. Denn damit würde, worauf in der Literatur bereits wiederholt hingewiesen worden ist (vgl. etwa Wiek, Der zeitliche Anwendungsbereich des Sozialklauselgesetzes, WM 1995, 376, 377), der oben genannte Rechtsgrundsatz verleugnet bzw. unter Außerachtlassung des Prinzips von Regel und Ausnahme geradezu ins Gegenteil verkehrt werden. Eine Überleitungsregelung ist zu erwarten, wenn eine eingeschränkte zeitliche Anwendung einer Neuregelung gewollt ist. Dementsprechend hat der Gesetzgeber des Jahres 1990 dem Gesetz eine Überleitungsregelung beigefügt. Vom Gesetzgeber des Sozialklauselgesetzes war hingegen eine solche nicht zu erwarten, wenn er die Neuregelung – ebenso wie andere und durchaus wesentliche mietrechtliche Eingriffe der Vergangenheit – uneingeschränkt, also Altfälle erfassend, angewendet wissen wollte.

20 Hierfür sprechen nach Auffassung der Kammer im übrigen auch Wortlaut, Inhalt sowie Sinn und Zweck des Gesetzes.

21 Die zunächst vom Bauausschuß des Bundestages nach dem vorliegenden Bericht (vgl. Schilling a. a. O. S. 97) vorgeschlagene, als Art. 11a in das Investitionserleichterungs- und Wohnbaulandgesetz einzufügende Regelung war als Sozialklauselregelung konzipiert und sollte dem Ziel der Regelung entsprechend "zeitlich befristet einen besonders wirksamen Schutz sozialschwacher Mieter vor Kündigung durch Eigentümer von umgewandelten Mietwohnungen, die Eigenbedarf geltend machen, sicherstellen" und "von diesem Zeitpunkt an auch dann gelten, wenn das Wohnungseigentum bereits vor dem Inkrafttreten des Gesetzes veräußert worden ist". Von diesem Regelungsgehalt hat sich dann auch das Sozialklauselgesetz keineswegs in einem Maße entfernt, daß hinreichender Anlaß zu der Annahme bestehen könnte, der Gesetzgeber habe sich von dem Vorhaben, eine Regelung auch für die Umwandlungen der Vergangenheit zu treffen, verabschiedet.

22 Die Überschrift etwa mit dem Begriff "Sozialklausel", der eher auf eine weiterhin umfassende, also auch Altfälle betreffende Geltung der nachfolgenden Regelungen hindeutet, ist beibehalten worden. Dies gilt vor allem auch für den Kern der Regelung, allerdings unter deutlicher Erweiterung zum Schutze des Mieters.

Letzteres aber ist ausdrücklich gewollt gewesen, wie die Äußerungen des Berichterstatters im Vermittlungsausschuß (vgl. Schilling a. a. O. S. 102) zeigen, in denen von einem "erheblich verschärften Mieterschutzmodell" und, wofür bei einer beabsichtigten Geltung nur für künftige Umwandlungen wohl kaum Anlaß bestanden hätte, bereits von der verfassungsrechtlichen Hinnehmbarkeit wegen der Beschränkung der Regelung auf Wohnraummangelgebiete bzw. Versorgungsmangelfälle die Rede ist.

23 Zwar hatte der Bundesrat ein im wesentlichen in die Zukunft gerichtetes öffentlich-rechtliches Modell, ein grundsätzliches Umwandlungsverbot mit Erlaubnisvorbehalt, favorisiert. Allein dieser Umstand kann jedoch nicht die Annahme begründen, auch die letztlich beschlossene zivilrechtliche Mieterschutzregelung sei nur auf künftige Umwandlungsfälle gerichtet. Denn der Vermittlungsausschuß hat sich, wie bereits ausgeführt, für ein erheblich verschärftes Mieterschutzmodell und damit gegen das öffentlich-rechtliche Bundesratsmodell entschieden. Nachträglich nunmehr einen Verschnitt beider Lösungen im Wege der Exegese zu konstruieren, dürfte nicht zulässig sein.

24 Der Antrag des Bundesrates an den Vermittlungsausschuß im zweiten Durchgang des Vierten Mietrechtsänderungsgesetzes (vgl. Schilling a. a. O. S. 108) schließlich, dem Sozialklauselgesetz einen § 2 anzufügen, wonach die bisherige Regelung "nicht anzuwenden (ist), wenn der auf die Veräußerung des Wohnungseigentums gerichtete Vertrag vor dem 1. August 1990 abgeschlossen worden ist", ist dann ja auch vom Vermittlungsausschuß nicht aufgegriffen worden. Im übrigen legt auch diese Initiative, die zwar von einer zweckmäßigen Klarstellung spricht, nach ihrer Begründung doch eher nahe, daß damit nachträglich der Anwendungsbereich des Sozialklauselgesetzes eingeschränkt werden sollte.

25 Die vom OLG Stuttgart herangezogene Äußerung des Abgeordneten Dr. Freiherr von Stetten in der 150. Sitzung des Bundestages v. 26. 3. 1993 (vgl. Schilling a. a. O. S. 103) spricht demgegenüber zwar aus, daß die "Sozialklausel, die nun auf zehn Jahre die Kündigung verbiete, ... natürlich nur für zukünftige Umwandlungen gelten (kann) und nicht rückwirkend". Sie kann jedoch nicht als authentische Interpretation des gesetzgeberischen Willens angesehen, sondern nur als persönliche Äußerung eines Abgeordneten begriffen werden, wie Wiek a. a. O. im einzelnen überzeugend ausgeführt hat und worauf die Kammer vollen Umfangs Bezug nimmt.

26 Auch das Gebot verfassungskonformer Auslegung führt nicht zu einer Reduzierung des zeitlichen Anwendungsbereichs des Sozialklauselgesetzes auf Veräußerungsfälle nach seinem Inkrafttreten am 1. 5. 1993 oder doch jedenfalls auf solche nach dem Inkrafttreten des Gesetzes v. 20. 7. 1990, also dem 1. 8. 1990.

27 Die Kammer nimmt insoweit auf die zusammenfassende Darstellung der zur Frage der Verfassungskonformität des Sozialklauselgesetzes vertretenen Meinungen in Literatur und Rechtsprechung seitens des LG Berlin a. a. O. Bezug (vgl. aber auch noch AG Hamburg WM 1994, 25f.; Blank, Das Sozialklauselgesetz, WM 1994, 115;Sternel, Zur Auslegung und Anwendung des Sozialklauselgesetzes, ZMR 1995, 1 sowie Mietrecht aktuell, 3. Aufl. 1995, Rn. A 151;Wiek a. a. O.; Staudinger-Sonnenschein, BGB, 13. Bearbeitung 1994, Anhang zu § 556a Rn.41;Barthelmess, Wohnraumkündigungsschutzgesetz-Miethöhegesetz, 5. Aufl. 1995, § 564b BGB Rn. 88) und schließt sich im übrigen unter ausdrücklicher Bezugnahme dessen

sorgfältig begründeter Auffassung an.

28 Auch diese Kammer vermag nicht zu erkennen, daß es dem Gesetzgeber trotz der dramatischen Zunahme von Umwandlungsfällen in den Brennpunkten des Bedarfs aus Gründen des Vertrauensschutzes verwehrt gewesen sein soll, den Kündigungsschutz des Mieters auch in zurückliegenden Veräußerungsfällen entscheidend zu verbessern. Denn eine lebhafte öffentliche Diskussion darüber, wie der Schutz des Mieters in Umwandlungsfällen verbessert werden könne, gab es schon seit langem, und es mußte daher mit entsprechenden Regelungen, wie etwa denen des späteren Sozialklauselgesetzes, gerechnet werden.

29 Zwar brachte dann das Gesetz v. 20. 7. 1990, und zwar für Wohnraummangelgebiete, lediglich eine Verlängerung der Wartefristen des § 564b Abs. 2 Nr. 2 u. 3 BGB auf fünf Jahre, und dies auch nur für künftige Umwandlungsfälle. Dies mag auch für die Hoffnung Anlaß gegeben haben, daß auch bei künftigen Regelungen Altfälle verschont würden und daß es hinsichtlich der Umwandlungsfälle seit dem 1. 8. 1990 bei der 5-Jahresfrist des Gesetzes v. 20. 7. 1990 bleiben werde.

30 Doch muß im sozialpolitisch umstrittenen Gebiet des sozialen Mietrechts grundsätzlich mit häufigeren Gesetzesänderungen gerechnet und darf nicht ohne weiteres auf das unveränderte Fortbestehen einer derzeit günstigeren Rechtslage vertraut werden. Dies gilt vorliegend um so mehr, als angesichts zunehmender Wohnungsknappheit und sich verstärkender Verdrängungstendenzen alsbald zeigte, daß es bei den Regelungen des Gesetzes v. 20. 7. 1990 möglicherweise nicht bleiben werde, und die öffentliche mietpolitische Diskussion u. a. von Erörterungen über längere Sperrfristen bestimmt wurde.

31 Das Vertrauen, daß die Rechtslage entsprechend dem Gesetz v. 20. 7. 1990 beibehalten, insbesondere nicht verschärft werde, stellt keine grundrechtliche geschützte Position dar. Nur der, der von einer bestehenden Gesetzeslage bereits Gebrauch gemacht hat, ist geschützt. Dementsprechend hat auch das BayObLG in seinem RE v. 21. 3. 1995 (RE-Miet 2/94;WM 1995, 380) entsprechend der ganz überwiegenden Meinung in der mietrechtlichen Literatur ausgesprochen, daß auf eine Eigenbedarfskündigung, die dem Mieter vor dem 1. 5. 1993 wirksam zugegangen ist, Satz 2 Nr. 1 des Sozialklauselgesetzes nicht anzuwenden ist. Die bloße Möglichkeit hingegen, von einer bestimmten Rechtslage Gebrauch machen, also etwa wegen Eigenbedarfs kündigen zu können, ist als bloßer Rechtsreflex noch nicht durch Art. 14 des Grundgesetzes geschützt.

32 Die Kammer vermag daher nicht zu erkennen, daß die dem Vermieter in Wohnungsmangelgebieten mit dem Sozialklauselgesetz angesonnene Hintanstellung seines Eigennutzungs- oder Verwertungswunsches für einen Zeitraum von zehn Jahren ab der ersten Veräußerung des Wohnungseigentums nach Umwandlung eine unverhältnismäßige Eigentumseinschränkung darstellt, also sich trotz des bezweckten Mieterschutzes aus übergeordneten Gründen des Gemeinwohls, nämlich angesichts stark zunehmender Umwandlungen, nicht mehr im Rahmen von Art.14 Abs. 2 des Grundgesetzes hält.

Zitiervorschlag:
LG Hamburg Beschl. v. 15.5.1996 – 333 S 125/95, BeckRS 1996, 4818