Ihre Suche nach: "Handbuch der Rechtsförmlichkeit" DATUM:"2004 bis 2018"
Diese Suche ergab 75 Treffer.

Gericht:	Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg 10. Senat
Entscheidungsdatum:	09.11.2018
Rechtskraft:	ja
Aktenzeichen:	10 S 1808/18
ECLI:	ECLI:DE:VGHBW:2018:1109.10S1808.18.00
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	juris
Normen:	§ 172 S 1 VwGO, § 113 Abs 5 S 2 VwGO
Zitiervorschlag:	Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Beschluss vom 09. November 2018 – 10 S 1808/18 –, juris

Durchsetzung eines verwaltungsgerichtlichen Bescheidungsurteils; wirkungsvolle Vollstreckung; Fortschreibung des Luftreinhalteplans Stuttgart; Verkehrsverbot auch für Euro-5-Dieselfahrzeuge

Leitsatz

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.(Rn.5)

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.(Rn.6)

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).(Rn.9)

Orientierungssatz

Vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 27.02.2018 - 7 C 30.17 -. (Rn.1)

Fundstellen

ZfSch 2019, 54-55 (Leitsatz und Gründe)

Verfahrensgang

vorgehend VG Stuttgart 13. Kammer, 26. Juli 2018, 13 K 3813/18, Beschluss

Diese Entscheidung zitiert

Rechtsprechung
Vergleiche BVerwG 7. Senat, 27. Februar 2018, 7 C 30/17

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 Stuttgart/Teilplan Landeshauptstadt Stuttgart 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 Voll-

streckungsverfahren 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 NO_2 i. H. v. 40 µg/m³ und des Stundengrenzwerts für NO_2 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 NO_2-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 NO_2-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 Stuttgart so fortzuschreiben bzw. zu ergänzen hat, dass dieser die erforderlichen Maßnahmen zur schnellstmöglichen Einhaltung des über ein Kalenderjahr gemittelten Immissionsgrenzwerts für Stickstoffdioxid (NO_2) in Höhe von 40 µg/m³ und des Stundengrenzwerts für NO_2 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 be-

ziehen, 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 NO_2-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 NO_2-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 NO_2-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 NO_2-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.

21 Dem verfassungsrechtlichen Gebot, effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten, kann 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 verbindli-

chen 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.

22 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO. Es entsprach hier nicht der Billigkeit, die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen für erstattungsfähig zu erklären (§ 162 Abs. 3 VwGO).

23 Eine Streitwertfestsetzung ist nicht erforderlich, da bei Erfolglosigkeit der Beschwerde nach Nr. 5502 des Kostenverzeichnisses (Anlage 1 zu § 3 Abs. 2 GKG) lediglich eine Festgebühr erhoben wird.

24 Dieser Beschluss ist unanfechtbar.

Gericht:	OLG Hamm 27. Zivilsenat
Entscheidungsdatum:	27.09.2018
Rechtskraft:	ja
Aktenzeichen:	I-27 W 93/18, 27 W 93/18
ECLI:	ECLI:DE:OLGHAM:2018:0927.27W93.18.00
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	juris
Normen:	§ 6 Abs 2 S 2 Nr 3 Buchst e GmbHG, § 39 Abs 3 GmbHG, § 265c StGB, § 265d StGB
Zitiervorschlag:	OLG Hamm, Beschluss vom 27. September 2018 – I-27 W 93/18 –, juris

Leitsatz

Bei der Anmeldung einer Änderung in der Person des Geschäftsführers nach § 39 GmbHG zum Handelsregister muss sich die Versicherung des Geschäftsführers nach § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 lit. e GmbHG nicht auf die seit dem Inkrafttreten des 51. Strafrechtsänderungsgesetzes (BGBl. I 2017, 815) geltenden Straftatbestände der §§ 265cbis 265d StGB erstrecken (Abweichung von OLG Oldenburg, Beschluss vom 8. Januar 2018, 12 W 126/17, FGPrax 2018, 21 f.).

Fundstellen

ZIP 2018, 2270-2271 (Leitsatz und Gründe)
GmbHR 2018, 1271-1273 (Leitsatz und Gründe)
ZInsO 2018, 2761-2763 (Leitsatz und Gründe)
DB 2018, 3112-3114 (Leitsatz und Gründe)
NZG 2019, 29-31 (Leitsatz und Gründe)
FGPrax 2018, 260-261 (Leitsatz und Gründe)
SpuRt 2019, 34-36 (Leitsatz und Gründe)

Verfahrensgang

vorgehend AG Paderborn, 11. Juni 2018, HRB 13028

Diese Entscheidung wird zitiert

Literaturnachweise
Christian Brand, GmbHR 2018, 1273-1275 (Anmerkung)

Diese Entscheidung zitiert

Rechtsprechung
Abweichung OLG Oldenburg (Oldenburg) 12. Zivilsenat, 8. Januar 2018, 12 W 126/17

Tenor

Auf die Beschwerde des Beteiligten vom 26.06.2018 wird der Beschluss des Amtsgerichts - Registergericht - Paderborn vom 11.06.2018 aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Entscheidung über den Eintragungsantrag an das Amtsgericht - unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats - zurückverwiesen.

Der Beschwerdewert beträgt 5.000,00 EUR.

Gründe

I.

1 Der Beteiligte hat unter dem 05.06.2018 seine Geschäftsführerbestellung zum Handelsregister angemeldet (Bl. 63-65). Die persönliche Versicherung lautet u.a. wie folgt:

2 "Der Geschäftsführer, Herr S, versichert (zum Zeitpunkt des Zugangs der Anmeldung beim Registergericht), dass

3 a) keine Umstände vorliegen, aufgrund derer der Geschäftsführer nach § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 und 3 sowie Satz 3 GmbHG von dem Amt als Geschäftsführer ausgeschlossen wäre: Während der letzten fünf Jahre wurde ich nicht rechtskräftig verurteilt wegen einer oder mehrerer vorsätzlich begangener Straftaten:

b) ...

f)

5 nach § 263 StGB (Betrug)

6
- § 263a StGB (Computerbetrug)

7
- § 264 StGB (Subventionsbetrug)

8
- § 264a StGB (Kapitalanlagebetrug)

9 oder

11 § 265b StGB (Kreditbetrug)

12
- § 266 StGB (Untreue)

13
- § 266a StGB (Vorenthalten oder Veruntreuen von Arbeitsentgelt)

14 Zur Klarstellung wird darauf hingewiesen, dass eine Versicherung hinsichtlich der §§ 265c, 265d und 265e StGB ausdrücklich nicht abgegeben wird.

... "

15 Das Registergericht hat die Anmeldung nach vorheriger Beanstandung durch Beschluss vom 11.06.2018 (Bl. 52) mit der Begründung zurückgewiesen, dass die Versicherung des Beteiligten nicht vollständig sei. Mit dem 19.04.2017 seien die neuen Vorschriften der §§ 265c, 265d und 265e StGB in Kraft getreten, die von der Verweisung des § 6 II 2 Nr. 3e) GmbHG erfasst würden. Die Versicherung des Geschäftsführers müsste daher auch diese Strafvorschriften einschließen.

16 Dagegen wendet sich der Beteiligte mit seiner form- und fristgerechten Beschwerde. Er vertritt die Ansicht, dass die durch das 51. Strafrechtsänderungsgesetz nachträglich eingefügten vorgenannten Strafvorschriften nicht von § 6 II GmbHG erfasst seien (DNotI-Report 2017, 73).

II.

17 Die zulässige Beschwerde ist begründet.

1.

18 Der Eintragungsantrag des Beteiligten kann nicht mit der Begründung des Registergerichts zurückgewiesen werden.

19 Die von dem neu bestellten Geschäftsführer nach §§ 39 III 1, 6 II 2 Nr. 3e) GmbHG abzugebende Versicherung muss sich nicht auf die seit dem Inkrafttreten des 51. Strafrechtsänderungsgesetzes am 19.04.2017 (BGBl. I 2017, 815) geltenden Tatbeständen der § 265cbis § 265d StGB erstrecken.

a.

20 Diese Erstreckung ist, soweit ersichtlich, obergerichtlich bisher nur vom OLG Oldenburg und höchstrichterlich nicht entschieden worden, sie wird in der Literatur streitig diskutiert.

aa.

21 In der Literatur hat sich zunächst insbesondere das Deutsche Notarinstitut (DNotI-Report 10/2017, S. 73 ff.) mit dieser Frage umfassend auseinandergesetzt. Dieses kommt nach einer Auslegung der Gesetzesmaterialien zu dem Ergebnis, dass § 6 II GmbHG eine statische Verweisung auf die bei Inkrafttreten der Regelung (mit dem Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen [MoMiG] vom 23.10.2008) geltenden Strafnormen enthält, mit der Folge, dass eine auf die §§ 265cbis 265e StGB bezogene Versicherung neu bestellter Geschäftsführer nicht erforderlich sei. Begründet wird dies zum einen mit der Entstehungsgeschichte des MoMiG, aus der sich ergibt, dass sowohl im Regierungsentwurf (BT-Drucks. 16/6140, S. 32) als auch in der Gesetzesbegründung des Bundesrates (BR-Drucks. 354/07, S. 9 f.) die betroffenen Strafnormen noch einzeln aufgeführt worden sind und die Auflistung erst im Entwurf des Bundesrates ohne nähere Begründung durch die Sammelbezeichnung "§§ 265bbis 266a StGB" ersetzt wurden. Zum anderen wird darauf verwiesen, dass die Zielsetzung der neuen Vorschriften zum Sportwettbetrug und zur Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben eine andere Schutzrichtung (Integrität und Glaubwürdigkeit des Sports, vgl. BT-Drucks. 18/8831 S. 10 f.) hätten als die bislang von § 6 II 2 Nr. 3e) GmbHG erfassten Strafvorschriften, die primär auf den Schutz des Vermögens abzielen.

22 Diese Auffassung wird in der Literatur - auch im Hinblick auf verfassungsrechtliche Bedenken - verbreitet geteilt (vgl. näher: Wachter, GmbHR 2018, 311 ff.; Knaier/Pfleger, Rpfleger 2018, 357, 359 ff.; Knaier, DNotZ 2018, 540, 542 ff.; Knaier, ZNotP 2017, 409, 417; Floeth, EWiR 2018, 267, 268; Hippeli, jurisPR-HaGesR 2/2018, Anm. 5; Knaier u.a. in Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 4. Aufl., Kapitel 2 Rn. 136, Kapitel 6 Rn. 30 und 406 sowie Kapitel 18 Rn. 35; Freitag in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 3, GmbH, 5. Aufl., § 6, Rn. 24; kritisch auch Melchior, GmbHR 2017, R193 f.; Melchior/Böhringer, GmbHR 2017, 1074, 1075; Weiler, GmbHR 2018, R90 f.).

bb.

23 Demgegenüber ist das OLG Oldenburg (Beschluss vom 08.01.2018, 12 W 126/17, FGPrax 2018, 21 f.; ebenso Schneider/Schneider in Scholz, GmbHG, 12. Aufl., § 6, Rn. 35a; zur ent-

sprechenden Vorschrift des § 76 III 2 Nr. 3e) AktG; Mutter, AG 2018, R 6; Koch in Hüffer/Koch, AktG, 13. Aufl., § 76, Rn. 62) der Auffassung, dass die Versicherung des Geschäftsführers seit dem 19.04.2017 zumindest auch die neuen Straftatbestände des § 265c (Sportwettbetrug) und § 265d StGB (Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben) zu erfassen habe. Lediglich die Regelung der besonders schweren Fälle in § 265e StGB müsse nicht ausdrücklich erwähnt werden.

24 Das OLG Oldenburg hat dies vor allem mit dem Gesetzeswortlaut begründet. Der Gesetzgeber habe die im Jahr 2017 neu eingeführten Straftatbestände nicht von der Verweisung im GmbHG ausgenommen. Daher sei von einer dynamischen Verweisung auf die im Zeitpunkt der Versicherung jeweils geltenden Straftatbestände (und nicht von einer statischen Verweisung auf die Straftatbestände zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des MoMiG) auszugehen. Die Verweisung sei auch hinreichend bestimmt (Art. 103 II GG) und schränke die Berufsfreiheit der Geschäftsführer nicht unzulässig ein (Art. 12 GG).

b.

25 Der Senat schließt sich der erstgenannten Auffassung der Literatur an und hält an dem Beschluss vom 20.02.2018, 27 W 121/17, soweit sich daraus etwas anderes ergibt, nicht fest. § 6 II 2 Nr. 3e) GmbHG ist teleologisch einschränkend zu lesen und auf Verurteilungen wegen der neuen Strafvorschriften der §§ 265c StGB bis 265e StGB nicht anzuwenden; die Versicherung des Geschäftsführers muss sich auf diese Vorschriften nicht beziehen.

aa.

26 Zwar erfasst der Wortlaut von § 6 II 2 Nr. 3e) GmbHG bei isolierter Betrachtung unzweifelhaft auch die vorgenannten Vorschriften des Sportwettbetruges.

bb.

27 Berücksichtigt man aber zusätzlich die Entstehungsgeschichte des § 6 Abs. 2 S. 2 GmbHG im Gesetzgebungsverfahren des MoMiG, so ergibt sich, dass die Verweisung in Nr. 3e) statisch war, d.h. nur die zum 01.11.2008 von der Umschreibung "§§ 263 bis 264a" und "§§ 265b bis 266a" umfassten Tatbestände erfassen sollte. Im Verlaufe des damaligen Gesetzgebungsverfahrens ist eine (gegenüber dem ursprünglichen Regierungsentwurf weitere) bewusste Einschränkung vorgenommen und sind nur bestimmte Straftatbestände ausgewählt worden, die unter der weiteren Voraussetzung der Verurteilung zu einer Freistrafe von mindestens einem Jahr zur Inhabilität i. S. d. § 6 II 2 Nr. 3e) GmbHG führen konnten. Dieser besondere Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens, insbesondere die damals umstrittene rechtspolitische Frage, welche einzelnen Vermögensdelikte in Nr. 3e) aufgenommen werden sollten, rechtfertigt es, einen Willen des Gesetzgebers dahingehend zu erkennen, nicht - ohne weiteres - alle Normen aufzunehmen, die später in der angegebenen Bandbreite noch eingefügt werden könnten. Da der Normgeber in seiner Ausgangsnorm somit nicht auch die künftige Entwicklung der Bezugsnorm im Blick hatte, ist nicht von einer dynamischen, sondern von einer statischen Verweisung auszugehen, auch wenn diese hinsichtlich der Formulierung nicht den Empfehlungen im Handbuch der Rechtsförmlichkeiten, 3. Aufl., Rn. 239 ff., entspricht (darauf verweist zur Argumentation für die Gegenauffassung aber Mutter, AG 2018, R 6). Mit der Sammelbezeichnung ("bis") wurden lediglich die einzelnen genannten Paragrafen aus redaktionellen Gründen zusammengefasst (so bereits die oben zitierte Literatur, vgl. insbesondere DNotI-Report, a.a.O.; Knaier/Pfleger, a.a.O. MwN).

cc.

28 Soweit das Oberlandesgericht Oldenburg in seinem Beschluss vom 08.01.2018 die Meinung

vertritt, der Gesetzgeber müsse ausdrücklich klarstellen, wenn er später in die Bandbreite der zuvor genannten Strafnormen neue Tatbestände einfüge, die nicht von § 6 II 2 Nr. 3e) GmbHG erfasst sein sollen, teilt der Senat diese Auffassung nicht. Vielmehr kommt eine Einbeziehung neuer Vorschriften - hier der §§ 265c ff. StGB - in den Kreis der zur Inhabilität führenden Straftatbestände lediglich dann in Betracht, wenn der Gesetzgeber eine entsprechende positive Entscheidung in dieser Hinsicht getroffen hätte. Das kann hier allerdings nicht festgestellt werden, derartiges ist insbesondere weder den Gesetzesmaterialien zu entnehmen noch ist ersichtlich, dass man sich im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens der Problematik überhaupt bewusst gewesen ist (so bereits die zitierte Literatur, vgl. insbesondere Floeth, a.a.O. und Knaier sowie Knaier u.a., a.a.O.; Weiler, a.a.O., verweist darauf, dass die Einführung der neuen Straftatbestände der §§ 265c ff. StGB ohne Beteiligung des gesellschaftsrechtlichen Referats beim BMJ erfolgte).

dd.

29 Weiterhin rechtfertigen nach Auffassung des Senats auch die Ausführungen des OLG Oldenburg zu strafrechtlichen Blanketttatbeständen (hier § 82 I Nr. 5 GmbHG) und dem Bestimmtheitsgebot (Art. 103 II GG) keine andere Beurteilung. Vielmehr gebietet es die letztgenannte Vorschrift, in Zweifelsfällen keine dynamische Verweisung anzunehmen und damit die Rechtsunsicherheit auf Seiten des Normanwenders zu vermeiden (so zutreffend insbesondere Hippeli, a.a.O.).

ee.

30 Angesichts vorstehender Ausführungen kommt es nicht mehr darauf an, ob sich aus dem Schutzgut der mit dem 51. Strafrechtsänderungsgesetz eingeführten neuen Straftatbestände ein weiteres Argument für die vorgenannten Ausführungen ergibt. Nach dem eindeutigen Willen des historischen Gesetzgebers sollen §§ 265c ff. StGB sowohl die Integrität des Sports als auch das Vermögen anderer schützen (vgl. BT-Drucksache 18/8831, S. 1, 10-12, 16, 20); soweit insoweit zum Teil die Meinung vertreten wird, das Schutzgut der Integrität des Sports genieße klaren Vorrang vor dem Vermögensschutz, spräche das allerdings auch gegen die Einbeziehung der neuen Strafvorschriften in die Verweisungsnorm des §§ 6 II 2 Nr. 3e) GmbHG (vgl. insoweit nur Knaier/Pfleger, a.a.O. mwN, zum Streitstand hinsichtlich des Schutzgutes insbesondere Fußnote 50-53).

2.

31 Die Festsetzung des Beschwerdewertes beruht auf § 36 III GNotKG.

Gericht:	BVerwG 2. Senat
Entscheidungsdatum:	22.03.2018
Rechtskraft:	ja
Aktenzeichen:	2 C 42/17
ECLI:	ECLI:DE:BVerwG:2018:220318U2C42.17.0
Dokumenttyp:	Urteil
Quelle:	juris
Zitiervorschlag:	BVerwG, Urteil vom 22. März 2018 – 2 C 42/17 –, juris

Orientierungssatz

Parallelentscheidung zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 22. März 2018, 2 C 43/17, das vollständig dokumentiert ist.

Verfahrensgang

vorgehend Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, 3. Juli 2017, 14 BV 15.2770, Urteil
vorgehend VG München, 24. November 2015, M 21 K 15.1598, Urteil

Diese Entscheidung zitiert

Rechtsprechung
Parallelentscheidung BVerwG 2. Senat, 22. März 2018, 2 C 43/17

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:

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 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.

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 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.

7 Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

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 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.

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 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.).

10 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.).

11 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.

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:

19 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.

20 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.

21 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.

22 § 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.

23 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.

24 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. 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.

25 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO.

Gericht: BVerwG 2. Senat
Entscheidungsdatum: 22.03.2018
Rechtskraft: ja
Aktenzeichen: 2 C 41/17
ECLI: ECLI:DE:BVerwG:2018:220318U2C41.17.0
Dokumenttyp: Urteil

Quelle: juris

Zitiervorschlag: BVerwG, Urteil vom 22. März 2018 – 2 C 41/17 –, juris

Orientierungssatz

Parallelentscheidung zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 22. März 2018, 2 C 43/17, das vollständig dokumentiert ist.

Verfahrensgang

vorgehend Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, 3. Juli 2017, 14 BV 15.2738, Urteil
vorgehend VG München, 24. November 2015, M 21 K 14.411, Urteil

Diese Entscheidung zitiert

Rechtsprechung

Parallelentscheidung BVerwG 2. Senat, 22. März 2018, 2 C 43/17

Tatbestand

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:

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. 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.

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 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.

7 Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

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. 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.

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. 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.).

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

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.).

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:

19 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 Verordnungs-

gebers 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.

20 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.

21 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.

22 § 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.

23 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.

24 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 überwie-

gend 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.

25 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.

26 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.

27 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.

28 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO.

Gericht:	BVerwG 2. Senat
Entscheidungsdatum:	22.03.2018
Rechtskraft:	ja
Aktenzeichen:	2 C 43/17
ECLI:	ECLI:DE:BVerwG:2018:220318U2C43.17.0
Dokumenttyp:	Urteil
Quelle:	juris
Normen:	§ 47 BBesG, § 42 BBesG, § 22a EZulV, § 23f EZulV
Zitiervorschlag:	BVerwG, Urteil vom 22. März 2018 – 2 C 43/17 –, juris

Erschwerniszulage für fliegendes Personal der Bundespolizei

Leitsatz

1. Stellenzulagen nach § 42 Abs. 1 BBesG und Erschwerniszulagen nach einer aufgrund von § 47 Abs. 1 BBesG erlassenen Rechtsverordnung haben unterschiedliche Zielrichtungen. (Rn.12) 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.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)

Fundstellen

DokBer 2018, 287-291 (Leitsatz und Gründe)
Buchholz 240 § 47 BBesG Nr 16 (Leitsatz und Gründe)
NVwZ-RR 2018, 973-975 (Leitsatz und Gründe)
ZBR 2019, 46-49 (Leitsatz und Gründe)

Verfahrensgang

vorgehend Bayerischer Verwaltungsgerichtshof 14. Senat, 3. Juli 2017, 14 BV 15.1473, Urteil
vorgehend VG München, 20. Mai 2015, M 21 K 13.4961, Urteil

Diese Entscheidung wird zitiert

Rechtsprechung

Parallelentscheidung BVerwG 2. Senat, 22. März 2018, 2 C 42/17
Parallelentscheidung BVerwG 2. Senat, 22. März 2018, 2 C 41/17

Literaturnachweise

Klaus von der Weiden, jurisPR-BVerwG 15/2018 Anm. 3 (Anmerkung)

Praxisreporte

Klaus von der Weiden, jurisPR-BVerwG 15/2018 Anm. 3 (Anmerkung)

Tatbestand

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.

Entscheidungsgründe

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 vom 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 Bun-

deswehr 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:

19 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.

20 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.

21 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.

22 § 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 Er-

schwernisse 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.

23 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.

24 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. 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.

25 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.

26 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.

27 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.

28 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO.

Gericht:	Oberverwaltungsgericht für das Land Mecklenburg-Vorpommern 1. Senat
Entscheidungsdatum:	20.03.2018
Aktenzeichen:	1 L 292/15
ECLI:	ECLI:DE:OVGMV:2018:0320.1L292.15.00
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	juris
Norm:	§ 2 KAG MV
Zitiervorschlag:	Oberverwaltungsgericht für das Land Mecklenburg-Vorpommern, Beschluss vom 20. März 2018 – 1 L 292/15 –, juris

Straßenbaubeitragsrecht: Notwendigkeit des notfalls rückwirkenden Bestehens einer Abgabensatzung im Zeitpunkt des Eintritts der Vorteilslage und im Zeitraum der Verwirklichung des Gebührentatbestandes

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.(Rn.22)

Verfahrensgang

vorgehend VG Greifswald 3. Kammer, 11. Juni 2015, 3 A 178/13, Urteil

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 Heringsdorf 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 Ände-

rungssatzung 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 denkt notwendigerweise 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 Änderungssat-

zung 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 Heringsdorf 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:

17

> „Art. III
> § 10
> Inkrafttreten
> § 10 der Satzung enthält erhält folgende Fassung:
> Diese Satzung tritt rückwirkend am 01.01.2012 in Kraft."

18 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.

19 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.

20 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).

21 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.).

22 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 (§§ 4und 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.

23 Die vonseiten des Beklagten zitierten Entscheidungen des BVerwG geben nichts Gegenteiliges her - siehe unten unter Ziffer 3.

24 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.

25 **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.

26 **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).

27 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.

28 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO. Die Streitwertfestsetzung beruht auf §§ 47 GKG i. V. m. § 52 Abs. 3 GKG.

Gericht:	LG Berlin 65. Zivilkammer
Entscheidungsdatum:	28.02.2018
Rechtskraft:	ja
Aktenzeichen:	65 S 225/17
Dokumenttyp:	Urteil
Quelle:	juris
Normen:	§ 557a Abs 2 BGB, § 558 BGB, §§ 558ff BGB, § 559 BGB, § 559a BGB ... mehr
Zitiervorschlag:	LG Berlin, Urteil vom 28. Februar 2018 – 65 S 225/17 –, juris

Wohnraummiete: Nachträgliche Mieterhöhung wegen zurückliegender Modernisierungen während der Laufzeit einer Staffelmietvereinbarung

Leitsatz

1. § 557a Abs. 2 BGB erfasst auch (nachträgliche) Mieterhöhungen aufgrund zurückliegender Modernisierungen während der Laufzeit der Staffelmietvereinbarung.(Rn.4)

2. § 557a BGB legt es 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.(Rn.12)

3. Dem Vermieter hilft es auch nicht, wenn er bereits im Rahmen der Ankündigung der Modernisierungsmaßnahmen die Mieterhöhung mit Ablauf der Staffelmietvereinbarung angekündigt hat. (Rn.13)

Fundstellen

Grundeigentum 2018, 711-713 (red. Leitsatz und Gründe)
WuM 2018, 363-365 (red. Leitsatz und Gründe)
NZM 2018, 599-600 (red. Leitsatz und Gründe)
ZMR 2018, 759-761 (Leitsatz und Gründe)

Verfahrensgang

vorgehend AG Neukölln, 8. September 2017, 2 C 52/17

Diese Entscheidung wird zitiert

Literaturnachweise

Maik Fodor, IMR 2018, 365 (Anmerkung)
Ulf Börstinghaus, NZM 2018, 600-601 (Anmerkung)

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 … in … Berlin 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.

4 § 557a Abs. 2 BGB schließt eine Erhöhung der Miete nach §§ 558bis 559b BGB während der Laufzeit der Staffelmiete aus.

5 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 Miet*erhöhung* 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; BeckOK-

BGB/Schüller, 44. Ed., 01.11.2017, BGB § 557a Rn. 22).

6 Dagegen wird eingewandt, dass eine Staffelmietvereinbarung beiden Vertragsparteien Kalkulationssicherheit bieten soll.

7 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.).

8 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).

9 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.

10 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 §§ 3und 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).

11 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.

12 Der aus den Materialien ersichtliche Zweck des Gesetzes und der Wille des 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, Beschl. v. 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.

13 Eine andere Bewertung rechtfertigt sich auch nicht aus dem Umstand, weil der 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.

14 Das Sonderkündigungsrecht des Mieters nach § 561 BGB stellt sich gerade mit Blick auf den Zweck der Staffelmiete nicht als Vorteil, sondern - bei lebensnaher Betrachtung - faktisch als weitgehend wertlos dar.

15 Der Hinweis des Beklagten auf die Regelung zur Indexmiete in § 557b BGB trägt 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.

16 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 §§ 280Abs. 1, 286 BGB liegen nicht vor.

17 2. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO; die Entscheidung über die vorläufige

Vollstreckbarkeit auf §§ 708Nr. 10, 713 ZPO in Verbindung mit § 26 Nr. 8 EGZPO.

18 3. Die Revision ist gemäß § 543Abs. 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.

Siegmund Dr. Peißker Kothe-Retzlaff

Gericht:	VG Koblenz 4. Kammer
Entscheidungsdatum:	30.01.2018
Aktenzeichen:	4 L 1353/17.KO
ECLI:	ECLI:DE:VGKOBLE:2018:0130.4L1353.17.00
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	juris
Normen:	Anh 1 Nr 8.9b Spalte 2 BImSchV 4 vom 01.05.2013, Anh 1 Nr 8.12.3 BImSchV 4, § 20 Abs 2 BImSchG, § 4 BImSchG, Anh 1 Nr 8.12.3.2 BImSchV 4... mehr
Zitiervorschlag:	VG Koblenz, Beschluss vom 30. Januar 2018 – 4 L 1353/17.KO –, juris

Anwendung einer dynamischen Verweisung im Immissionsschutzrecht aufgrund dynamischer Verweisung

Leitsatz

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.(Rn.11)

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.(Rn.12)

Eine Auslegung, welche eine mögliche Änderung der Norm vorwegnimmt und damit den aktuellen eindeutigen Wortlaut nicht berücksichtigt, ist nicht zulässig.(Rn.13)

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 -).(Rn.13)

Diese Entscheidung zitiert

Rechtsprechung

Vergleiche BVerwG 9. Senat, 8. August 2008, 9 B 31/08

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 Anlagen zum Brechen, Mahlen oder Klassieren von Abbruchmaterial, 8.12, 8.14 und 8.15 des Anhangs zur 4. BImSchV,	SGD/LGB
		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 Bundesimmissionsschutz-

gesetz 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 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 § 52Abs. 1, § 53Abs. 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.

Gericht:	VG Würzburg 8. Kammer
Entscheidungsdatum:	06.11.2017
Aktenzeichen:	W 8 K 16.1289
ECLI:	ECLI:DE:VGWUERZ:2017:1106.W8K16.1289.00
Dokumenttyp:	Urteil
Quelle:	juris
Normen:	§ 4 Abs 2 ViehVerkV, § 7 Abs 6 GeflPestV, § 38 Abs 11 TierGesG, § 6 Abs 1 Nr 4 TierGesG
Zitiervorschlag:	VG Würzburg, Urteil vom 06. November 2017 – W 8 K 16.1289 –, juris

Sonstiger Orientierungssatz

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

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.

1.

2 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 Haßberge die entsprechende Weisung.

2.

3 Mit **Allgemeinverfügung vom 24. November 2016** verbot das Landratsamt Haßberge 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 Haßberge erforderlich. Auf Weisung der Regierung von Unterfranken vom 24. November 2016 sei diese Allgemeinverfügung zu erlassen gewesen. Rechtsgrundlage der Allgemeinverfügung sei § 38Abs. 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 Haßberge 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 Haßberge die Allgemeinverfügung vom 24. November 2016 wieder auf.

3.

5 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 Haßberge 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,

7 festzustellen, dass die Allgemeinverfügung des Landratsamts Haßberge vom 24. November 2016 insoweit rechtswidrig war, als reine Taubenausstellungen verboten wurden.

8 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 Friedrich-Loeffler-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 Haßberge 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.

9 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.

10 § 38Abs. 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 doku-

mentiert 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 Haßberge 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.

11 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 Haßberge 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.

12 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 Haßberge 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 Haßberge 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 Haßberge nicht gegeben. § 4 Abs. 2 ViehVerkV sehe Ausstellungsverbote zur Vorbeugung von Tierseuchen nicht vor.

13 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.

14 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 §§ 16bis 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.

15 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.

16 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 Ver-

bot erforderlich.

17 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.

4.

18 Das Landratsamt Haßberge beantragte für den Beklagten mit Schriftsatz vom 12. Januar 2017, eingegangen bei Gericht am 19. Januar 2017,

19 die Klage abzuweisen.

20 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 Haßberge 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 Ver-

hinderung 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.

21 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.

22 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 Hobbygeflü-

gelzüchters nachgewiesen worden, dessen Bestand (9 Hühner, 4 Enten, 3 Gänse) dann gekeult habe werden müssen.

23 Mit Schreiben vom 9. Mai 2015 führte das Landratsamt Haßberge 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.

24 Da kein Ausbruch von Geflügelpest festgestellt worden sei, bestätige dies, dass die angeordneten Maßnahmen im Landkreis Haßberge 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 er-

scheine deshalb zweifelhaft, ob ein Feststellungsinteresse vorliegend aus einer Wiederholungsgefahr abgeleitet werden könne.

25 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 § 79Abs. 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 § 79Abs. 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.

26 Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Gerichts- und Behördenakten Bezug genommen sowie auf die Niederschrift der mündlichen Verhandlung vom 6. November 2017.

Entscheidungsgründe

27 Die zulässige Klage ist unbegründet, da das Taubenausstellungsverbot in der Allgemeinverfügung des Landratsamts Haßfurt vom 24. November 2016 rechtmäßig war und daher den Kläger nicht in seinen Rechten verletzte, § 113 Abs. 1 Satz 1, Satz 4 VwGO.

28 Die Klage ist zulässig, insbesondere ist das für die Fortsetzungsfeststellungsklage erforderliche berechtigte Feststellungsinteresse in Form der Wiederholungsgefahr gegeben.

29 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.

30 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).

31 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.

32 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.

33 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.

34 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.

35 Das Taubenausstellungsverbot war formell rechtmäßig. Es wurde unter Einhaltung der beson-

deren Voraussetzungen einer Allgemeinverfügung öffentlich bekanntgegeben nach Art. 41 Abs. 3, Abs. 4 BayVwVfG.

36 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.

37 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 § 7Abs. 1, § 17bAbs. 1, § 17hNr. 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.

38 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.

39 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.

40 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.

41 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.

42 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.

43 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 Übertragungsweg 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.

44 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.

45 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).

46 Die Erforderlichkeit des Ausstellungsverbots zur Tierseuchenbekämpfung liegt vor, wenn das gewählte Mittel für diesen bestimmten Zweck geeignet ist und kein milderes Mittel existiert.

47 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 Haßberge 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).

48 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 Haßfurt 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.

49 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 Haßberge 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.

50 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.

51 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 Bundesfor-

schungsinstitut 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.

52 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 Haßberge, 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.

53 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.

54 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.

55 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 Wildvögeln nicht ausgeschlossen. Sicherlich sind auch noch andere Übertragungswege möglich, bezüglich derer dann aber separate Maßnahmen getroffen werden müssen.

56 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.

57 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 Haßberge 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.

58 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.

59 Zudem ist das Verbot im Vergleich zu anderen Maßnahmen wie Flugverboten und Aufstallungsanordnungen oder Tiertötungen das mildere Mittel zur Bekämpfung der Geflügelpest.

60 Dem Landratsamt Haßfurt sind bei der Ausübung des Ermessens keine Ermessensfehler unterlaufen.

61 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.

62 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 Haßfurt 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.

63 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.

64 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.

65 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).

66 Im vorliegenden Fall hat das Landratsamt Haßberge, 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 Haßberge vom 12. Januar 2017, in dem auch auf die wirtschaftlichen Nachteile des Klägers und der Einschränkungen der Handlungsfreiheit durch das Taubenausstellungsverbot behandelt wurden.

67 Fehler bei der Gewichtung der wesentlichen abwägungsrelevanten Gesichtspunkte wurden nicht gemacht. Dass durch das Landratsamt Haßberge 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.

68 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 Haßberge 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 Haßberge 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.

69 Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus § 167 VwGO i.V.m. § 708Nr. 11, § 711 ZPO.

70 **Beschluss**

71 Der Streitwert wird auf 5.000,00 EUR festgesetzt.

72 **Gründe**

73 Die Streitwertfestsetzung beruht auf §§ 52Abs. 2, 63 Abs. 2 GKG. Für die Bestimmung der Höhe des Streitwertes wird vorliegend nicht auf ein wirtschaftliches Interesse in Form des entgangenen Gewinns der Taubenausstellung abgestellt. Nach eigenen Angaben verfolgt der Kläger mit der Klage keine wirtschaftlichen Interessen. Vielmehr sah sich der Kläger zur Klage aus ideellen Gründen, insbesondere der Auswirkungen des Taubenausstellungsverbots für das Vereinsleben, veranlasst. Daher ist der Auffangwert in Höhe von 5.000,00 EUR als angemessener Streitwert festzusetzen.

Gericht:	VG Frankfurt (Oder) 3. Kammer
Entscheidungsdatum:	20.10.2017
Aktenzeichen:	3 K 3253/17.A
ECLI:	ECLI:DE:VGFRANK:2017:1020.3K3253.17.00
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	juris
Normen:	§ 15 Abs 2 GerZustV BB 2014, Art 80 Abs 1 S 1 GG, § 1 Nr 59 JZustÜV BB, § 52 Nr 2 S 4 VwGO, § 83 Abs 3 S 1 AsylVfG 1992
Zitiervorschlag:	VG Frankfurt (Oder), Beschluss vom 20. Oktober 2017 – 3 K 3253/17.A –, juris

Asylrecht: Unwirksamkeit der Gerichtszuständigkeitsverordnung Brandenburg; Verstoß gegen das Zitiergebot

Leitsatz

Nach Auffassung der Kammer ist § 15 Abs. 2 der Gerichtszuständigkeitsverordnung Brandenburg nicht deshalb unwirksam, weil die diese Bestimmung einführende Erste Verordnung zur Änderung der Gerichtszuständigkeitsverordnung vom 14. Juni 2016 wegen eines Verstoßes gegen das Zitiergebot nichtig wäre (a.A. VG Potsdam, Urteil vom 20. September 2017 - VG 6 K 2854/17.A -).(Rn.2)(Rn.17)

Diese Entscheidung zitiert

Rechtsprechung

Vergleiche VG Potsdam 6. Kammer, 20. September 2017, 6 K 2854/17.A

Tenor

Das Verwaltungsgericht Frankfurt (Oder) erklärt sich für örtlich unzuständig.

Der Rechtsstreit wird an das örtlich zuständige Verwaltungsgericht Potsdam verwiesen.

Gründe

1 I. 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 – V...– vertretene Rechtsauffassung nicht, § 15Abs. 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 dersel-

ben 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:

6 „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.

7 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.

8 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 …

9 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 …

10 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….

11 3. Das Zitiergebot erfordert vor allem, dass die einzelne Vorschrift des Gesetzes ge-

nannt 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 …

12 4. Eine Missachtung des Zitiergebots verletzt ein, unerlässliches Element des demokratischen Rechtsstaates‘…. Ein solcher Mangel führt deshalb zur Nichtigkeit der Verordnung ….“

13 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.

14 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.

15 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).

16 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).

17 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.

18 II. Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 80 AsylG).

Gericht:	VG Frankfurt (Oder) 6. Kammer
Entscheidungsdatum:	18.10.2017
Aktenzeichen:	6 K 3340/17.A
ECLI:	ECLI:DE:VGFRANK:2017:1018.6K3340.17.00
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	juris
Normen:	§ 83 Abs 3 AsylVfG 1992, § 15 Abs 2 GerZustV BB 2014, Art 80 Abs 1 S 3 GG, § 17a Abs 2 S 1 GVG, § 1 Nr 59 JZustÜV BB... mehr
Zitiervorschlag:	VG Frankfurt (Oder), Beschluss vom 18. Oktober 2017 – 6 K 3340/17.A –, juris

Asylrecht: Örtliche Zuständigkeit; Verfassungsmäßigkeit der Gerichtszuständigkeitsverordnung von Brandenburg

Leitsatz

1. Die Erste Verordnung zur Änderung der (brandenburgischen) Justiz-Zuständigkeitsübertragungsverordnung vom 25. Januar 2016 (GBVl. II Nr. 2), mit der durch deren Artikel 1 Nummer 2 die verordnungsrechtliche Subdelegationsvorschrift des § 1 Nummer 59 in die (brandenburgische) Justiz-Zuständigkeitsübertragungsverordnung vom 9. April 2014 (GVBl. II Nr. 23) eingefügt worden ist, verstößt nicht gegen das verfassungsrechtliche Zitiergebot des Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG.(Rn.8)(Rn.53)

2. Die Erste Verordnung zur Änderung der (brandenburgischen) Gerichtszuständigkeitsverordnung vom 14. Juni 2016 (GVBl. II Nr. 30), durch deren Artikel 1 Nummer 1 der § 15 in die (brandenburgische) Gerichtszuständigkeitsverordnung vom 02. September 2014 (GVBl. II Nr. 62) eingefügt worden ist, verstößt nicht gegen das verfassungsrechtliche Zitiergebot des Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG.(Rn.4)(Rn.6)(Rn.57)

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 (Gerichtszu-

ständigkeitsverordnung – **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].

2 **I.** 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 Ermächtigungs-weiterübertragungsvorschrift des „§ 1 Nummer 59 der Justiz-Zuständig-keitsübertragungsverordnung 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.

5 **II.** 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.

6 **III.** § 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).

12 **a)** 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).

13 **b)** 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.

14 **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.

15 Die Eingangsformel der 1.ÄndVOBbgJuZÜV vom 25. Januar 2016 (GVBl. II Nr. 2) hat folgenden

Wortlaut:

16 *„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: … "*.

17 Art. 1 der 1.ÄndVOBbgJuZÜV vom 25. Januar 2016 (GVBl. II Nr. 2) hat folgenden Wortlaut:

18 *„§ 1 der Justiz-Zuständigkeitsübertragungsverordnung vom 9. April 2014 (GVBl. II Nr. 23) wird wie folgt geändert:*

19 *1. In Nummer 58 wird der Punkt am Ende durch ein Semikolon ersetzt.*

20 *2. Folgende Nummer 59 wird angefügt:*

21 *„59. Asylgesetz:*

22 *die Ermächtigung nach § 83 Abs. 3 Satz 1." ".*

23 Die in der Eingangsformel der 1.ÄndVOBbgJuZÜV angeführte 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)) .

24 **aa)** Das erforderliche Zitat der gesetzlichen Subdelegationsermächtigung des § 83 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):

25 **a)** 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:

26 *„§ 1 der Justiz-Zuständigkeitsübertragungsverordnung vom 9. April 2014 (GVBl. II Nr. 23) wird wie folgt geändert:*

27 *1. …*

28 *2. Folgende Nummer 59 wird angefügt: … ".*

29 Die vorstehend zitierten änderungssprachlichen Teile des Art. 1 der 1. 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).

30 **b)** 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).

31 Zum regelungssprachlichen Teil des Art. 1 Nummer 2 der 1. ÄndVOBbgJuZÜV gehört hier der mit Anführungszeichen gekennzeichnete Normteil:

32 *„ „59. Asylgesetz:*

33 *die Ermächtigung nach § 83 Abs. 3 Satz 1." ".*

34 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.

35 **g)** § 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:

36 „Die nachstehenden Ermächtigungen zum Erlass von Rechtsverordnungen werden im Umfang ihrer jeweiligen Fassung auf das für Justiz zuständige Mitglied der Landesregierung übertragen:

37 1. …

38 …

39 59. Asylgesetz:

40 die Ermächtigung nach § 83 Abs. 3 Satz 1."

41 **d)** 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)b) 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 1. ÄndVOBbgJuZÜV mit dem bisherigen § 1 BbgJuZÜV aus der Stammverordnung 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.

42 **e)** 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).

43 **aa)** 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.

44 **bb)** 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.

45 **gg)** 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.

46 **bb)** Ebenfalls verfassungsrechtlich unbedenklich ist es, dass die 1. ÄndVOBbgJuZÜV 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.

47 **a)** 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.

48 **b)** 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.

49 **g)** 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.

50 **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)b) 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.

51 **a)** 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.

52 **b)** 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.

53 **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).

54 **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).

55 **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).

56 **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]).

57 **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:

58 *„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 … : …"*

59 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".

60 **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)d) und e) dieses Beschlusses zur BbgJuZÜV und ihrer ersten Änderungsverordnung ausgeführt wurde – eine einheitliche Rechtsverordnung bilden.

61 **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 zwin-

gend, 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.

62 **cc)** Schließlich bedarf es unter Zugrundelegung der im Abschnitt III.2.a)aa) dieses 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.

63 **IV.** Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 80 AsylG).

Gericht: SG Berlin 137. Kammer
Entscheidungsdatum: 08.05.2017
Aktenzeichen: S 137 AS 15874/16
ECLI: ECLI:DE:SGBE:2017:0508.S137AS15874.16.0A
Dokumenttyp: Urteil

Quelle:

Normen: § 28 Abs 1 SGB 2, § 28 Abs 3 S 1 SGB 2, § 28 Abs 3 S 2 SGB 2
Zitiervorschlag: SG Berlin, Urteil vom 08. Mai 2017 – S 137 AS 15874/16 –, juris

(Grundsicherung für Arbeitsuchende - Bildung und Teilhabe - persönlicher Schulbedarf - in § 28 Abs 3 SGB 2 genannte Zeitpunkte sind keine Stichtagsregelungen bzw anspruchsbegründende Tatbestandsmerkmale - Schüler in temporärer Bedarfsgemeinschaft mit den getrennt lebenden Eltern)

Leitsatz

Bei der in § 28 Abs 3 SGB 2 (persönlicher Schulbedarf) normierten Stichtagsregelung handelt es sich lediglich um einen Leistungszeitpunkt. (Rn.15)

Fundstellen

ZFSH/SGB 2017, 568-571 (Leitsatz und Gründe)

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 Berlin. 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 ei-

nen 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:

7
1. Der Bescheid des Beklagten vom 22. September 2016 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 11. Oktober 2016 wird aufgehoben.

8
2. Der Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Leistungen zur Ausstattung mit persönlichem Schulbedarf für das Schuljahr 2016/2017 zu gewähren.

9 Der Beklagte beantragt,

10 der Antrag wird abgewiesen.

11 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

12 I. Das Gericht konnte nach § 124 Abs. 2 Sozialgerichtsgesetz (SGG) ohne mündliche Verhandlung entscheiden, weil die Beteiligten hiermit ihr Einverständnis erklärt haben.

13 II. 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).

14 Die Klage ist auch begründet.

15 1. Anspruchsgrundlage ist danach § 28 Abs. 3 S. 1 SGB II. Das Gericht legt dabei 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.

16 2. Diese Voraussetzungen liegen vor.

17 Streitig ist vorliegend alleine: Setzt die Vorschrift zwingend voraus, dass sich der 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).

18 a. Unter dem Wortlaut bzw. Wortsinn versteht man die Bedeutung eines Ausdrucks 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.).

19 Ausgehend hiervon spricht der Wortlaut gegen die vom Beklagten vorgenommene Rechtswendung.

20 Hierfür wäre nämlich nach Auffassung des Gerichts erforderlich, dass sich die 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).

21 Hieran fehlt es jedoch vorliegend.

22 Vielmehr heißt es hier „werden […] berücksichtigt" und zwar zu einem bestimmten 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).

23 b. Für diese am Wortsinn orientierte Auslegung spricht auch eine systematische 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).

24 Dies zugrunde gelegt, korrespondiert die oben vorgenommene Wortlautauslegung mit der vorliegenden.

25 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.

26 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).

27 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).

28 Dies zugrunde gelegt, muss der Kläger auch nach der historischen Auslegung Anspruch auf die

in § 28 Abs. 3 SGB II geregelten Leistungen haben.

29 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.

30 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.

31 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 Rang-

verhältnis dieser Zwecke optimal entspricht (Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991, S. 332).

32 Auch hiernach entspricht der Zweck der Regelung der bereits oben vorgenommenen Auslegung.

33 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.

34 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.

35 III. 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.

36 III. Die Berufung war nicht zuzulassen. Vor allem ist die Sache nicht von 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.

Gericht:	BVerwG 2. Senat
Entscheidungsdatum:	15.12.2016
Rechtskraft:	ja
Aktenzeichen:	2 C 31/15
ECLI:	ECLI:DE:BVerwG:2016:151216U2C31.15.0
Dokumenttyp:	Urteil
Quelle:	juris
Normen:	§ 127 Nr 2 BRRG, Art 20 Abs 2 GG, Art 28 Abs 1 S 1 GG, Art 3 Abs 1 GG, Art 80 Abs 1 S 3 GG... mehr
Zitiervorschlag:	BVerwG, Urteil vom 15. Dezember 2016 – 2 C 31/15 –, BVerwGE 157, 54-72

Absenkung der Unterhaltsbeihilfe für Rechtsreferendare in NRW

Leitsatz

1. Landesrecht ist im Rahmen des § 127 Nr. 2 BRRG einer revisionsrechtlichen Prüfung nur zugänglich, soweit es sich um materielles Beamtenrecht handelt. (Rn.7)

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. (Rn.8)

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. (Rn.15)

4. Durch die Bezugnahme auf den Begriff der "Unterhaltsbeihilfe" ist die Verordnungsermächtigung in § 32 Abs. 3 JAG NRW 2003 (juris: JAG NW) im Sinne des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG hinreichend bestimmt, weil aus der Verwendung dieses Begriffs hervorgeht, dass der Unterhaltsbeihilfe eine existenzsichernde Funktion zukommen soll. (Rn.24)

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. (Rn.29)

6. Ein landesverfassungsrechtliches Zitiergebot (hier: Art. 70 Satz 3 LV NRW <juris: Verf NW>) ist nicht revisibel. (Rn.28)

Orientierungssatz

Die gegen diese Entscheidung erhobene Verfassungsbeschwerde hat das Bundesverfassungsgericht mit Beschluss vom 8. März 2018 - 2 BvR 813/17 - nicht zur Entscheidung angenommen.

Fundstellen

BVerwGE 157, 54-72 (Leitsatz und Gründe)
NWVBl 2017, 289-295 (Leitsatz und Gründe)
DokBer 2017, 183-193 (Leitsatz und Gründe)
NVwZ-RR 2017, 789-794 (Leitsatz und Gründe)

Buchholz 11 Art 80 GG Nr 33 (Leitsatz und Gründe)

Verfahrensgang

vorgehend Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen 3. Senat, 27. Oktober 2014, 3 A 1217/14, Urteil
vorgehend VG Minden 4. Kammer, 8. Mai 2014, 4 K 96/14, Urteil

Diese Entscheidung wird zitiert

Literaturnachweise
Michael Sachs, JuS 2017, 901-903 (Entscheidungsbesprechung)

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 eben-

falls 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 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.

12 aa) Zunächst hat es sich bei der Unterhaltsbeihilfen-Verordnung um ein taugliches 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 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 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" han-

delt (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 Wei-

se 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 Unterhaltsbeihil-

fe 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.

45 Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO.

Gericht:	LG Frankfurt 12. Strafkammer
Entscheidungsdatum:	31.10.2016
Aktenzeichen:	5/12 KLs 9/16, 5/12 KLs 7521 Js 211504/14 (9/16)
ECLI:	ECLI:DE:LGFFM:2016:1031.5.12KLS9.16.0A
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	juris
Normen:	§ 20a Abs 1 S 1 Nr 3 WpHG vom 25.06.2009, § 38 WpHG vom 23.06.2017, § 38 Abs 2 Nr 1 WpHG vom 25.06.2009, § 39 WpHG vom 23.06.2017, § 39 Abs 1 Nr 2 WpHG vom 21.07.2010... mehr
Zitiervorschlag:	LG Frankfurt, Beschluss vom 31. Oktober 2016 – 5/12 KLs 9/16 –, juris

Strafverfahren wegen Marktmanipulation: Strafbarkeit des sog. "Scalpings" durch Neureglung des WpHG; Verfall bei Marktmanipulation

Leitsatz

1. Marktmanipulation in Form des Scalpings war auch im Zeitpunkt der Änderung des WpHG zum 2. Juli 2016 strafbar. Es genügt eine Bezugnahme der Blankettstraftatbestände der §§ 38, 39 WpHG in der Fassung vom 23. Juni 2017 auf die in Kraft getretene Marktmissbrauchsverordnung, wenngleich diese erst ab dem 3. Juli 2016 Geltung erlangte. Dem stehen auch das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot und das Analogieverbot nicht entgegen.(Rn.8)

2. Zum Begriff des "Erlangten" im Sinne des § 73 Abs. 1 StGB bei Marktmanipulation in Form des Scalpings.(Rn.36)

Orientierungssatz

Eine normative, einschränkende, den Spannungsverhältnis aus Übermaßverbot, Bestimmtheitsgebot und dem Schutzzweck der Norm Rechnung tragende Betrachtung des Begriffs des "Erlangten" ist jedenfalls für die Fälle geboten, in denen nicht der Vertragsschluss als solcher, sondern nur dessen Anbahnung strafrechtlich bemakelt ist.(Rn.36)

Verfahrensgang

nachgehend OLG Frankfurt 3. Strafsenat, 12. Januar 2017, 3 Ws 901/16, Beschluss

Diese Entscheidung wird zitiert

Rechtsprechung

Bestätigung BVerfG 2. Senat 2. Kammer, 3. Mai 2018, 2 BvR 463/17

Literaturnachweise

Christian Altenhofen, jurisPR-HaGesR 3/2017 Anm. 3 (Anmerkung)

Praxisreporte

Christian Altenhofen, jurisPR-HaGesR 3/2017 Anm. 3 (Anmerkung)

Tenor

Hinweis der Dokumentationsstelle des Bundesgerichtshofs: Der Tenor ist vom Gericht nicht mitgeteilt worden.

Gründe

1 **Zum Sachverhalt:**

2 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.

3 Das Landgericht bejahte unter II.1. einen dringenden Tatverdacht wegen Marktmanipulation gemäß §§ 38Abs. 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)).

4 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.

5 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.

6 **Aus den Gründen:**

7 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.

8 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 Ver-

weisen 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.

9 *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 [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.

10 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.)

11 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 (VO-en) 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)).

12 Die Auslegung des WpHG n.F. ergibt hier, dass der Gesetzgeber die Gültigkeit der MAR auf Gemeinschaftsebene am 02.07.2016 nicht voraussetzte.

13 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.

14 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.

15 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.

16 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) [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).

17 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.

18 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)).

19 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 Veröffentli-

chungen 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).

20 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).

21 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.

22 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.

23 Aus dem vom Gesetzgeber gewählten Wortlaut ergeben sich indessen Bedenken.

24 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.

25 Diese Betrachtung greift jedoch insoweit zu kurz, als die Besonderheiten von Blankettstraftatbeständen außen vor bleiben.

26 Folge eines Verweises ist nämlich, dass der Inhalt der Bezugsvorschrift in die Verweisnorm in-

korporiert wird (sog. Inkorporationstheorie, vgl. m.w.N. Satzger, a.a.O., Kap. 4, S. 219).

27 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.

28 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).

29 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 In-

terpretation 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.

30 Auch im Übrigen sieht die Kammer keinen Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot.

31 Insbesondere sieht die Kammer anders als *Bergmann/ Vogt* (a.a.O. S. 350) nicht, dass die Regelungen der §§ 38Abs. 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 §§ 38Nr. 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.

32 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).

33 II.2. Aus der Tat erlangt sind alle Vermögenswerte, die dem Täter unmittelbar aus der Verwirk-

lichung 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 XXX 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.

34 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.).

35 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)). 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.

36 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)). 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.

Gericht:	OVG Lüneburg 10. Senat
Entscheidungsdatum:	28.09.2016
Aktenzeichen:	10 LB 38/16
ECLI:	ECLI:DE:OVGNI:2016:0928.10LB38.16.0A
Dokumenttyp:	Urteil
Quelle:	juris
Normen:	§ 2 DGrünErhV ND, DirektZahlVerpflG, Art 3 EGV 1122/2009, Art 4 EGV 73/2009
Zitiervorschlag:	OVG Lüneburg, Urteil vom 28. September 2016 – 10 LB 38/16 –, juris

Kürzung der Betriebsprämie 2014 wegen eines CC Verstoßes durch ungenehmigten Dauergrünlandumbruch

Leitsatz

Wegen des Wiederanstiegs des Dauergrünlandanteils war ab dem November 2013 der Umbruch von Dauergrünland in Niedersachsen agrarförderrechtlich nach § 2 Abs. 1 DG ErhVO (juris: DGrünErhV ND) nicht mehr genehmigungspflichtig.(Rn.38)

Fundstellen

BzAR 2017, 32-43 (Leitsatz und Gründe)
RdL 2017, 15-18 (Leitsatz und Gründe)

Verfahrensgang

vorgehend VG Stade, 26. Januar 2016, 6 A 82/15, Urteil

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,- EUR 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 auf Grund 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 EUR und eine Umverteilungsprämie in Höhe von 1.654,46 EUR jeweils für das Antragsjahr 2014. Die Beträge wurden dabei jeweils um 20 %, d.h. für die Betriebsprämie um 10.002,93 EUR und für die Umverteilungsprämie um 413,62 EUR, wegen des in dem ungenehmigten Umbruch von Dauergrünland liegenden CC-Verstoßes gekürzt.

10 Am 19. Januar 2015 hat die Klägerin den Verwaltungsrechtsweg beschritten.

11 Sie hat sich zur Begründung vorrangig darauf berufen, dass es in Niedersachsen 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 EUR/ha (für die sog. Ökologisierungszahlung) und hier betroffenen rd. 5,3 ha (ohne Schlag Nr. 66) für die Klägerin „nur" rd. 500 EUR. Um diesen Betrag hat die Klägerin vorsorglich ihre Klageforderung auf gerundet 9.900 EUR vermindert.

12 Im Übrigen habe es sich nicht um einen vorsätzlichen Verstoß gehandelt, so dass 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.

13 Die Klägerin hat beantragt,

14 die Beklagte zu verpflichten, ihr weitere Betriebsprämie und Umverteilungsprämie 2014 in Höhe von zusammengerechnet 9.900,00 EUR nebst 6 % Zinsen p.a. seit Klageerhebung zu bewilligen und den Bescheid vom 29. Dezember 2014 aufzuheben, soweit er dem entgegensteht.

15 Die Beklagte hat beantragt,

16 die Klage abzuweisen.

17 Für die Kürzung habe eine hinreichende Rechtsgrundlage bestanden. Denn es 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 spezi-

ellere 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.

18 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.

19 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.

20 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.

21 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.

22 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.

23 Ungeachtet dessen sei auch der Zulassungsantrag der Beklagten begründet. Denn 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.

24 Dass der Klage insgesamt stattzugeben sei, wenn das Verbot nach § 2 Abs. 1 Satz 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.

25 Die Klägerin hat ihre Berufung am 17. Juni 2016 begründet und sich zur 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.

26 Die Klägerin hat in der mündlichen Verhandlung klargestellt, dass sie sich (nur) gegen die Kürzung ihrer Betriebsprämie um 9.900 EUR wendet.

27 Die Klägerin beantragt,

28 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 EUR 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.

29 Die Beklagte beantragt,

30 das Urteil des Verwaltungsgerichts Stade - 6. Kammer - vom 26. Januar 2016 zu ändern und die Klage insgesamt abzuweisen, sowie
die Berufung der Klägerin zurückzuweisen.

31 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".

32 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.

33 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

34 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.

35 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 EUR (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.).

36 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 EUR 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.

37 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 EUR gekürzt und der Klägerin „nur" eine Betriebsprämie in Höhe von 40.011,70 EUR bewilligt. Die Kürzungssumme von 10.002,93 EUR ist hier allerdings nicht in vollem Umfang streitig, sondern nur in Höhe von 9.900 EUR; über diesen Betrag hinausgehende Beträge kann das Gericht nach § 88 Halbsatz 1 VwGO nicht zusprechen.

38 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:

39 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).

40 Unter der Überschrift „Genehmigungsvorbehalt für das Umbrechen von Dauergrünland" bestimmt § 2 Abs. 1 DG-ErhVO:

41 „Verringert sich in der gemeinsamen Förderregion des Landes Niedersachsen und der Freien Hansestadt Bremen der Anteil der Flächen, die als Dauergrünland (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 Niedersächsischen Ministerialblatt bekannt macht, dass sich der Anteil der als Dauergrünland genutzten Flächen im Verhältnis zur gesamten landwirtschaftli-

chen Fläche nicht mehr in einem 5 vom Hundert übersteigenden Maß verringert hat."

42 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.

43 Die 5 %-Schwelle folgt vielmehr aus dem nationalen Recht, nämlich der Verordnungsermächtigung in § 5 Abs. 3 Nrn. 1 und 2 DirektZahlVerpflG. Danach gilt:

44 „(3) Die Landesregierungen werden ermächtigt, durch Rechtsverordnung

45 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,

46 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".

47 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,

48 „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."

49 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:

50 Die von der Klägerin vorgetragenen Bedenken gegen die Wirksamkeit, insbesondere die (Landes-)Verfassungskonformität, der DG-ErhVO greifen nicht durch.

51 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.

52 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.

53 Diesen Voraussetzungen entspricht § 2 Abs. 1 Satz 1 DG-ErhVO, da das In-krafttreten des Genehmigungserfordernisses danach an die nicht von der Exekutive beeinflussbare Verringerung des Dauergrünlandanteils um mehr als 5 % angeknüpft worden ist.

54 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.

55 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.

56 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."

57 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,

58 „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."

59 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 Außerkrafttretens einer Norm, hier in der Form der Rechtsverordnung, zu wählen.

60 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.

61 An dieser Senatsrechtsprechung wird auch unter Berücksichtigung der Einwände der Beklagten bzw. des Fachministeriums festgehalten.

62 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 zu Gunsten der Normunterworfenen, nicht aber zu ihren Lasten oder zu Gunsten 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 zu Gunsten bzw. zu Lasten von natürlichen Personen unterschiedlich sind, wird aus dem unterschiedlichen Geltungsumfang des Analogieverbots deutlich: Zu Lasten 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.).

63 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.

64 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/EURATOM) Nr. 2988/95 sektorspezifisch erweitert, um eine Sanktion i. S. d. Art. 5 Verordnung (EG/EURATOM) 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 Dau-

er 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.

65 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 auf Grund 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 zu Gunsten 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 zu Gunsten und nicht zu Lasten von Bürgern bzw. zu Gunsten 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.

66 Ebenso wenig besteht insoweit eine notwendige normative Grundlage dafür, dass sich die Rechtssicherheit gegen die materielle Richtigkeit der Bekanntmachung durchsetzt.

67 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:

68 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 %.

69 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 %.

70 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.

71 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 zu Grunde zu legen sind.

72 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 %.

73 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.

74 Da es auf die objektive Rechtslage ankommt, ist unerheblich, dass der Klägerin der Wegfall der Genehmigungspflicht unbekannt war.

75 Ebenso unerheblich ist hier, dass die Umwandlung des Schlages 66 wasserrechtlich (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.

76 3. Zinsen seit Rechtshängigkeit auf die nachträglich zu bewilligenden 9.900 EUR Betriebsprämie als Direktzahlung stehen der Klägerin nach §§ 6Abs. 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.

77 Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 und 2 VwGO. Die Entscheidung über die vor-

läufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 167 VwGO i. V. m. §§ 708Nr. 10, 711 ZPO.

Gericht:	VG Arnsberg 10. Kammer
Entscheidungsdatum:	27.07.2016
Aktenzeichen:	10 L 1152/16
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	juris
Normen:	§ 123 Abs 1 VwGO, § 50 Abs 1 S 1 SchulG NW, § 44 VwVfG NW, § 27 SIAO NW 2012, § 22 Abs 1 SIAO NW 2012
Zitiervorschlag:	VG Arnsberg, Beschluss vom 27. Juli 2016 – 10 L 1152/16 –, juris

Vorläufige Versetzung in die Einführungsphase der gymnasialen Oberstufe

Orientierungssatz

1. Eine Schülerin oder ein Schüler wird 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.(Rn.9)

2. Sinn und Zweck der Prüfungsordnung sprechen deutlich dafür, dass eine Versetzung nicht erfolgen soll, wenn die Voraussetzungen mehrerer Ziffern kumulativ vorliegen.(Rn.17)

Verfahrensgang

nachgehend Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen 19. Senat, 11. August 2016, 19 B 901/16, Beschluss

Tenor

Der Antrag wird abgelehnt.

Der Antragsteller trägt die Kosten des Verfahrens.

Der Streitwert wird auf 2.500,00 EUR festgesetzt

Gründe

1 Der Antrag des Antragstellers,

2 den Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, ihn vorläufig zum Schuljahr 2016/2017 in die Einführungsphase der gymnasialen Oberstufe zu versetzen,

3 hilfsweise, den Antragsgegner im Wege einer einstweiligen Anordnung zu verpflichten, ihm, dem Antragsteller eine zusätzliche Nachprüfungsmöglichkeit wahlweise im Fach Chemie oder Biologie zu gewähren,

4 hat keinen Erfolg. Als Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gemäß § 123 Abs. 1 Satz 2 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) ist er statthaft (§§ 123Abs. 5, 80 Abs. 5 VwGO) und auch im Übrigen zulässig, aber unbegründet.

5 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. § 920Abs. 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.

6 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.

7 Vgl. zum Anordnungsanspruch: Hessischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 25. Oktober 2013 - 7 B 1889/13 -, juris, Rn. 23.

8 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.

9 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.

10 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.

11 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.

12 Vgl. Bundesverwaltungsgericht (BVerwG), Beschluss vom 19. Oktober 2015 - 5 P 11/14, juris, Rn. 21.

13 Ein solcher Fehler liegt zum Beispiel bei völliger Unverständlichkeit des Verwaltungsakts vor.

14 Vgl. Kopp/Schenke: Verwaltungsverfahrensgesetz, 15. Auflage 2014, § 44 Rn. 10.

15 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.

16 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.

17 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.

18 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 ",

19 Vgl. Handbuch der Rechtsförmlichkeit , Herausgegeben vom Bundesministerium der Justiz, 3. Auflage 2008, (http://hdr.bmj.de/sitemap.html), Rn. 92,

20 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.

21 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.

22 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.

23 Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO. Die Streitwertfestsetzung folgt aus

§§ 53Abs. 2 Nr. 1, 52 Abs. 1 und 2 des Gerichtskostengesetzes (GKG) und erfolgt in Höhe der Hälfte des in der Hauptsache anzusetzenden Auffangstreitwertes.

Gericht:	BSG 1. Senat
Entscheidungsdatum:	31.05.2016
Rechtskraft:	ja
Aktenzeichen:	B 1 KR 17/15 R
Dokumenttyp:	Urteil
Quelle:	juris
Normen:	§ 37 S 1 SGB 1, § 28a Abs 1 S 3 SGB 4, § 207 Abs 3 SGB 5, § 207 Abs 4 SGB 5, § 207 Abs 5 SGB 5... mehr
Zitiervorschlag:	BSG, Urteil vom 31. Mai 2016 – B 1 KR 17/15 R –, BSGE 121, 185-194, SozR 4-7862 § 11 Nr 1

Krankenversicherung - Erstattung von Arbeitgeberaufwendungen für Entgeltfortzahlung - Ausschluss öffentlich-rechtlich verfasster Arbeitgeber - Entscheidung über Leistungserbringung seitens der Krankenkassen auch durch formellen Verwaltungsakt zulässig - Rückforderung von rechtsgrundlos geleistetem Aufwendungsausgleich

Leitsatz

1. Öffentlich-rechtlich verfasste Arbeitgeber sind ungeachtet ihrer Tarifbindung vom System des Aufwendungsausgleichs wegen Krankheit ausgeschlossen.

2. Krankenkassen erbringen 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.

Fundstellen

BSGE 121, 185-194 (Leitsatz und Gründe)
SozR 4-7862 § 11 Nr 1 (Leitsatz und Gründe)
RegNr 32167 (BSG-Intern)
Die Beiträge Beilage 2016, 380-388 (red. Leitsatz und Gründe)
USK 2016-17 (red. Leitsatz und Gründe)
NZS 2017, 224-228 (Leitsatz, red. Leitsatz und Gründe)
Breith 2017, 281-289 (Leitsatz und Gründe)

Verfahrensgang

vorgehend SG Leipzig, 30. Juni 2011, S 8 KR 4/10, Urteil
vorgehend Sächsisches Landessozialgericht 1. Senat, 13. August 2014, L 1 KR 192/11, Urteil

Tenor

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Sächsischen Landessozialgerichts vom 13. August 2014 wird zurückgewiesen.

Kosten des Revisionsverfahrens sind nicht zu erstatten.

Tatbestand

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.

Entscheidungsgründe

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 mwN).* 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>).*

12 (1) Schon die seit 1969 in den §§ 10 ff LFZG geregelte Erstattung im U1- und U2-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, aaO, S 309; Bucher, aaO).* 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, aaO).* 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 Fischwasser, BArbBl 1969, 540, 543, der vom "Rückforderungsrecht" spricht).*

13 An dieser Konzeption hielt der Gesetzgeber des LFZG und später des AAG mit den 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 *(aaO)* davon aus, dass der Arbeitgeber mit seinem materiell-rechtlich 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, sodass 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 dar-

auf 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 mwN, 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, iVm 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).*

22 cc) Schon der klare Wortlaut des Gesetzes schließt alle öffentlich-rechtlichen 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 (zB Spiegelstriche) oder Nummerierungen mit eigenen Zeilenanfängen hervorgehoben sind *(vgl Bundesministerium der Justiz <Hrsg>, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. Aufl 2008, RdNr 92 und 107)*.

23 dd) Die Entwicklungsgeschichte der Regelung bestätigt, dass sie alle öffentlich-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 Institutio-

nen 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 iVm § 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 mwN).* § 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 § 3Abs. 1 und 2 oder § 9 Abs. 1 des Entgeltfortzahlungsgesetzes oder nach § 11oder § 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).*

Gericht:	OVG Lüneburg 10. Senat
Entscheidungsdatum:	31.03.2016
Aktenzeichen:	10 LB 32/14
ECLI:	ECLI:DE:OVGNI:2016:0331.10LB32.14.0A
Dokumenttyp:	Urteil
Quelle:	juris
Normen:	§ 2 DGrünErhV ND, DirektZahlVerpflG, Art 72 EGV 1122/2009, Art 3 EGV 1122/2009, Art 4 EGV 73/2009
Zitiervorschlag:	OVG Lüneburg, Urteil vom 31. März 2016 – 10 LB 32/14 –, juris

Kürzung der Betriebsprämie 2011 wegen eines vorsätzlichen CC-Verstoßes durch ungenehmigten Dauergrünlandumbruch

Leitsatz

1. Zu den Voraussetzungen, unter denen die Wirksamkeit einer Norm vom Eintritt einer Bedingung abhängig sein kann.(Rn.49)
2. Für den Umbruch von Dauergrünland bestand in Niedersachsen im Jahr 2011 eine formell wirksame Genehmigungspflicht nach § 2 Abs. 1 DG ErhVO (juris: DGrünErhV ND).(Rn.45)
3. Der Umbruch von Dauergrünland war im Jahr 2011 auch materiell genehmigungspflichtig. (Rn.45)

4. Zwar handelt es sich bei der Bekanntmachung des Bedingungseintritts für die Genehmigungspflicht nach § 2 Abs. 1 DG ErhVO (juris: DGrünErhV ND) lediglich um eine deklaratorische 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.(Rn.45)
5. Zu den Voraussetzungen für einen vorsätzlichen ungenehmigten Umbruch von Dauergrünland.(Rn.45)
6. Der Zahlstelle ist nach Art. 72 Abs. 1 UAbs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1122/2009 (juris: EGV 122/2009) erst dann ein Ermessen eröffnet, vom Regelkürzungssatz abzuweichen, wenn hinreichend gewichtige Anhaltspunkte für das Vorliegen eines Ausnahmefalles bestehen.(Rn.91)
7. Die Sanktion wegen eines im Jahr 2011 vorsätzlich begangenen CC-Verstoßes (Dauergrünlandumbruch) ist nicht durch spätere mildere Normen entfallen oder zumindest zu begrenzen. (Rn.95)

Fundstellen

RdL 2016, 260-265 (Leitsatz und Gründe)

Verfahrensgang

vorgehend VG Stade, 21. November 2012, 6 A 1585/11, Urteil

Diese Entscheidung wird zitiert

Rechtsprechung

Vergleiche VG Lüneburg 1. Kammer, 17. Januar 2018, 1 A 6/16

Tatbestand

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 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.

12 Mit Schreiben vom 10. August 2011 hörte die Beklagte den Kläger zu ihrer Absicht 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.

13 Der jetzige Prozessbevollmächtigte des Klägers räumte mit Schreiben vom 6. 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 Prämien-

verfahren 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.

14 Ergänzend stellte der Kläger im September 2011 nachträglich einen Antrag auf 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 erfor-

derlichen 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,

19 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.

20 Die Beklagte hat beantragt,

21 die Klage abzuweisen.

22 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.

23 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.

24 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.

25 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.

26 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.

27 Der Kläger hat seine Berufung am 28. März 2014 begründet.

28 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.

29 Selbst bei Annahme der Wirksamkeit des § 2 der Verordnung zur Erhaltung von Dauergrünland habe er dagegen jedenfalls nicht vorsätzlich verstoßen.

30 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.

31 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".

32 Ein Verschulden seines Beraters könne ihm mangels Rechtsgrundlage nicht zugerechnet werden.

33 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.

34 Schließlich sei im Gegensatz zu vergleichbaren Fällen nur bei ihm zu Unrecht von einem vorsätzlichen Verstoß statt eines nur fahrlässigen Fehlverhaltens ausgegangen worden.

35 Der Kläger beantragt,

36 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

37 die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

38 Die Beklagte beantragt,

39 das Urteil des Verwaltungsgerichts Stade - 6. Kammer - vom 21. November 2012 zu ändern und die Klage insgesamt abzuweisen, sowie

40 die Berufung des Klägers zurückzuweisen.

41 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.

42 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.

43 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

44 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.

45 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 zu Gunsten 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.).

46 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).

47 Unter der Überschrift „Genehmigungsvorbehalt für das Umbrechen von Dauergrünland" bestimmt § 2 Abs. 1 DG-ErhVO:

48 „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."

49 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:

50 Die von der Klägerin vorgetragenen Bedenken gegen die Wirksamkeit, insbesondere die (Landes-)Verfassungskonformität, der DG-ErhVO greifen nicht durch.

51 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.

52 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 Bedin-

gung maßgebend sein soll. Die (aufschiebende) Bedingung muss in der Norm klar formuliert und darf nicht von der Exekutive beeinflussbar sein.

53 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.

54 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.

55 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.

56 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.

57 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.

58 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.).

59 b) Das Genehmigungserfordernis nach § 2 Abs. 1 DG-ErhVO war auch im Zeitpunkt des vom Kläger erfolgten Umbruchs Anfang Mai 2011 materiell wirksam.

60 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.).

61 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.

62 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.

63 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.).

64 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.

65 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%.

66 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%.

67 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.

68 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 zu Lasten der Antragsteller noch früher als bislang angenommen erreicht bzw. länger überschritten worden.

69 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.

70 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.

71 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.

72 aa) Denn bei dieser Fläche handelte es sich um Dauergrünland.

73 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.

74 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.

75 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.

76 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 Kür-

zung von grundsätzlich nicht weniger als 20 % vorgeschrieben. Dieser Grundsatz wird in Art. 72 Abs. 1 UAbs. 1 der Durchführungsverordnung (EG) Nr. 1122/2009 wiederholt.

77 „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).

78 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.

79 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 Genehmigungsbedürftigkeit 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..

80 bb) Der Kläger hat zumindest billigend in Kauf genommen, dass es sich bei dem 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 Flä-

che 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 „verunkrauteter 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 selbständig ohne Genehmigung der Beklagten einer „Ersatzfläche" den Status als „Dauergrünland" verleihen kann.

81 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.

82 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.

83 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.

84 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.

85 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.

86 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.

87 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.

88 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.

89 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.

90 c) Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts ist die Kürzung um 20% nicht zu beanstanden.

91 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.

92 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.

93 Bei der demnach notwendigen Beurteilung, ob eine Abweichung vom gedachten 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.

94 Hieran gemessen ist keine Abweichung vom Regelfall gegeben, die eine 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.

95 d) Die Sanktion wegen eines im Jahr 2011 vorsätzlich begangenen CC-Verstoßes ist auch nicht in Anwendung des sog. Günstigkeitsprinzips nach Art. 2 Abs. 2 Satz 2 Verordnung (EG/EURATOM) Nr. 2988/95 durch spätere mildere Normen entfallen oder zumindest zu begrenzen.

96 aa) Denn das nunmehr für eine Förderung ab dem Jahr 2015 u.a. in Art. 40 der 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.

97 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).

98 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 zu Gunsten 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 zu Gunsten des Betroffenen nicht die Wertung geändert, wie ein solches Verhalten zu sanktionieren ist, sondern auf Grund verbesserter tatsächlicher Verhältnisse stellt sich ein Verbot in Niedersachen vorübergehend nicht als notwendig dar.

Gericht:	BAG 9. Senat
Entscheidungsdatum:	19.01.2016
Rechtskraft:	ja
Aktenzeichen:	9 AZR 608/14
ECLI:	ECLI:DE:BAG:2016:190116.U.9AZR608.14.0
Dokumenttyp:	Urteil
Quelle:	juris
Normen:	§ 7 Abs 1 TVöD BT-V, § 8 Abs 5 TVöD BT-V, § 26 TVöD BT-V, § 27 TVöD BT-V, Anl D2 Nr 2 Abs 1 TVöD BT-V
Zitiervorschlag:	BAG, Urteil vom 19. Januar 2016 – 9 AZR 608/14 –, juris

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

Orientierungssatz

1. Für Arbeitnehmer in Schichtarbeit sind die Urlaubstage in Tage mit Arbeitspflicht 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) (Rn.14)

2. 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.(Rn.15)

3. Nach der Anlage D2 Nr 2 Abs 1 S 1 TVöD-V aF finden die §§ 6 bis 9 und 19 TVöD-V aF für Beschäftigte, die hauptamtlich im kommunalen feuerwehrtechnischen Dienst beschäftigt sind, keine Anwendung. Es gelten gemäß der Anlage D2 Nr 2 Abs 1 S 2 TVöD-V aF die Bestimmungen für die entsprechenden Beamten. Allerdings findet nach der Anlage D2 Nr 2 Abs 1 S 3 TVöD-V aF § 27 TVöD-V aF "unbeschadet" der Sätze 1 und 2 Anwendung.(Rn.17)

4. Für den Anspruch des Arbeitnehmers ist es unerheblich, dass ihm wegen der Regelung in der Anlage D2 Nr 2 Abs 1 TVöD-V aF kein Anspruch auf Wechselschichtzulage nach § 8 Abs 5 TVöD-V aF zusteht.(Rn.18)

5. Entscheidend ist, dass dem Arbeitnehmer ohne die Sonderregelung eine Wechselschichtzulage nach § 8 Abs 5 TVöD-V aF zugestanden hätte.(Rn.19)

Fundstellen

ZTR 2016, 455-458 (red. Leitsatz und Gründe)
AP Nr 7 zu § 26 TVöD (red. Leitsatz und Gründe)
EzTöD 100 § 26 TVöD-AT Nr 27 (red. Leitsatz und Gründe)

Verfahrensgang

vorgehend ArbG Zwickau, 19. Dezember 2013, 1 Ca 884/13, Urteil
vorgehend Sächsisches Landesarbeitsgericht 7. Kammer, 1. August 2014, 7 Sa 109/14, Urteil

Diese Entscheidung wird zitiert

Literaturnachweise
Claudia Hahn, öAT 2016, 147 (Anmerkung)

Tenor

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.

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. Lebensjahr	30 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.

…"

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).

(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 „Dienstleistungsübersicht" 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 Wechsel-

schichtarbeit geleistet worden.

10 Der Kläger hat zuletzt beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, ihm für das Kalenderjahr 2011 noch 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 2012 noch sechs Tage Urlaub zu gewähren;
4. hilfsweise zum Antrag zu 3. die Beklagte zu verurteilen, 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, § 280Abs. 1 und Abs. 3, § 283Satz 1, § 286Abs. 1 Satz 1, § 287Satz 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 Erfüllungseinwands 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:

$$\frac{\text{Urlaubstage im Jahr x Arbeitstage im Jahr bei abweichender Verteilung}}{\text{Arbeitstage im Jahr bei einer Fünftagewoche (261 Arbeitstage)}}$$

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 § 275Abs. 1 und Abs. 4, § 280Abs. 1 und Abs. 3, § 283Satz 1, § 286Abs. 1 Satz 1, § 287Satz 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.

26 IV. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 Satz 1 ZPO.

Brühler Suckow Klose

Pielenz Kranzusch

Gericht:	FG Hamburg 1. Senat
Entscheidungsdatum:	22.10.2015
Rechtskraft:	ja
Streitjahre:	2013, 2014
Aktenzeichen:	1 V 108/15
ECLI:	ECLI:DE:FGHH:2015:1022.1V108.15.0A
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	juris
Normen:	§ 33 Abs 1 Nr 2 FGO, § 17a Abs 3 S 2 GVG, § 35 Abs 1 VwVG HA 2013, § 30 VwVG HA 2013, §§ 30ff VwVG HA 2013... mehr
Zitiervorschlag:	FG Hamburg, Beschluss vom 22. Oktober 2015 – 1 V 108/15 –, juris

Kein Finanzrechtsweg bei wegen der Beitreibung von rückständigen Rundfunkbeiträgen geführtem Rechtsstreit

Leitsatz

Gegen Vollstreckungsmaßnahmen nach §§ 30 ff. HmbVwVG ist der Verwaltungsrechtsweg und nicht der Finanzrechtsweg gegeben (Rn.12) (Rn.13) (Rn.19) (Rn.23) (Rn.29).

Orientierungssatz

Wendet sich der Antragsteller vor dem Finanzgericht gegen die Beitreibung von rückständigen Rundfunkbeiträgen, die die Antragsgegnerin auf Ersuchen des Norddeutschen Rundfunks durchführt, ist der Rechtsstreit an das zuständige Verwaltungsgericht Hamburg zu verweisen (Rn.34).

Fundstellen

EFG 2016, 127-129 (red. Leitsatz und Gründe)

Diese Entscheidung wird zitiert

Literaturnachweise

Reiner Fu, EFG 2016, 129 (Anmerkung)

Diese Entscheidung zitiert

Rechtsprechung

Vergleiche BFH 7. Senat, 6. Februar 2001, VII B 277/00
Vergleiche BGH 5. Zivilsenat, 11. Juli 1996, V ZB 6/96
Vergleiche BFH 2. Senat, 8. März 1995, II R 58/93

Tatbestand

1 I. Der Antragsteller wendet sich gegen die Beitreibung von rückständigen Rundfunkbeiträgen, die die Antragsgegnerin auf Ersuchen des NDR durchführt.

2 Der NDR ersuchte die Antragsgegnerin mit der Vollstreckung von Rundfunkbeiträgen des An-

tragstellers 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.

3 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.

4 Der Antragsteller hat am 10.06.2014 vorläufigen Rechtsschutz bei Gericht beantragt.

5 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.

6 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.

7 Die Antragsgegnerin beantragt,
den Antrag abzulehnen.

8 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.

9 Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Schriftsätze der Beteiligten nebst Anlagen verwiesen.

Entscheidungsgründe

10 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.

11 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. -).

12 2. Im Streitfall ist der beschrittene Finanzrechtsweg nicht zulässig.

13 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.

14 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.

15 aa) Die Antragsgegnerin als Landesfinanzbehörde (§ 6 Abs. 2 Nr. 1 AO) betreibt die Vollstreckung nach § 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 HmbVwVG.

16 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.

17 bb) Die Antragsgegnerin betreibt die Vollstreckung eines im Verwaltungswege vollstreckbaren Titels.

18 Gemäß § 10 Abs. 5 Satz 1 des Rundfunkbeitragsstaatsvertrages (RBStV, verkündet als Art. 1 der Anlage des Gesetzes zum Fünfzehnten Rundfunkänderungsstaatsvertragvom 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).

19 b) Etwas anderes ergibt sich nicht aus § 35 Abs. 1 HmbVwVG.

20 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, § 285Abs. 1 und §§ 286bis 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.

21 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, §§ 30bis 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).

22 bb) Einer Vollziehung des Festsetzungsbescheides nach den Vorschriften der AO stehen systematische Erwägungen entgegen.

23 aaa) Unter Berücksichtigung des im HmbVwVG vorgesehenen verwaltungsrechtlichen Rechtsschutzverfahrens gegen Vollstreckungsmaßnahmen richtet sich der zulässige Rechtsweg nach allgemeinem Verwaltungsrecht.

24 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 Vor-

schriften 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).

25 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.

26 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.

27 bbb) Teil 3 des HmbVwVG enthält im Verhältnis zur AO eigenständige Regelungen für die Verwaltungsvollstreckung, die an die Regelungen der AO nur angelehnt sind.

28 Auch wenn sich nach § 35 Abs. 1 AO (Anmerkung des Dokumentars: gemeint wohl § 35 Abs. 1 HmbVwVG) 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 §§ 30bis 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.

29 cc) Aus der Historie des HmbVwVG ergibt sich ebenfalls, dass der Verwaltungsrechtsweg und nicht der Finanzrechtsweg gegeben ist.

30 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.

31 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.

32 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.

33 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.

34 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.

35 4. Die Beschwerde ist gemäß § 155 Satz 1 FGO i. V. m. § 17a Abs. 4 Sätze 4und 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.

36 Über die zu klärende Auslegung des § 33 Abs. 1 Nr. 2 FGO kann der BFH auch entscheiden.

37 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.).

38 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).

39 5. Eine Kostenentscheidung ist nicht zu treffen (§ 155 Satz 1 FGO i. V. m. § 17b Abs. 2 GVG).

Gericht:	VG Greifswald 3. Kammer
Entscheidungsdatum:	11.06.2015
Aktenzeichen:	3 A 178/13
ECLI:	ECLI:DE:VGGREIF:2015:0611.3A178.13.0A
Dokumenttyp:	Urteil
Quelle:	juris
Norm:	§ 2 Abs 1 S 1 KAG MV 2005
Zitiervorschlag:	VG Greifswald, Urteil vom 11. Juni 2015 – 3 A 178/13 –, juris

Kalkulation der Kurabgabensätze einer Fremdenverkehrsabgabe

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.(Rn.20)

Verfahrensgang

nachgehend Oberverwaltungsgericht für das Land Mecklenburg-Vorpommern 1. Senat, 20. März 2018, 1 L 292/15, Beschluss

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

1 Die Beteiligten streiten über die Heranziehung zu Fremdenverkehrsabgaben.

2 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.

3 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.

4 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 Fremdenverkehrsabgabe-

satzung normierten Öffentlichkeitsanteil von 60 v.H. nicht zu vereinbaren.

5 Die Klägerin beantragt,

6 **die Bescheide des Beklagten vom 26. Oktober 2012 – Nrn. … – in der Gestalt der Widerspruchsbescheide vom 13. Februar 2013 aufzuheben.**

7 Der Beklagte verteidigt die angegriffenen Bescheide und beantragt,

8 **die Klage abzuweisen.**

9 Mit Beschluss vom 22. Januar 2015 hat das Gericht den Rechtsstreit zur Entscheidung auf den Berichterstatter als Einzelrichter übertragen.

10 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

11 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.

12 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.])

13 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.

14 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.

15 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.

16 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.

17 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.

18 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 zu Lasten des (Orts-)Gesetzgebers.

19 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:

20 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.

21 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.

22 3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO, die Nebenentscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit aus § 167 VwGO i.V.m. §§ 708Nr. 11, 711 Zivilprozessordnung (ZPO). Gründe für eine Zulassung der Berufung sind nicht ersichtlich.

Gericht: VG Greifswald 3. Kammer
Entscheidungsdatum: 09.04.2015
Aktenzeichen: 3 B 1261/14
ECLI: ECLI:DE:VGGREIF:2015:0409.3B1261.14.0A
Dokumenttyp: Beschluss

Quelle: juris

Normen: § 2 Abs 1 S 2 KAG MV 2005, § 2 Abs 1 S 1 KAG MV 2005
Zitiervorschlag: VG Greifswald, Beschluss vom 09. April 2015 – 3 B 1261/14 –, juris

Wirkungen einer Rückwirkungsanordnung bezüglich der Stammsatzung

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.18)

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

I.

1 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 Ostseebad Heringsdorf. 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,

8 **die aufschiebende Wirkung der Klage gegen die Bescheide des Antragsgegners vom 14. März 2014 sowie vom 13. November 2014 anzuordnen.**

9 Der Antragsgegner verteidigt die angegriffenen Bescheide und beantragt,

10 **den Antrag abzulehnen.**

11 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.

II.

12 Der zulässige Antrag ist begründet.

13 Das Gericht ordnet die aufschiebende Wirkung der Klage in entsprechender 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.

14 1. Die das Wirtschaftsjahr 2010 betreffenden Bescheide können nicht auf die Satzung der Gemeinde Ostseebad Heringsdorf 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.])

15 Auch die mit dem Erlass der „Zweiten Satzung zur Änderung der Satzung über die Erhebung einer Fremdenverkehrsabgabe in der Gemeinde Ostseebad Heringsdorf 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.

16 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 Ostseebad Heringsdorf 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.

17 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 Ostseebad Heringsdorf (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.

18 Auch die „Dritte Satzung zur Änderung der Satzung der Gemeinde Ostseebad Heringsdorf 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.

19 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.

20 Hiergegen kann nicht eingewandt werden, dass die Regelung des Art. III der dritten Änderungssatzung bei dieser Auslegung wenig Sinn ergibt, weil die Fremdenverkehrsabgabensat-

zung 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 zu Lasten des (Orts-)Gesetzgebers.

21 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 Ostseebad Heringsdorf 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 Ostseebad Heringsdorf 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.

22 Auch die „Dritte Satzung zur Änderung der Satzung der Gemeinde Ostseebad Heringsdorf 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 Ostseebad Heringsdorf 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 Ostseebad Heringsdorf 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 3. Für die das Wirtschaftsjahr 2012 betreffenden Bescheide gelten die vorstehenden Ausführungen entsprechend. Die ohne Rückwirkungsanordnung erlassene Satzung der Gemeinde Ostseebad Heringsdorf 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 Ostseebad Heringsdorf 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 Ostseebad Heringsdorf über die Erhebung einer Fremdenverkehrsabgabe vom 29. März 2012" vom 30. Januar 2014 (Kaiserbäder-Bote Nr. 02/2014) ohne Rückwirkung in die Stammsatzung eingefügt.

24 Auch die „Vierte Satzung zur Änderung der Satzung der Gemeinde Ostseebad Heringsdorf 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 Ostseebad Heringsdorf 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 Ostseebad Heringsdorf 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 4. Auch für die das Wirtschaftsjahr 2013 betreffenden Bescheide gelten die vorstehenden Ausführungen entsprechend. Die ohne Rückwirkungsanordnung erlassene Satzung der Gemeinde Ostseebad Heringsdorf 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 Ostseebad Heringsdorf über die Erhebung einer Fremdenverkehrsabgabe vom 25. April 2013" vom 30. Januar 2014 (Kaiserbäder-Bote Nr. 02/2014) ohne Rückwirkung in die Stammsatzung eingefügt.

26 Auch die „Zweite Satzung zur Änderung der Satzung der Gemeinde Ostseebad Heringsdorf 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 Ostseebad Heringsdorf 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 Ostseebad Heringsdorf 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 5. Schließlich gelten die vorstehenden Ausführungen auch für die das Wirtschaftsjahr 2014 betreffenden Bescheide entsprechend. Die Satzung der Gemeinde Ostseebad Heringsdorf 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 Ostseebad Heringsdorf 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 er-

laubt – wie bereits dargelegt – keine Abgabenerhebung für das Wirtschaftsjahr 2014.

28 Auch die „Zweite Satzung zur Änderung der Satzung der Gemeinde Ostseebad Heringsdorf 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 Ostseebad Heringsdorf 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 Ostseebad Heringsdorf 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.

29 Auf die übrigen Einwände der Antragstellerin kommt es nach alledem entscheidungserheblich nicht mehr an.

30 Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO, die Festsetzung des Streitwerts auf §§ 52Abs. 1, 52 Abs. 2 Gerichtskostengesetz (GKG), wobei der streitige Abgabenbetrag für das Eilverfahren zu vierteln war.

Gericht:	VG Cottbus 4. Kammer
Entscheidungsdatum:	05.03.2015
Aktenzeichen:	4 K 374/13
ECLI:	ECLI:DE:VGCOTTB:2015:0305.4K374.13.0A
Dokumenttyp:	Urteil
Quelle:	juris
Normen:	§ 75 VwGO, § 1 Abs 1 ROG, § 1 Abs 2 ROG, § 2 Abs 2 ROG, § 3 Abs 1 Nr 6 ROG... mehr
Zitiervorschlag:	VG Cottbus, Urteil vom 05. März 2015 – 4 K 374/13 –, juris

Immissionsschutzrechtliche Genehmigung von Windenergieanlagen

Leitsatz

1. Ein "zureichender Grund" (§ 75 Satz 3 VwGO) dafür, dass eine beantragte immissionsschutzrechtliche Genehmigung noch nicht erteilt wurde, ist eine befristete Untersagung nach § 14 Abs. 2 ROG nur dann, wenn sie sich bei inzidenter Prüfung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren als rechtmäßig erweist.(Rn.29)

2. Die gegenüber einer anderen Behörde desselben Bundeslandes ausgesprochene befristete Untersagung gemäß § 14 Abs. 2 ROG ist ein Verwaltungsinternum, kein Verwaltungsakt.(Rn.38)

3. Die Unwirksamkeit der Verordnung der Regierung des Landes Brandenburg über den Landesentwicklungsplan Berlin Brandenburg vom 31. März 2009 hat zur Folge, dass aus diesem Plan keine Regionalpläne gemäß § 8 Abs. 2 Satz 1 ROG entwickelt werden können.(Rn.39)

4. Gemäß den differenzierenden Überleitungsvorschriften des § 28 ROG findet die am 30. Juni 2009 in Kraft getretene Bestimmung des § 12 Abs. 6 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. März 2009 keine Anwendung.(Rn.48)

Fundstellen

LKV 2015, 424-432 (Leitsatz und Gründe)

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 Lausitz-Spreewald 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 zweiten 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 Verpflichtungsklage 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 Versagungsbescheids einlasse.

16 Die Klägerin beantragt,

17 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.

18 Der Beklagte beantragt,

19 die Klage abzuweisen, soweit sie das Begehren auf Genehmigungserteilung hinsichtlich der Windenergieanlage 3 betrifft,

20 das Verfahren hinsichtlich der Windkraftanlagen Nr. 1, 2 und 4 auszusetzen,

21 hilfsweise,

22 auch hinsichtlich dieser Windenergieanlagen die Klage abzuweisen.

23 Zur Begründung trägt er im Wesentlichen vor: Die Voraussetzung für eine Aussetzung des Verfahrens sei hinsichtlich von drei Windenergieanlagen erfüllt. Die Untersagungsverfügung 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 wer-

den 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 Infrastrukturtrassen, 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 immissionsschutzrechtliche 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.

24 Hinsichtlich der Windenergieanlage 3 bezieht der Beklagte sich auf die von der Beigeladenen beschlossene Veränderungssperre.

25 Die Beigeladene hat keinen Antrag gestellt.

26 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte sowie der beigezogenen Verwaltungsvorgänge Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

27 Die zulässige Verpflichtungsklage ist begründet.

A.

I.

28 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.

29 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 immissionsschutzrechtliche 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.

30 Bei Anlegung dieser Maßstäbe war das Verfahren vorliegend nicht gemäß § 75 Satz 3 VwGO auszusetzen. Die befristete Untersagung der Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung durch die Gemeinsame Landesplanungsabteilung vom 28. Juni 2013 ist kein zureichender Grund dafür, dass die beantragte immissionsschutzrechtliche 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.).

31 1. Eine befristete Untersagung raumbedeutsamer Planungen und Maßnahmen kann ein zureichender Grund im Sinne von § 75 Satz 3 VwGO für die immissionsschutzrechtliche 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).

32 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 Bielenberg/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 gegen-

über einer anderen Behörde des selben Landes ergehenden Entscheidung rechtfertigen könnte (vgl. Knuth in Wilke/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.

33 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).

34 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 unter-

gehen 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).

35 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).

36 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).

37 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 anthropogen 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.

38 b) Der Tatbestand des § 8 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: Bielenberg/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).

39 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).

40 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 Rechtspre-

chung 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).

41 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 bauplanungsrechtliche 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.).

42 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: Bielenberg/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 §§ 3Abs. 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 Landesentwicklungs-

programm, 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.

43 Dem Entwicklungsgebot des § 8 Abs. 2 Satz 1 ROG lässt sich auch nicht mit Blick auf die Verordnung über den Landesentwicklungsplan für den Gesamtraum Berlin-Brandenburg (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 Berlin-Brandenburg (LEP eV) und der Landesentwicklungsplan für den Gesamtraum Berlin-Brandenburg (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 Teil-Regionalplan 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 Überein-

stimmung der maßgeblichen Inhalte des Landesentwicklungsplans Berlin-Brandenburg und des Landesentwicklungsplans für den Gesamtraum Berlin-Brandenburg (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.

44 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.

45 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".

46 (1) Planerhaltungsvorschriften des Raumordnungsrechts führen hier nicht zur Unbeachtlichkeit 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 ei-

ne 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 vorangehenden 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).

47 (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 Berlin-Brandenburg festgestellte Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Zitiergebot des Art. 80 Satz 3 der Verfassung des Landes Brandenburgzu 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).

48 Nach den differenzierenden Überleitungsvorschriften des § 28 ROG findet § 12 Abs. 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 ausdrücklichen 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: Bielenberg/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").

49 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.

50 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 Brandenburgerlassenen 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 Berlin-Brandenburg 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 Brandenburgverstößt (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):

51 „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)."

52 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):

53 „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 Ange-

bote 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.)."

54 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).

55 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.

II.

56 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.

57 Die Verpflichtungsklage ist auch hinsichtlich der Genehmigung für die Windenergieanlage 3 zulässig und begründet.

I.

58 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 ein-

verstanden 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.).

II.

59 Die Klage ist auch insofern begründet.

60 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.

61 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.

62 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.

63 Vor diesem Hintergrund kann dahinstehen, ob die Veränderungssperre auch inhaltlich rechtswidrig ist.

64 Da der Beklagte aus Anlass der Einleitung des Verfahrens zur befristeten 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 abgerückt 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.

65 Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO, § 162 Abs. 3 VwGO. Der 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).

66 Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 167 VwGO i. V. m. § 709 der Zivilprozessordnung (ZPO).

67 **Beschluss**

68 Der Streitwert wird auf 253.961,08 Euro festgesetzt.

69 **Gründe**

70 Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 52 Abs. 1 des Gerichtskostengesetzes (GKG).

Gericht:	VG Köln 7. Kammer
Entscheidungsdatum:	02.12.2014
Aktenzeichen:	7 K 50/14
Dokumenttyp:	Urteil
Quelle:	juris
Normen:	Art 3 GG, § 11 RAVersorgSa NW, § 11a RAVersorgSa NW, § 11a Abs 1 RAVersorgSa NW, § 11a Abs 2 S 1 RAVersorgSa NW
Zitiervorschlag:	VG Köln, Urteil vom 02. Dezember 2014 – 7 K 50/14 –, juris

Befreiung einer Rechtsanwältin von der Beitragspflicht nach § 11a SVR

Orientierungssatz

1. § 11a SVR gewährt Mitgliedern des Versorgungswerks Beitragsfreiheit, welche aufgrund von Kindererziehung vorübergehend einkommenslos sind. Es sind auch Mitglieder von der Möglichkeit der Beitragsbefreiung erfasst, die wegen der Kindererziehung nicht voll erwerbstätig sind. Die Formulierung in § 11a Abs. 2 Satz 1 "sofern und soweit" ist ersetzbar durch die Formulierung "in dem Maß, wie".(Rn.36)

2. § 11a SVR ist 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 Regelung entspricht den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts in seiner Entscheidung zu einer defizitären Satzungsregelung des Versorgungswerks der Rechtsanwälte in Baden-Württemberg, vgl. BVerfG, Urteil vom 05. April 2005 - 1 BvR 774/02.(Rn.38)

3. § 11a SVR verstößt nicht gegen Art. 3 GG.(Rn.48)

Diese Entscheidung zitiert

Rechtsprechung

Vergleiche BVerfG 1. Senat, 5. April 2005, 1 BvR 774/02

Tenor

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

1 Die Klägerin ist seit Sommer 2001 als Rechtsanwältin zugelassen und seit dem 05.07.2001 Mitglied des beklagten Versorgungswerks.

2 Mit Bescheid der Deutschen Rentenversicherung vom 08.10.2001 wurde die Klägerin rückwirkend ab dem 01.08.2001 von der Rentenversicherungspflicht befreit.

3 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.

4 Seit ihrer Rechtsanwaltszulassung arbeitete die Klägerin zudem nebenberuflich als selbständige Rechtsanwältin unter 20 Stunden in der Woche.

5 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.

6 Zwischen dem 01.04.2009 und dem 12.10.2009 bezog die Klägerin Arbeitslosengeld.

7 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.

8 Unter dem 26.10.2009 beantragte die Klägerin Beitragsfreiheit während der Mutterschutzzeit und der anschließenden Elternzeit.

9 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."

10 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 selbständiger Tätigkeit erziele oder Ansprüche gegen die Agentur für Arbeit habe, lebe die Pflicht zur Beitragszahlung nach § 30 wieder auf.

11 Nach Aufforderung übersandte die Klägerin am 16.08.2013 ihre Einkommenssteuerbescheide für die Jahre 2010 und 2011. Daraus ergeben sich Einkünfte auf selbständiger Tätigkeit in Höhe von -11.636 Euro (2010) bzw. 719 Euro (2011).

12 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.

13 Hiergegen hat die Klägerin am 03.01.2014 Klage erhoben, zu deren Begründung sie im Wesentlichen Folgendes geltend macht:

14 Der Heranziehung zu Mitgliedsbeiträgen während des Befreiungszeitraums stehe der bestandskräftige Befreiungsbescheid vom 30.10.2009 entgegen.

15 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.

16 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.

17 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 Selbständige tätig gewesen sei, hätte sie keinen Beitrag in die gesetzliche Rentenversicherung entrichten müssen. Folglich müsse sie auch keinen Beitrag an das beklagte Versorgungswerk zahlen.

18 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.

19 Jedenfalls seien die Beitragsforderungen aus den Bescheiden bereits durch die Zahlungen der Pflegekasse ausgeglichen, so dass eine Vollstreckung nicht mehr erfolgen könne.

20 Die Klägerin beantragt,

21 die Beitragsbescheide vom 04.12.2013 für die Jahre 2010 und 2011 aufzuheben,

22 hilfsweise,

23 festzustellen, dass eine Vollstreckung aus den Bescheiden vom 04.12.2013 für die Jahre 2010 und 2011 unzulässig ist.

24 Das beklagte Versorgungswerk beantragt,

25 die Klage abzuweisen.

26 Es tritt dem Vorbringen der Klägerin entgegen und trägt im Wesentlichen Folgendes vor:

27 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.

28 Die zugrunde liegende Regelung des § 11a der Satzung sei nicht verfassungswidrig. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, aus deren Anlass die Vorschrift aufgenommen wor-

den 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.

29 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.

30 Die Zahlungen der Pflegekasse seien nicht auf die Beitragspflicht aus selbständiger 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 selbständigen Tätigkeit. Eine Verrechnung sei daher nicht möglich.

31 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte sowie der beigezogenen Verwaltungsvorgänge der Beklagten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

32 Die Klage hat keinen Erfolg.

A.

33 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.

34 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.).

35 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.

36 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".

37 Vgl. Handbuch der Rechtsförmlichkeit, BMJ, Teil B, Rn. 89, abrufbar auf unter www.hdr.bmj.de.

38 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.

39 Vgl. BVerfG, Urteil vom 05.04.2005 - 1 BvR 774/02 -, juris, Rn. 72.

40 § 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.

41 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.

42 Vgl. BVerfG, Urteil vom 05.04.2005 - 1 BvR 774/02 -, juris, Rn. 57.

43 Allerdings hatte das Bundesverfassungsgericht ausweislich der Begründung zu dieser Feststellung die Situation vor Augen, dass das Erwerbseinkommen des betreuenden Mitglieds vollstän-

dig entfällt, mithin das Mitglied aus Gründen der Erziehung und Betreuung des Kindes auf jegliche Erwerbstätigkeit verzichtet.

44 Vgl. BVerfG, Urteil vom 05.04.2005 - 1 BvR 774/02 -, juris, Rn. 57.

45 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.

46 Vgl. BVerfG, Urteil vom 05.04.2005 - 1 BvR 774/02 -, juris, Rn. 80.

47 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.

48 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.

49 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.

50 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 selbständigen 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.

51 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 selbständige Rechtsanwältin. In diesem Fall wäre die Befreiung nur dann entfallen, wenn die Klägerin neben ihrer selbständigen Tätigkeit eine weitere Berufstätigkeit aufgenommen hätte. Davon ist hier indes nicht auszugehen. Die Klägerin teilte mit Schrei-

ben 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.

52 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.

53 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.

54 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.

55 Bei Anwendung der Regelung des § 44 VwVfG NRW darf das grundlegende Prinzip der Bestandskraft von Verwaltungsakten nicht ausgehöhlt werden.

56 Vgl. Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Auflage 2008, § 44 Rn. 102 ff.

57 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.

58 3. Das beklagte Versorgungswerk hat die Klägerin im Ergebnis zu Recht zum Mindestbeitrag nach § 30 Abs. 3 SVR herangezogen.

59 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.

60 Vgl. Dankelmann, jurisPK SGB VI, § 6, Rn. 62.

61 Da die Beitragslast hier nicht unterhalb derjenigen der Deutschen Rentenversicherung liegt, findet § 30 Abs. 6 SVR keine Anwendung.

62 Die angefochtenen Beitragsfestsetzungen erfolgten zwar nicht rechtsfehlerfrei. Allerdings wirken sich die Fehler im Ergebnis nicht aus.

63 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 selbständiger 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.

64 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.

65 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.

66 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, selbständig zu beurteilen ist und es deshalb zulässigerweise zu Mehrfachversicherungen und mehrfacher Beitragspflicht kommen kann.

67 Vgl. BSG, Urteil vom 02.03.2010 - B 12 R 10/09 R -, m.w.N.

68 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.

69 Vorliegend besteht für die Klägerin neben der Beitragspflicht aufgrund der Pflegetätigkeit eine weitere Beitragspflicht aufgrund der Tätigkeit als selbständige Rechtsanwältin. Jedes Beitragsverhältnis ist daher grundsätzlich isoliert zu betrachten, jedenfalls so lange, wie die Beitragsbemessungsgrenze durch beide Versicherungsverhältnisse nicht erreicht wird.

70 Nach dem Gesagten bestehen keine Bedenken gegen die Heranziehung der Klägerin zu dem Mindestbeitrag mit Blick auf ihre selbständige 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.

71 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 Rechts-

verhältnis zugrunde, da das beklagte Versorgungswerk sich der Vollstreckbarkeit der angefochtenen Beitragsbescheide überhaupt nicht berühmt.

72 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.

73 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.

74 Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708Nr. 11, 711 ZPO.

Gericht:	BAG 1. Senat
Entscheidungsdatum:	30.09.2014
Rechtskraft:	ja
Aktenzeichen:	1 ABR 79/12
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	juris
Normen:	§ 99 BetrVG, § 1 Abs 1 S 2 AÜG, EGRL 104/2008
Zitiervorschlag:	BAG, Beschluss vom 30. September 2014 – 1 ABR 79/12 –, juris

Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Übernahme eines Leiharbeitnehmers - nicht vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung

Orientierungssatz

1. Der Betriebsrat kann seine Zustimmung gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG verweigern, wenn er zur Begründung in einem beim Arbeitgeber an 29. Juni 2011 eingegangenen Schreiben geltend macht, die beabsichtigte "Dauerausleihe" von Leiharbeitnehmern widerspreche dem AÜG. § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG in der ab 1. Dezember 2011 geltenden Fassung untersagt die nicht vorübergehende Überlassung von Arbeitnehmern. Die Bestimmung stellt ein Gesetz iSv. § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG dar, dessen Zweck nur erreicht werden kann, wenn die Einstellung unterbleibt.(Rn.17)

2. 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.(Rn.18)

3. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts verbietet § 1 Abs. 1 S. 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.(Rn.19)

4. Dem Verständnis von § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG als eine die nicht vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung untersagende Bestimmung begegnen keine unionsrechtlichen Bedenken.(Rn.28)

Fundstellen

BB 2015, 379-383 (red. Leitsatz und Gründe)
NZA 2015, 240-245 (red. Leitsatz und Gründe)
ZBVR online 2015, Nr 4, 6-9 (red. Leitsatz und Gründe)
ZTR 2015, 234-235 (red. Leitsatz und Gründe)

EzA § 99 BetrVG 2001 Einstellung Nr 20 (red. Leitsatz und Gründe)
EzTöD 100 § 4 Abs 3 TVöD-AT Personalgestellung Nr 16 (red. Leitsatz und Gründe)
AP Nr 141 zu § 99 BetrVG 1972 (red. Leitsatz und Gründe)

Verfahrensgang

vorgehend ArbG Braunschweig, 26. Oktober 2011, 7 BV 12/11, Beschluss
vorgehend Landesarbeitsgericht Niedersachsen 17. Kammer, 19. September 2012, 17 TaBV 124/11, Beschluss

Diese Entscheidung wird zitiert

Rechtsprechung
Vergleiche Niedersächsisches Finanzgericht 9. Senat, 30. November 2016, 9 K 130/16
Vergleiche Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein 3. Kammer, 6. Juli 2016, 3 TaBV 9/16

Literaturnachweise
Alexander Bissels, jurisPR-ArbR 10/2015 Anm. 1 (Anmerkung)
Bernhard Söhl, ArbR 2015, 82 (Anmerkung)
Alexander Bissels, BB 2015, 576 (Anmerkung)
Alexander Bissels, Kira Falter, DB 2015, 498-499 (Entscheidungsbesprechung)
Hans-Harald Sowka, P&R 2015, 35 (Aufsatz)

Praxisreporte
Alexander Bissels, jurisPR-ArbR 10/2015 Anm. 1 (Anmerkung)

Tenor

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.

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.

10 I. 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)*.

11 II. Der zulässige Zustimmungsersetzungsantrag zu 1. ist unbegründet.

12 1. Das mit dem Antrag verfolgte Zustimmungsersetzungsbegehren ist zulässig. Die 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 iSv. § 99 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 BetrVG iVm. § 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 iSv. § 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 iSd. § 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. zB BAG 10. Oktober 2012 - 7 ABR 42/11 - Rn. 65 mwN)*.

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 ua. § 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 iSv. § 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 mwN, 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 Arbeitnehmerüberlassung 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 *(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 fest-

gelegt 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. Ralf Brauksiepe 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. 2Abs. 1 iVm. 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 ua.] Rn. 35)*. Vielmehr achtet der gesetzlich vorgesehene, aus Gründen des Gemeinwohls erfolgende und den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit genügende geringfügige Eingriff iSv. 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 („προσωρινά"), bulgarischen („временно"), tschechischen („po přechodnou dobu" [„für eine Übergangszeit"]), dänischen („midlertidigt"), estnischen („ajutiselt"), kroatischen („privremeno"), lettischen („pagaidu"), litauischen („laikinai"), ungarischen („ideiglenesen"), maltesischen („temporanjament"), niederländischen („tijdelijk"), polnischen („tymczasowo"), portugiesischen („temporariamente, temporária, temporário"), rumänischen („temporar"), slowakischen („dočasne, dočasný, dočasnej"), slowenischen („začasno"), 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 § 1 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 ua. 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 mwN)*. 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 2013 S. 10; vgl. hierzu auch zB 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 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 iSv. § 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 mwN, 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 iSv. § 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.

44 III. Wegen des Feststellungsantrags zu 2. war das Verfahren in entsprechender Anwendung von § 81Abs. 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 mwN, BAGE 130, 1)*.

Schmidt Koch K. Schmidt

Schäferkord Platow

Ihre Suche nach: "Handbuch der Rechtsförmlichkeit" DATUM:"2004 bis 2018"
Diese Suche ergab 75 Treffer.

Gericht:	BFH 3. Senat
Entscheidungsdatum:	03.07.2014
Rechtskraft:	ja
Streitjahr:	2012
Aktenzeichen:	III R 52/13
Dokumenttyp:	Urteil
Quelle:	juris
Normen:	§ 32 Abs 4 S 1 Nr 2 Buchst b EStG 2009, § 32 Abs 4 S 2 EStG 2009 vom 26.06.2013, § 32 Abs 4 S 3 EStG 2009 vom 01.11.2011, EStG VZ 2012, Art 2 Abs 1 GG... mehr
Zitiervorschlag:	BFH, Urteil vom 03. Juli 2014 – III R 52/13 –, BFHE 246, 427, BStBl II 2015, 152

(Kindergeld: Duales Studium mit studienintegrierter praktischer Ausbildung im Lehrberuf als einheitliche Erstausbildung - Auslegung von § 32 Abs. 4 Satz 2 EStG)

Leitsatz

1. Setzt ein Kind im Rahmen eines dualen Studiums nach erfolgreichem Abschluss seines studienintegrierten Ausbildungsgangs sein parallel zur Ausbildung betriebenes Bachelorstudium fort, kann auch das Bachelorstudium als Teil einer einheitlichen Erstausbildung i.S. des § 32 Abs. 4 Satz 2 EStG in der ab 2012 geltenden Fassung zu werten sein (Rn.18) (Rn.30).

2. Für die Frage, ob sich die einzelnen Ausbildungsabschnitte als integrative Teile einer einheitlichen Erstausbildung darstellen, kommt es darauf an, ob sie in einem engen sachlichen Zusammenhang (z.B. dieselbe Berufssparte, derselbe fachliche Bereich) zueinander stehen und in einem engen zeitlichen Zusammenhang durchgeführt werden (Rn.25) (Rn.27) (Rn.30).

Orientierungssatz

1. Der Begriff "und" (statt "oder") in § 32 Abs. 4 Satz 2 EStG i.d.F. des StVereinfG 2011, wonach ein Kind nach Abschluss einer erstmaligen Berufsausbildung "und" eines Erststudiums in den Fällen des § 32 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 EStG nur berücksichtigt wird, wenn es keiner Erwerbstätigkeit nachgeht, ist nicht als eine Aufzählung verschiedener Tatbestandsvoraussetzungen zu verstehen. Es handelt sich um alternative, nicht um kumulative Voraussetzungen (Rn.17).

2. § 32 Abs. 4 Satz 2 EStG ist dahin auszulegen, dass der Begriff des Erststudiums nur einen Unterfall des Oberbegriffes der erstmaligen Berufsausbildung darstellt (Rn.19).

3. Es konnte offen bleiben, ob die durch das AmtshilfeRLUmsG bewirkte Änderung des § 32 Abs. 4 Satz 2 EStG eine unzulässige Rückwirkung im Sinne der neueren Rechtsprechung des BVerfG enthält (Rn.15).

Fundstellen

BFHE 246, 427

BStBl II 2015, 152
DStR 2014, 2234-2238 (Leitsatz und Gründe)
BFH/NV 2014, 1941-1945 (Leitsatz und Gründe)
GStB 2014, 418-419 (red. Leitsatz und Gründe)
HFR 2015, 31-35 (Leitsatz und Gründe)

Verfahrensgang

vorgehend FG Münster 2. Senat, 15. Mai 2013, 2 K 2949/12 Kg, Urteil

Diese Entscheidung wird zitiert

Rechtsprechung
Vergleiche FG Düsseldorf 7. Senat, 7. November 2018, 7 K 1532/18 Kg
Vergleiche FG Münster 7. Senat, 31. Oktober 2018, 7 K 1015/18 Kg
Vergleiche FG Düsseldorf 7. Senat, 26. September 2018, 7 K 850/18 Kg
Vergleiche FG Düsseldorf 7. Senat, 26. September 2018, 7 K 1149/18 Kg
Vergleiche Niedersächsisches Finanzgericht 10. Senat, 19. September 2018, 10 K 174/16
... mehr

Verwaltungsvorschriften
Vergleiche VV DEU BZSt 2015-07-29 St II 2-S 2280-DA/15/00001
Vergleiche VV DEU BMF 2016-02-08 IV C 4-S 2282/07/0001-01

Literaturnachweise
Johannes Selder, jurisPR-SteuerR 50/2014 Anm. 5 (Anmerkung)
Roger Görke, BFH/PR 2015, 19-20 (Anmerkung)
Wd, DStR 2014, 2238-2239 (Anmerkung)
Rainer Formel, EStB 2014, 431 (Anmerkung)
Michael Seifert, GStB 2014, 419-421 (Anmerkung)
... mehr

Praxisreporte
Johannes Selder, jurisPR-SteuerR 50/2014 Anm. 5 (Anmerkung)

Diese Entscheidung zitiert

Rechtsprechung
Vergleiche BVerfG 1. Senat, 17. Dezember 2013, 1 BvL 5/08
Vergleiche BFH 5. Senat, 22. November 2012, V R 60/10
Vergleiche BFH 6. Senat, 26. Oktober 2012, VI R 102/10
Vergleiche BFH 3. Senat, 22. Dezember 2011, III R 67/10
Vergleiche BFH 3. Senat, 27. Januar 2011, III R 57/10
... mehr

Tatbestand

1 I. Die Klägerin und Revisionsbeklagte (Klägerin) ist die Mutter ihres 1988 geborenen Sohnes (S). S nahm nach dem Abitur ein duales Hochschulstudium zum Bachelor im Studiengang Steuerrecht auf, das am 29. Februar 2012 enden sollte. Parallel dazu absolvierte er in einer Steuerberatungskanzlei eine studienintegrierte praktische Ausbildung zum Steuerfachangestellten, die er am 1. August 2008 begann und im Juni 2011 mit der Prüfung zum Steuerfachange-

stellten beendete. Im März 2013 beendete S erfolgreich sein Bachelorstudium.

2 Nach Beendigung seiner Ausbildung zum Steuerfachangestellten arbeitete S ab 1. August 2011 mehr als 20 Stunden pro Woche in einer anderen Steuerberatungskanzlei. Nach deren Erklärungen vom 12. April 2012 und 12. Juni 2012 setzte S dort seine Ausbildung durch eine studienbegleitende Betreuung fort. Ein schriftlicher Vertrag über Inhalt und Umfang der Tätigkeit bestand nicht. Die Entlohnung entsprach der eines Steuerfachangestellten.

3 Die Beklagte und Revisionsklägerin (Familienkasse) hob die gegenüber der Klägerin erfolgte Kindergeldfestsetzung für S mit Bescheid vom 16. Februar 2012 ab 1. Januar 2012 auf und forderte das für die Monate Januar und Februar 2012 bereits ausbezahlte Kindergeld von der Klägerin zurück. Der hiergegen eingelegte Einspruch wurde mit Einspruchsentscheidung vom 31. Juli 2012 zurückgewiesen.

4 Auf die dagegen gerichtete Klage hob das Finanzgericht (FG) den Aufhebungsbescheid und die Einspruchsentscheidung mit den in Entscheidungen der Finanzgerichte 2014, 57 veröffentlichten Gründen auf.

5 Mit der hiergegen gerichteten Revision rügt die Familienkasse die Verletzung materiellen Rechts. Zur Begründung macht sie im Wesentlichen geltend, dass S mit der bestandenen Prüfung zum Steuerfachangestellten seine Erstausbildung beendet habe. Die anschließend aufgenommene Vollzeittätigkeit in einer Steuerberatungskanzlei sei daher nach § 32 Abs. 4 Satz 2 des Einkommensteuergesetzes (EStG) in der im Streitzeitraum geltenden Fassung anspruchsschädlich gewesen.

6 Die Familienkasse beantragt, das Urteil des FG aufzuheben und die Klage abzuweisen.

7 Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

8 Die Beteiligten sind mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung einverstanden (§ 90 Abs. 2 der Finanzgerichtsordnung --FGO-- i.V.m. § 121 FGO).

Entscheidungsgründe

9 II. Die Revision der Familienkasse ist unbegründet und daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 FGO).

10 1. Zu Recht ist das FG davon ausgegangen, dass S im Streitzeitraum Januar 2012 bis August 2012 (Bekanntgabe der Einspruchsentscheidung vom 31. Juli 2012) beim Kindergeldanspruch der Klägerin nach § 62Abs. 1, § 63Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 i.V.m. § 32 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a EStG zu berücksichtigen ist, weil er das 18. Lebensjahr, aber noch nicht das 25. Lebensjahr vollendet hatte und für einen Beruf ausgebildet wurde.

11 Die durch das Steuervereinfachungsgesetz 2011 vom 1. November 2011 (BGBl I 2011, 2131, BStBl I 2011, 986) bewirkte Änderung des § 32 Abs. 4 Satz 2 ff. EStG berührt den in § 32 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a EStG verwendeten Begriff der Berufsausbildung nicht (s. hierzu auch die Gesetzesbegründung in BRDrucks 54/11, S. 56, wonach eine Einschränkung dieses Berufsausbildungsbegriffs nicht erfolgen sollte). Das von S durchgeführte Studium bildet daher einen Berücksichtigungstatbestand, unabhängig davon, ob es sich um eine Erst- oder Zweitausbildung handelte (Senatsurteil vom 27. Januar 2011 III R 57/10, BFH/NV 2011, 1316). Anhaltspunkte dafür, dass S sich im Streitzeitraum Januar 2012 bis August 2012 nicht ernsthaft und nachhaltig auf sein Berufsziel vorbereitet hatte (s. zu dieser Anforderung z.B. Urteile des Bundesfinanzhofs --BFH-- vom 26. Oktober 2012 VI R 102/10, BFH/NV 2013, 366; vom 22. November 2012 V R 60/10, BFH/NV 2013, 531; Senatsurteil vom 22. Dezember 2011

III R 67/10, BFH/NV 2012, 930), wurden vom FG nicht festgestellt.

12 2. Zutreffend ist das FG auch davon ausgegangen, dass nach § 32 Abs. 4 Satz 2 EStG eine Erwerbstätigkeit nicht nur dann schädlich sein kann, wenn das zu berücksichtigende Kind neben einer erstmaligen Berufsausbildung zusätzlich (kumulativ) ein Erststudium abgeschlossen hat.

13 a) Das FG legte insoweit noch den im Zeitpunkt der Entscheidung geltenden Wortlaut des § 32 Abs. 4 Satz 2 EStG i.d.F. des Steuervereinfachungsgesetzes 2011 zugrunde, wonach ein Kind nach Abschluss einer erstmaligen Berufsausbildung und eines Erststudiums in den Fällen des § 32 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 EStG nur berücksichtigt wird, wenn es keiner Erwerbstätigkeit nachgeht. Das FG hat den Begriff "und" implizit so interpretiert, dass es sich hierbei um alternative und nicht um kumulative Voraussetzungen handelt. Anderenfalls hätte sich die vom FG behandelte Abgrenzungsfrage, ob mit dem Abschluss der Ausbildung zum Steuerfachangestellten eine neben dem Studium ausgeübte Erwerbstätigkeit kindergeldschädlich ist, nicht gestellt.

14 b) Der Senat hat indes die mittlerweile eingetretene Rechtsänderung zu berücksichtigen (s. hierzu Lange in Hübschmann/Hepp/ Spitaler, § 118 FGO Rz 78, m.w.N.) und bereits § 32 Abs. 4 Satz 2 EStG i.d.F. des Art. 2 Nr. 13 des Gesetzes zur Umsetzung der Amtshilferichtlinie sowie zur Änderung steuerlicher Vorschriften vom 26. Juni 2013 (BGBl I 2013, 1809, BStBl I 2013, 802, Amtshilferichtlinie-Umsetzungsgesetz --AmtshilfeRLUmsG--) anzuwenden. Danach wird ein Kind nach Abschluss einer erstmaligen Berufsausbildung oder eines Erststudiums in den Fällen des § 32 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 EStG nur berücksichtigt, wenn es keiner Erwerbstätigkeit nachgeht. Die Regelung trat rückwirkend zum 1. Januar 2012 in Kraft (Art. 31 Abs. 2 AmtshilfeRLUmsG).

15 c) Offen bleiben kann, ob die durch das AmtshilfeRLUmsG bewirkte Änderung des § 32 Abs. 4 Satz 2 EStG eine unzulässige Rückwirkung im Sinne der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts --BVerfG-- (Beschluss vom 17. Dezember 2013 1 BvL 5/08, BGBl I 2014, 255) enthält. Denn selbst wenn dies der Fall wäre, müsste der dann geltende § 32 Abs. 4 Satz 2 EStG i.d.F. des Steuervereinfachungsgesetzes 2011 in dem Sinne ausgelegt werden, wie es das FG getan hat.

16 aa) Das BVerfG entscheidet in diesen Fällen allein über die Verfassungsmäßigkeit der Rückwirkung, nicht über die verbindliche Auslegung des einfachen Rechts, das der Gesetzgeber rückwirkend ändern wollte. Hält das BVerfG die Rückwirkung für verfassungswidrig, ist es weiterhin der Fachgerichtsbarkeit aufgegeben, den Inhalt der alten Rechtslage durch Auslegung zu klären. Dabei kann sich auch ergeben, dass die Norm gerade so zu verstehen ist, wie es der Gesetzgeber nachträglich festgestellt wissen wollte (s. im Einzelnen BVerfG-Beschluss in BGBl I 2014, 255, unter B.II.2.b cc (1) (b)).

17 bb) Nach Auffassung des Senats ist auch die ursprüngliche Formulierung ("und" statt "oder") nicht als eine Aufzählung verschiedener Tatbestandsvoraussetzungen zu verstehen. Zwar sollte bei der sprachlichen Fassung von Gesetzestexten das Wort "und" immer dann verwendet werden, wenn in einer Rechtsvorschrift verschiedene Tatbestandsvoraussetzungen oder Rechtsfolgen kumulativ festgelegt werden sollen (s. Rz 90 des Handbuchs der Rechtsförmlichkeiten, Bundesanzeiger Nr. 160a vom 22. Oktober 2008). Die Gesetzeshistorie spricht jedoch dafür, dass dies im vorliegenden Fall nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprach. Der Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Steuervereinfachungsgesetz 2011 (BRDrucks 54/11, S. 6) verwendete noch den Ausdruck "oder". Auch in der Gesetzesbegründung wurde ausgeführt, dass zukünftig eine Erwerbstätigkeit nur noch bis zum Abschluss der ersten Berufsausbildung oder eines Erststudiums eines Kindes außer Betracht bleiben soll (BRDrucks 54/11, S. 55 f.). Der Finanzausschuss des Bundestags empfahl hingegen, den Ausdruck "oder" durch das Wort "und" zu ersetzen (BTDrucks 17/6105, S. 12), um die Formulierung an § 12 Nr. 5 EStG anzupassen

(BTDrucks 17/6146, S. 14). Dem folgte der Bundestag (BRDrucks 360/11, S. 5). In der Folge wies der Finanzausschuss des Bundesrates darauf hin, dass der verwendeten Formulierung im Rahmen des § 12 Nr. 5 EStG eine andere Bedeutung zukomme als im Rahmen des § 32 Abs. 4 Satz 2 EStG. Er führte zudem aus, dass eine kumulative Voraussetzung (Berufsausbildung und Erststudium) weder gewollt noch sinnvoll sei und deshalb zum ursprünglichen Wortlaut zurückzukehren sei (BRDrucks 360/1/11, S. 5). Dieser Anregung ist der Gesetzgeber zwar im weiteren Gesetzgebungsverfahren nach Durchführung des Vermittlungsverfahrens nicht gefolgt. Da jedoch nicht ersichtlich ist, dass mit dem Änderungsbegehren des Finanzausschusses des Bundestages eine über die bloße redaktionelle Anpassung an § 12 Nr. 5 EStG hinausgehende inhaltliche Änderung des Gesetzentwurfs bezweckt wurde, und sich ein derartiges Anliegen auch aus dem Vermittlungsverfahren (BTDrucks 17/7025, BRDrucks 568/11) nicht ergibt, geht der Senat davon aus, dass die Rückkehr zum ursprünglichen Wortlaut entweder nur wegen eines redaktionellen Versehens im Vermittlungsverfahren unterblieben ist oder der Begriff "und" nur zur Kennzeichnung eines Fallbeispiels (Erststudium als Unterfall der Erstausbildung) Verwendung finden sollte. Entsprechend wäre auch die ursprüngliche Gesetzesfassung trotz der Verwendung des Wortes "und" nicht im Sinne von kumulativen, sondern von alternativen Voraussetzungen zu lesen gewesen (ebenso Bering/Friedenberger NWB 2012, 278, 282, die die Formulierung im Sinne von "sowohl ... als auch" interpretieren; Felix, NJW 2012, 22, 24 f., wonach eine andere Auslegung ihrerseits verfassungsrechtliche Probleme aufwürfe).

18 3. Zu Recht ist das FG weiter davon ausgegangen, dass ein Kind, das ein duales Studium durchführt, seine Erstausbildung i.S. des § 32 Abs. 4 Satz 2 EStG noch nicht mit der erfolgreichen Absolvierung der studienintegrierten praktischen Ausbildung im Lehrberuf (hier zum Steuerfachangestellten) beendet, sondern die Erstausbildung bis zum Abschluss des parallel zum Studium durchgeführten Bachelorstudiums fortdauert. Dies beruht auf folgenden Erwägungen:

19 a) § 32 Abs. 4 Satz 2 EStG ist dahin auszulegen, dass der Begriff des Erststudiums nur einen Unterfall des Oberbegriffes der erstmaligen Berufsausbildung darstellt.

20 Der Wortlaut des § 32 Abs. 4 Satz 2 EStG lässt zwar sowohl die Interpretation zu, dass durch den Begriff der erstmaligen Berufsausbildung nur Ausbildungsgänge erfasst werden, die kein Studium an einer Hochschule beinhalten, als auch die Interpretation, dass die erstmalige Berufsausbildung den Oberbegriff bildet und das Erststudium nur einen Unterfall der erstmaligen Berufsausbildung darstellt. Der normale Sprachgebrauch spricht jedoch eher für die zweite Auslegungsvariante, da danach üblicherweise --wie im Rahmen des § 32 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a EStG-- auch ein Studium als Berufsausbildung anzusehen ist.

21 Diese Auslegung wird auch durch die Gesetzesmaterialien gestützt. So führte der Gesetzgeber aus, nach Abschluss einer erstmaligen Berufsausbildung oder eines Erststudiums bestehe die widerlegbare Vermutung, dass das Kind in der Lage sei, sich selbst zu unterhalten, und dass diese Vermutung durch den Nachweis als widerlegt gelte, dass das Kind sich in "einer weiteren Berufsausbildung" befinde und tatsächlich keiner weiteren (schädlichen) Erwerbstätigkeit nachgehe (BRDrucks 54/11, S. 55 f.). Insoweit verwendet der Gesetzgeber den Begriff der weiteren Berufsausbildung als Oberbegriff für ein weiteres Studium und eine weitere andere Art der Berufsausbildung. Entsprechendes gilt, soweit der Gesetzgeber ausführt, dass ein Studium dann ein erstmaliges Studium darstelle, wenn es sich um eine "Erstausbildung" handele (BRDrucks 54/11, S. 55 f.).

22 b) Der in § 32 Abs. 4 Satz 2 EStG verwendete Berufsausbildungsbegriff ist enger auszulegen als das in § 32 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a EStG verwendete Tatbestandsmerkmal "Kind, das ... für einen Beruf ausgebildet wird".

23 Der Wortlaut des § 32 Abs. 4 Satz 2 EStG gibt auf die Frage, ob der Begriff der Berufsausbil-

dung --wie im Rahmen des § 32 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a EStG-- dahin auszulegen ist, dass darunter jede allgemein berufsqualifizierende Maßnahme zu fassen ist, oder ein engeres Verständnis erfordert, allenfalls insoweit eine Antwort, als der Begriff "erstmaligen" darauf hindeutet, dass die Berufsausbildung auf einen Abschluss ausgerichtet sein muss.

24 Auch die Gesetzesmaterialien sprechen dafür, dass der Gesetzgeber für den in § 32 Abs. 4 Satz 2 EStG verwendeten Begriff der Berufsausbildung einen eingeschränkteren Anwendungsbereich vorsehen wollte als für den in § 32 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a EStG geregelten Berücksichtigungstatbestand. Danach soll der in § 32 Abs. 4 Satz 2 EStG verwendete Begriff der Berufsausbildung enger gefasst sein und sicherstellen, dass nicht bereits jede allgemein berufsqualifizierende Maßnahme zum Verbrauch der Erstausbildung führt (BRDrucks 54/11, S. 55 f.). Voraussetzung soll danach zum einen sein, dass das Kind durch die berufliche Ausbildungsmaßnahme die notwendigen fachlichen Fähigkeiten und Kenntnisse erwirbt, die zur Aufnahme eines Berufs befähigen, weshalb insbesondere der Besuch einer allgemein bildendenden Schule keine erstmalige Berufsausbildung vermitteln soll. Zum anderen muss der Beruf nach der Gesetzesbegründung durch eine Ausbildung im Rahmen eines öffentlich-rechtlich geordneten Ausbildungsgangs erlernt werden und der Ausbildungsgang durch eine Prüfung abgeschlossen werden, weshalb beispielsweise ein bloßer Computerkurs nicht für eine Erstausbildung ausreichen soll (BRDrucks 54/11, S. 55 f.). Ziel dieser beiden Einschränkungen ist es, die berücksichtigungsschädliche Wirkung des § 32 Abs. 4 Satz 2 EStG zu begrenzen.

25 c) Für die Frage, ob bereits der erste (objektiv) berufsqualifizierende Abschluss in einem öffentlich-rechtlich geordneten Ausbildungsgang zum Verbrauch der Erstausbildung führen soll oder ob bei einer mehraktigen Ausbildung auch ein nachfolgender Abschluss in einem öffentlich-rechtlich geordneten Ausbildungsgang Teil der Erstausbildung sein kann, ist darauf abzustellen, ob sich der erste Abschluss als integrativer Bestandteil eines einheitlichen Ausbildungsgangs darstellt.

26 aa) Wortlaut und Gesetzesmaterialien lassen nicht erkennen, ob bereits der erste (objektiv) berufsqualifizierende Abschluss zum Verbrauch der Erstausbildung führen soll. So kann die Formulierung "Eine Berufsausbildung liegt demnach vor, wenn der Steuerpflichtige durch eine berufliche Ausbildungsmaßnahme die notwendigen fachlichen Fähigkeiten und Kenntnisse erwirbt, die zur Aufnahme eines Berufs befähigen" (BRDrucks 54/11, S. 55 f.) sowohl dahin interpretiert werden, dass das Kind befähigt sein müsse, irgendeinen Beruf aufzunehmen, als auch dahin, dass es befähigt sein müsse, einen von ihm angestrebten Beruf aufzunehmen.

27 bb) Die systematische Stellung des § 32 Abs. 4 Satz 2 EStG und der Sinn und Zweck der Norm sprechen indes dafür, mehraktige Ausbildungsmaßnahmen dann als Teil einer einheitlichen Erstausbildung zu qualifizieren, wenn sie zeitlich und inhaltlich so aufeinander abgestimmt sind, dass die Ausbildung nach Erreichen des ersten Abschlusses fortgesetzt werden soll und das angestrebte Berufsziel erst über den weiterführenden Abschluss erreicht werden kann (in diesem Sinne auch Seiler in Kirchhof, EStG, 13. Aufl., § 32 Rz 17).

28 Die Funktion des steuerlichen Familienleistungsausgleichs besteht primär darin, einen Einkommensbetrag in Höhe des Existenzminimums eines Kindes einschließlich der Bedarfe für Betreuung, Erziehung oder Ausbildung eines Kindes steuerlich freizustellen (§ 31 Satz 1 EStG). Bei Kindern in Ausbildung dient der Freibetrag für Betreuung und Erziehung oder Ausbildung der Abdeckung des allgemeinen Ausbildungsbedarfs (Jachmann, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 32 Rz A 91), zu dem nach der Rechtsprechung des BFH auch der Ausbildungsunterhalt i.S. von § 1610 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) zählt (Urteil vom 17. Dezember 2009 VI R 63/08, BFHE 227, 487, BStBl II 2010, 341). Die steuerliche Berücksichtigung solcher Belastungen ist dabei nicht vollständig in das Ermessen des Gesetzgebers gestellt. Denn die El-

tern können sich ihnen nicht beliebig entziehen, sondern sind im Gegenteil schon nach dem Unterhaltsrecht des BGB weitgehend dazu verpflichtet, ihren Kindern zumindest "eine" Berufsausbildung zu finanzieren (s. hierzu BFH-Urteil in BFHE 227, 487, BStBl II 2010, 341).

29 Unter Berücksichtigung dieser verfassungsrechtlichen Funktion des steuerlichen Familienleistungsausgleichs hat die Rechtsprechung bereits bei der Auslegung des Berufsausbildungsbegriffes des § 32 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a EStG auch das durch die Eltern und das Kind definierte Berufsziel miteinbezogen. So ist in ständiger Rechtsprechung des BFH anerkannt, dass sich in Berufsausbildung befindet, wer "sein Berufsziel" noch nicht erreicht hat, sich aber ernsthaft und nachhaltig darauf vorbereitet (z.B. BFH-Urteile in BFH/NV 2013, 366, und in BFH/NV 2013, 531; Senatsurteil in BFH/NV 2012, 930). Unter Berufsausbildung wird deshalb die Erlangung der für die Ausübung des "angestrebten" Berufs geeigneten Grundlagen verstanden (z.B. BFH-Urteile vom 16. April 2002 VIII R 58/01, BFHE 199, 111, BStBl II 2002, 523, Ausbildung eines Soldaten auf Zeit zum Offizier; vom 26. August 2010 III R 88/08, BFH/NV 2011, 26, betr. Traineetätigkeit). Der BFH erkennt damit zum einen an, dass den Eltern und dem Kind von Verfassungs wegen ein weiter Entscheidungsspielraum bei der Gestaltung der Ausbildung zukommt (BFH-Urteil vom 9. Juni 1999 VI R 33/98, BFHE 189, 88, BStBl II 1999, 701). Zum anderen verweist er hinsichtlich dieses Auslegungsergebnisses auf den Sinn und Zweck des seit dem 1. Januar 1996 geltenden steuerrechtlichen Kindergelds, wonach das Existenzminimum eines Kindes von der Besteuerung auszunehmen ist, weil durch den kindbedingten Aufwand die steuerliche Leistungsfähigkeit der Eltern gemindert wird (BFH-Urteil in BFHE 189, 88, BStBl II 1999, 701, unter Verweis auf den BVerfG-Beschluss vom 29. Mai 1990 1 BvL 20/84, 1 BvL 26/84, 1 BvL 4/86, BVerfGE 82, 60, BStBl II 1990, 653).

30 Dieser systematische Zusammenhang spricht dafür, dass auch im Rahmen der durch § 32 Abs. 4 Satz 2 EStG erfolgten Abgrenzung --zwischen der steuerlich zu berücksichtigenden Unterhaltsverantwortung der Eltern für "eine" Ausbildung des Kindes und der Verantwortung des Kindes für die eigene Unterhaltssicherung-- bei mehraktigen Ausbildungen das von den Eltern und dem Kind bestimmte Berufsziel nicht außer Betracht gelassen werden darf. Ist daher aufgrund objektiver Beweisanzeichen erkennbar, dass das Kind die für sein angestrebtes Berufsziel erforderliche Ausbildung nicht bereits mit dem ersten erlangten Abschluss beendet hat, kann auch eine weiterführende Ausbildung noch als Teil der Erstausbildung zu qualifizieren sein. Abzustellen ist dabei darauf, ob sich die einzelnen Ausbildungsabschnitte als integrative Teile einer einheitlichen Ausbildung darstellen. Insoweit kommt es vor allem darauf an, ob die Ausbildungsabschnitte in einem engen sachlichen Zusammenhang (z.B. dieselbe Berufssparte, derselbe fachliche Bereich) zueinander stehen und in engem zeitlichen Zusammenhang durchgeführt werden.

31 cc) Nichts anderes ergibt sich aus der in § 32 Abs. 4 Satz 3 EStG vorgesehenen Einschränkung der Vermutungsregel des § 32 Abs. 4 Satz 2 EStG. Danach ist eine nach Abschluss einer erstmaligen Berufsausbildung oder eines Erststudiums ausgeübte Erwerbstätigkeit anspruchsunschädlich, wenn sie im Rahmen einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit mit bis zu 20 Stunden, einem Ausbildungsdienstverhältnis oder einem geringfügigen Beschäftigungsverhältnis i.S. der §§ 8und 8a des Vierten Buches Sozialgesetzbuch ausgeübt wird.

32 Hintergrund dieser Regelung ist die Überlegung, dass eine Erwerbstätigkeit dann schädlich sein soll, wenn sie Zeit und Arbeitskraft des Kindes überwiegend in Anspruch nimmt (BRDrucks 54/11, S. 55 f.). Auch in der Literatur (Bering/ Friedenberger NWB 2012, 278, 281) wird argumentiert, dass das Kind seiner Berufsausbildung nicht mehr ernsthaft und hinreichend nachgehen könne, wenn es regelmäßig in Vollzeit arbeite; ebenso sollten Fälle der "Pro-forma-Immatrikulation" eines Vollzeitbeschäftigten aus dem steuerlichen Berücksichtigungstatbestand

ausgeschlossen werden. Jedoch erfordert auch der insoweit zum Ausdruck kommende Aspekt der Missbrauchsverhinderung nicht, dass die in § 32 Abs. 4 Satz 2 EStG verwendeten Tatbestandsmerkmale der erstmaligen Berufsausbildung und des Erststudiums immer bereits dann als erfüllt angesehen werden müssen, wenn das Kind --unabhängig vom angestrebten Berufsziel-- irgendeinen berufsqualifizierenden Abschluss erlangt hat. Denn die Vermeidung eines solchen Missbrauchs findet bei konsequenter Anwendung der BFH-Rechtsprechung bereits auf der vorgelagerten Ebene des Berufsausbildungsbegriffes des § 32 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a EStG statt. Wie bereits ausgeführt wurde, befindet sich ein Kind nur dann in Berufsausbildung, wenn es sein Berufsziel noch nicht erreicht hat, "sich aber ernsthaft und nachhaltig darauf vorbereitet" (z.B. BFH-Urteile in BFH/NV 2013, 366, und in BFH/NV 2013, 531; Senatsurteil in BFH/NV 2012, 930). Eine strenge Prüfung der Ernsthaftigkeit und Nachhaltigkeit der Ausbildungsbemühungen auf der Ebene des § 32 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a EStG trägt zudem dazu bei, dass Missbrauch nicht nur im Falle des Abschlusses einer objektiv berufsqualifizierenden Erstausbildung, sondern in jedem von § 32 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a EStG erfassten Fall verhindert werden kann. Im Übrigen geht der Senat davon aus, dass Kinder, die im Rahmen einer mehraktigen Ausbildung einen ersten Abschluss erlangt haben, häufig nur vorübergehend --insbesondere während weniger lernintensiver Zeiträume wie den Semesterferien-- ihren Erwerbstätigkeitsumfang erhöhen und deshalb ihre gesamte Ausbildung gleichwohl in üblichem Zeitrahmen beenden werden können. Daher dürften in solchen Fällen bereits im Rahmen der Prüfung des § 32 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a EStG keine Missbrauchsanzeichen erkennbar werden.

33 dd) Für eine Beschränkung des Erstausbildungsbegriffes auf den ersten (objektiv) berufsqualifizierenden Abschluss spricht schließlich auch nicht, dass bei Kindern, die nach einem solchen Abschluss einer den Umfang des § 32 Abs. 4 Satz 3 EStG überschreitenden Erwerbstätigkeit nachgehen, die Freistellung des Existenzminimums des Kindes im Rahmen der Besteuerung der Einkünfte des Kindes stattfindet. Denn selbst bei Annahme einer ganzjährigen Tätigkeit mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 21 Stunden ergäben sich unter Zugrundelegung eines Stundensatzes von 7,50 € oder 8,50 € --wie er für typische Aushilfstätigkeiten von in Ausbildung befindlichen Kindern nicht unüblich ist-- nach Berücksichtigung üblicher Abzugsbeträge (insbesondere für Werbungskosten) häufig unter dem Existenzminimum liegende Einkünfte des Kindes (s. hierzu auch Felix, NJW 2012, 22, 27, zum Fall einer studentischen Hilfskraft). Dies hätte zur Folge, dass bei Anwendung der Verwaltungsauffassung eine effektive steuerliche Freistellung des Existenzminimums des Kindes sowohl auf der Ebene der Besteuerung der Eltern als auch auf der Ebene der Besteuerung des Kindes fehlschlagen könnte.

34 ee) Schließlich sieht sich der Senat bei der Auslegung der in § 32 Abs. 4 Satz 2 EStG verwendeten Begriffe der erstmaligen beruflichen Ausbildung und des Erststudiums auch nicht an eine ggf. hiervon abweichende Auslegung dieser Begriffe im Rahmen des § 12 Nr. 5 EStG gebunden. Die beiden Regelungen unterscheiden sich bereits insoweit, als sie die steuerliche Anerkennung unterschiedlicher Gegenstände betreffen. Während es im Rahmen des Familienleistungsausgleichs primär um die steuerliche Berücksichtigung des Existenzminimums des in Ausbildung befindlichen Kindes einschließlich des Ausbildungsbedarfs geht, regelt § 12 Nr. 5 EStG die steuerliche Anerkennung von Aufwendungen für die Ausbildung. Entsprechend muss die Auslegung des § 32 Abs. 4 Satz 2 EStG den Anforderungen des subjektiven Nettoprinzips genügen, während die Rechtsprechung bei der Anwendung des § 12 Nr. 5 EStG die folgerichtige Umsetzung des objektiven Nettoprinzips in den Blick nimmt (z.B. BFH-Urteil in BFHE 227, 487, BStBl II 2010, 341). Entsprechend hat der BFH auch in seiner bisherigen Rechtsprechung bereits die Unabhängigkeit der beiden Regelungskomplexe betont (BFH-Urteil vom 27. Mai 2003 VI R 33/01, BFHE 202, 314, BStBl II 2004, 884).

35 4. Überträgt man diese Rechtsgrundsätze auf den Streitfall, so ist das FG zu Recht davon aus-

gegangen, dass die Erstausbildung des S mit der bestandenen Prüfung zum Steuerfachangestellten noch nicht beendet war.

36 Nach den Feststellungen des FG bildete die Ausbildung zum Steuerfachangestellten einen integrativen Bestandteil einer von S angestrebten mehraktigen Ausbildung, die auch den im Rahmen des Hochschulstudiums zu erlangenden weitergehenden Abschluss zum Bachelor im Studiengang Steuerrecht mitumfasste. Dass die beiden Abschlüsse in einem engen sachlichen Zusammenhang standen, ergibt sich dabei bereits daraus, dass sie sich inhaltlich schwerpunktmäßig auf denselben Fachbereich, den Themenbereich Steuerrecht, bezogen und damit --wenn auch ggf. auf unterschiedlichen Qualifikationsstufen-- auf dasselbe Berufsfeld vorbereiteten. Die Ausbildungsgänge standen auch in einem engen zeitlichen Zusammenhang. Sie wurden zunächst parallel zueinander verfolgt. Nach Beendigung der Ausbildung zum Steuerfachangestellten wurde die Ausbildung zum Bachelor ohne beachtliche Unterbrechung fortgeführt und beendet. Da somit auch der weitergehende Bachelorabschluss noch als Teil der Erstausbildung des S zu qualifizieren ist, hat das FG zu Recht nicht darauf abgestellt, ob S im Streitzeitraum Januar 2012 bis August 2012 einer schädlichen Erwerbstätigkeit i.S. des § 32 Abs. 4 Satz 2 und 3 EStG nachgegangen ist.

Gericht: Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg 10. Senat
Entscheidungsdatum: 16.06.2014
Aktenzeichen: OVG 10 A 8.10
ECLI: ECLI:DE:OVGBEBB:2014:0616.OVG10A8.10.0A
Dokumenttyp: Urteil

Quelle: juris

Normen: Art 80 S 3 Verf BB, § 47 Abs 2 S 1 VwGO, § 3 Abs 2 S 1 PlG BB 2002
Zitiervorschlag: Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, Urteil vom 16. Juni 2014 – OVG 10 A 8.10 –, juris

Verstoß der Rechtsverordnung der Regierung des Landes Brandenburg über den Landesentwicklungsplan Berlin-Brandenburg gegen das Zitiergebot

Leitsatz

1. Die Rechtsverordnung der Regierung des Landes Brandenburg über den Landesentwicklungsplan Berlin-Brandenburg ist materiell rechtswidrig, weil sie gegen das Zitiergebot des Art. 80 Satz 3 LV Bbg (juris: Verf BB) als höherrangiges Recht verstößt.(Rn.111)

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.(Rn.113)

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.(Rn.114)

4. 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.(Rn.132)(Rn.133)

5. 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". (Rn.98)

6. 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 Re-

gionen. 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).(Rn.96)

Orientierungssatz

1. 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 nicht die Errichtung einer neuen staatlichen Ebene oder eines zwischenstaatlichen Hoheitsträgers zum Zwecke der Gesetzgebung auf dem Gebiet der Raumordnung (vgl. Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin, Beschluss vom 19. Dezember 2006 - 45/06 -, juris Rn. 34).(Rn.98)

2. Vergleiche zum Leitsatz 2: 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.(Rn.113)

3. Vergleiche zum Leitsatz 4: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.(Rn.132)

Verfahrensgang

nachgehend BVerwG 4. Senat, 17. März 2015, 4 BN 29/14, Beschluss

Diese Entscheidung wird zitiert

Rechtsprechung
Vergleiche Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg 10. Senat, 6. Mai 2016, OVG 10 S 16.15

Literaturnachweise
Boas Kümper, LKV 2014, 542-547 (Aufsatz)

Diese Entscheidung zitiert

Rechtsprechung
Vergleiche BVerfG, 1. April 2014, 2 BvF 1/12, 2 BvF 3/12
Vergleiche Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg 1. Senat, 24. März 2010, OVG 1 A 1.09
Vergleiche Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin, 19. Dezember 2006, 45/06
Vergleiche BVerfG 2. Senat, 6. Juli 1999, 2 BvF 3/90

Tenor

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

1 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).

2 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.

3 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.

4 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.

5 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.

6 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 Vorbingen der Antragstellerinnen enthalten ist.

7 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.

8 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:

9 Auf Grund 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

10 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 – Städ-

tische Kernbereiche gemäß Plansatz 4.8 (G) Absatz 3 im Maßstab 1 : 250000).

11 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:

12 2.1 (Z)

13 In der Hauptstadtregion Berlin-Brandenburg werden als Zentrale Orte die Metropole, Oberzentren und Mittelzentren, einschließlich der Mittelzentren in Funktionsteilung, abschließend festgelegt.

14 2.2 (G)

15 Mit dem System Zentraler Orte soll ein tragfähiges Netz technischer und sozialer Infrastruktureinrichtungen des gehobenen und spezialisierten höheren Bedarfes gesichert und entwickelt werden.

16 2.3 (G)

17 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.

18 2.4 (G)

19 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.

20 2.5 (Z)

21 Metropole ist die Bundeshauptstadt Berlin.

22 2.6 (G)

23 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

24 europäischen Maßstab und ist als Wirtschafts-, Wissenschafts-, Kultur-, Bildungs-, Sport-, Handels-, Messe- und politisches Zentrum zu stärken.

25 2.7 (Z)

26 Oberzentren sind die Landeshauptstadt Potsdam, Cottbus, Brandenburg an der Havel und Frankfurt (Oder).

27 2.8 (G)

28 Auf die Oberzentren sollen die hochwertigen Raumfunktionen der Daseinsvorsorge mit überregionaler Bedeutung konzentriert werden. Dies sind insbesondere:

29
- Wirtschafts- und Siedlungsfunktionen,
- Einzelhandelsfunktionen,
- Kultur- und Freizeitfunktionen,
- Verwaltungsfunktionen,
- Bildungs-, Wissenschafts-, Gesundheits-, soziale Versorgungsfunktionen sowie
- großräumige Verkehrsknotenfunktionen.

30 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.

31 2.9 (Z)

32 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.

33 Mittelzentren in Funktionsteilung sind Elsterwerda - Bad Liebenwerda, Lauchhammer - Schwarzheide, Perleberg - Wittenberge, Pritzwalk - Wittstock/Dosse, Schönefeld - Wildau, Senftenberg - Großräschen, Werder (Havel) - Beelitz und Zehdenick - Gransee.

34 2.10 (G)

35 In den Mittelzentren sollen für den jeweiligen Mittelbereich die gehobenen Funktionen der Daseinsvorsorge mit regionaler Bedeutung konzentriert werden. Dazu gehören insbesondere:

36
- Wirtschafts- und Siedlungsfunktionen,
- Einzelhandelsfunktionen,
- Kultur- und Freizeitfunktionen,
- Verwaltungsfunktionen,
- Bildungs-, Gesundheits-, soziale Versorgungsfunktionen sowie
- überregionale Verkehrsknotenfunktionen.

37 Dazu sollen die in den Mittelzentren vorhandenen Angebote an Gütern und Dienstleistungen des gehobenen Bedarfes dem Nachfragepotenzial entsprechend gesichert, teilweise auch qualifiziert werden.

38 2.11 (G)

39 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.

40 2.12 (G)

41 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.

42 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.

43 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.

44 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.

45 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.

46 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:

47 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.

48 Sie seien antragsbefugt, denn sie könnten geltend machen, durch die Festlegungen des LEP B-B in ihrer verfassungsrechtlich garantierten Planungshoheit verletzt zu sein.

49 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.

50 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.

51 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.

52 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.

53 Der LEP B-B sei auch materiell rechtswidrig, weil er gegen höherrangiges Recht verstoße.

54 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.

55 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.

56 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.

57 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.

58 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.

59 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.

60 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.

61 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.

62 Die Antragstellerinnen beantragen,

63 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.

64 Der Antragsgegner beantragt,

65 die Normenkontrollanträge zurückzuweisen.

66 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.

67 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 Berlin-Brandenburg 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.

68 Die Anträge seien auch unbegründet.

69 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.

70 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.

71 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.

72 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.

73 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.

74 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.

75 Auch gegen das in Art. 80 Satz 3 LV Bbg geregelte Zitiergebot werde nicht verstoßen. Die Antragstellerinnen verkennten den Unterschied zwischen der Ermächtigungs-grundlage 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.

76 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.

77 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.

78 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 konkre-

te Situation der Antragstellerinnen zu 1. und 2 seien bei der Aufstellung des LEP B-B Abwägungsfehler nicht unterlaufen.

79 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

80 Die Normenkontrollanträge sind zulässig (I.) und begründet (II.).

I.

81 Die Anträge, die von der Regierung des Landes Brandenburg erlassene Verordnung über den LEP B-B für unwirksam zu erklären, sind zulässig.

82 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.

83 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 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).

84 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).

85 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.

86 3. 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.

87 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).

88 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]).

89 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.

90 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).

91 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).

92 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 selbständig 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).

93 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 selbständig 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.

94 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 selbständig angreifbare Rechtsverordnungen mit Geltung für das eigene Hoheitsgebiet erlassen werden.

95 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).

96 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 Landes-entwicklungsplan 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.).

97 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 selbständig angreifbarer Rechtssetzungsakt anzusehen und der Landesregierung zuzuordnen.

98 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.

99 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.

100 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.).

101 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.).

102 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.

103 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.

104 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.

105 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 Landesplanungsgesetzvom 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).

106 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.

107 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.

108 c) Die Rechtsverordnung über den LEP B-B leidet auch nicht an einem Ausfertigungsmangel.

109 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 Be-

schlussfassung 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.).

110 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.

111 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.

112 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.

113 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 zu Lasten 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).

114 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 gesetzeser-

gänzenden 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 Ermächtigungs-grundlage 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).

115 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 Bekanntmachungvom 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 Rechtsver-ordnungen 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).

116 (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 Landes-entwicklungsplänen 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.

117 (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 „hinwegge-

dacht" werden kann.

118 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 Landes-entwicklungsplan 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.

119 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 Landesentwicklungsplanung, 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.

120 Der Umstand, dass durch eine Entscheidung des Landtages, also der Staatsgewalt, die die Gesetzgebung originär ausgeübt (Art. 2Abs. 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.

121 (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 Ver-

ordnung 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).

122 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.

123 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.

124 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. § 1Abs. 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 Gesetzes-ausführung nutzt und wenn dafür sachliche Gründe bestehen.

125 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).

126 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 Landesent-wicklungsplänen 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.

127 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 Gesetzes-materialien, 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.

128 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.).

129 § 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, Gesamtzu-sammenhang 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.

130 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.

131 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.

132 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 Raumordnungspläne 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 § 12Abs. 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).

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).

134 b) Die von der Regierung des Landes Brandenburg erlassene Verordnung über den LEP B-B ist gesamtunwirksam.

135 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).

136 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.

137 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-B 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 selbständig „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.

138 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.

139 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.

140 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.

141 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 167 VwGO i.V.m. §§ 708 ff. ZPO.

142 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.

Gericht: Oberverwaltungsgericht des Landes Sachsen-Anhalt 3. Senat
Entscheidungsdatum: 04.06.2014
Aktenzeichen: 3 L 230/13
ECLI: ECLI:DE:OVGST:2014:0604.3L230.13.0A
Dokumenttyp: Urteil

Quelle:

Norm: § 3 Abs 2 GefHuG ST
Zitiervorschlag: Oberverwaltungsgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 04. Juni 2014 – 3 L 230/13 –, juris

Haltung eines als gefährlich vermuteten Hundes - Kampfhundkreuzung - Rassebestimmung bei Mischlingshunden

Leitsatz

1. Zur hinreichenden Bestimmtheit des § 3 GefHundG (juris: GefHundG ST).(Rn.34)

2. § 3 Abs. 2 GefHundG (juris: GefHundG ST) 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.(Rn.37)

3. Zu den Möglichkeiten der Rassebestimmung bei Mischlingshunden.(Rn.37)

Verfahrensgang

vorgehend VG Halle (Saale), 3. Mai 2013, 1 A 13/13, Urteil

Tatbestand

1 Der Kläger wendet sich gegen die Einordnung seines Hundes als gefährlichen Hund.

2 Der Kläger ist Halter des Hundes „Ben", 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.

3 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.

4 Am 05. Juli 2010 teilte der Kläger der Beklagten telefonisch mit, dass es sich bei dem Hund um einen American Bulldog/Labradormix handele.

5 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 Ben 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 auf Grund übereinstimmender Erledigungserklärungen eingestellt.

6 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.

7 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.

8 Der Kläger hat zwischenzeitlich die erfolgreiche Ablegung eines Wesenstestes unter dem 06. April 2011 nachgewiesen.

9 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.

10 Der Kläger hat beantragt,

11 den Bescheid der Beklagten vom 03. März 2011 aufzuheben.

12 Die Beklagte hat beantragt,

13 die Klage abzuweisen.

14 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.

15 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.

16 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 auf Grund 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 auf Grund seiner phänotypischen Merkmale ein Hund der in der Liste genannten Rassen sei. Dies sei nach dem Gutachten des Sachverständigen A. der Fall.

17 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.

18 Der Kläger beantragt,

19 das Urteil des Verwaltungsgerichts Halle - 1. Kammer - vom 03. Mai 2013 abzuändern und den Bescheid der Beklagten vom 03. März 2011 aufzuheben.

20 Die Beklagte beantragt,

21 die Berufung zurückzuweisen.

22 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

23 Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts vom 03. Mai 2013 ist zulässig und begründet.

24 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).

25 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 Gefahrenvom 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.

26 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).

27 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.

28 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.

29 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.

30 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.

31 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.fci.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.wikipedia.org/wiki/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 Wien im Juli 2009 revidiert, veröffentlicht auf www.fci.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.ukcdogs.com/Web.nsf/Breeds/AmericanPitBullTerrier12012012).

32 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.

33 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.

34 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).

35 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).

36 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).

37 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.

38 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.wikipedia.org/wiki/Kreuzung_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.

39 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.

40 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).

41 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).

42 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).

43 In der Rechtsprechung werden zur Auslegung des Begriffes „Kreuzung" zu den verschiedenen landesrechtlichen Regelungen unterschiedliche Auffassungen vertreten.

44 Die weitestgehendste 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.).

45 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;

46 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).

47 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.).

48 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 spezi-

fische 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).

49 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 –einfuhrbeschränkungsge-setzes 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.

50 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.

51 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.

52 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.

53 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."

54 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."

55 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."

56 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:

57 „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."

58 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."

59 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

60 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 kei-

ne praktikable Methode, Hunde sicher einer bestimmten Rasse zuzuordnen. Man gehe immer vom Phänotyp des Hundes aus, welcher oft sehr variabel sei (vgl. www.mi.sachsen-anhalt.de/fileadmin/Bibliothek/ Politik_und_Verwaltung/MI/MI/PDF_Dokumente/Abteilung_2/Hundegesetz/Tagungsdokumentation_zum_Symposium_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).

61 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.

62 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.

63 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.

64 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.

65 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.

66 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.

67 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 El-

terntier ausgeschlossen werden kann.

68 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.

69 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.wisdompanel.com/breed_count_matters/breed_library/ und die Liste bei www.dogdna.de/Rassenliste-galantos-hund.html).

70 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.

71 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.

72 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 167 VwGO, 708Nr. 10, 711 ZPO.

73 Gründe für die Zulassung der Revision (§ 132 Abs. 2 VwGO) liegen nicht vor.

Gericht:	Sächsisches Oberverwaltungsgericht 5. Senat
Entscheidungsdatum:	09.04.2014
Aktenzeichen:	5 C 34/12
ECLI:	ECLI:DE:OVGSN:2014:0409.5C34.12.0A
Dokumenttyp:	Urteil
Quelle:	juris
Normen:	§ 47 KomZG SN, § 19 KomZG SN, § 36 GemO SN
Zitiervorschlag:	Sächsisches Oberverwaltungsgericht, Urteil vom 09. April 2014 – 5 C 34/12 –, juris

Einberufung einer Verbandsversammlung; Bestimmung einer angemessenen Ladungsfrist

Orientierungssatz

Nach § 47Abs. 2 Satz 1, § 19 Abs. 1 Satz 2 SächsKomZG, § 36 Abs. 3 Satz 1 SächsGemO ist eine Verbandsversammlung schriftlich mit angemessener Frist einzuberufen; die Verhandlungsgegenstände sind rechtzeitig mitzuteilen. Die Ladungsfrist beträgt mindestens eine Woche.(Rn.50)

Tenor

Die „2. Satzung zur Änderung der Satzung über die öffentliche Abwasserbeseitigung (Abwassersatzung - AbwS) vom 18.03.2010" des Antragsgegners vom 25. September 2012 wird für unwirksam erklärt.

Der Antragsgegner trägt die Kosten des Verfahrens.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

1 Der Normenkontrollantrag der Antragstellerin ist gerichtet gegen die vom Antragsgegner erlassene 2. Satzung zur Änderung der Satzung über die öffentliche Abwasserbeseitigung (Abwassersatzung - AbwS) vom 18. März 2010.

2 Der Antragsgegner ist ein Zweckverband im Sinne des Sächsischen Gesetzes über Kommunale Zusammenarbeit. Seine Mitglieder sind nach § 1 Abs. 3 der Verbandssatzung vom 16. September 2013 die Große Kreisstadt D..., die Stadt H... und die Stadt W... Es gehören nicht die gesamten Territorien der Mitgliedsgemeinden zum Verbandsgebiet. Aufgabe des Antragsgegners ist es nach § 2 Abs. 1 Satz 1 der Verbandssatzung, in seinem räumlichen Wirkungskreis anstelle seiner Verbandsmitglieder das Sammeln, Behandeln, Ableiten, Verregnen, Verrieseln und Versickern von Abwasser sowie das Stabilisieren und Entwässern von Klärschlamm aus der Abwasserbehandlung und das Sammeln häuslicher Abwässer und Fäkalien aus Kleinkläranlagen und abflusslosen Gruben sicherzustellen.

3 Die Antragstellerin ist im Verbandsgebiet ansässig. Sie ist aus einer bereits zu DDR-Zeiten gegründeten Wohnungsgenossenschaft hervorgegangen und Eigentümerin sowie Vermieterin eines genossenschaftlichen Wohnungsbestandes mit mehreren hundert Wohnungen, die im komplexen Wohnungsbau errichtet wurden.

4 Der Antragsgegner erließ am 18. März 2010 eine Neufassung der Satzung über die öffentliche Abwasserbeseitigung (Abwassersatzung - AbwS). Diese wurde durch Satzung vom 6. April

2011 in § 19 geändert. Die Abwassersatzung enthält keine Regelungen zur Beitragserhebung.

5 Mit Normenkontrollurteil des Senats vom 4. Juli 2012 - 5 C 34/09 - wurde § 28 der Neufassung der Satzung des Antragsgegners über die öffentliche Abwasserbeseitigung (Abwassersatzung - AbwS) vom 18. März 2010 für unwirksam erklärt. Das Urteil ist rechtskräftig.

6 Die Verbandsversammlung des Antragsgegners beschloss in ihrer Sitzung am 25. September 2012, die am 18. September 2012 im D... Anzeiger bekannt gemacht wurde, aufgrund der Beschlussvorlage Nr. 16/09/12 die 2. Satzung zur Änderung der Satzung über die öffentliche Abwasserbeseitigung (Abwassersatzung - AbwS) vom 18. März 2010. Diese sollte rückwirkend zum 1. Januar 2009 in Kraft treten. Von den neun Vertretern der Verbandsmitglieder waren sieben anwesend, die sämtlich für die 2. Änderungssatzung stimmten (7:0:0). Die 2. Änderungssatzung wurde am 26. September 2012 vom Vorsitzenden des Antragsgegners ausgefertigt und in der Ausgabe des D... Anzeiger vom 29./30. September 2012 veröffentlicht. Mit Schreiben des Landkreises Mittelsachsen vom 30. Oktober 2012 wurden die Recht- und Gesetzmäßigkeit sowie das ordnungsgemäße Zustandekommen der 2. Änderungssatzung bestätigt.

7 Die 2. Änderungssatzung hat folgenden Wortlaut:

8 **„2. Satzung zur Änderung der**
Satzung über die öffentliche Abwasserbeseitigung
(Abwassersatzung - AbwS) vom 18.03.2010

9 Aufgrund von § 63 Abs. 2 des Sächsischen Wassergesetzes (SächsWG) und der §§ 4, 14 und 124 der Gemeindeordnung für den Freistaat Sachsen (SächsGemO) [und der § 47Abs. 2 i. V. m. § 6Abs. 1 und § 5 Abs. 4 Sächsisches Gesetz über die kommunale Zusammenarbeit (SächsKomZG)] in Verbindung mit den §§ 2, 9, und 33 des Sächsischen Kommunalabgabengesetzes (SächsKAG) hat die Verbandsversammlung des AZV „U..." mit Beschluss-Nummer: 16/09/12 am 25.09.2012 nachfolgende Satzung, zuletzt geändert durch die Satzung vom 6. April 2011, beschlossen:

10 **Artikel 1**
Änderungsinhalt

11

1. Nach § 2 Abs. 2 werden folgende Absätze eingefügt:

„(2a) Als Grundstück im Sinne dieser Satzung gilt - ohne Rücksicht auf die Grundbuchbezeichnung - jeder zusammenhängende Grundbesitz, der eine selbständige wirtschaftliche Einheit bildet.

(2b) Eine Wohneinheit sind (ist) nach außen abgeschlossene(r) Räume (Raum), welche(r) einen eigenen Eingang vom Freien, von einem Treppenraum, Flur o.ä. haben (hat),
unabhängig von ihrer/seiner) derzeitigen Ausstattung und dem Sinn und Grunde nach Wohnzwecken zu dienen bestimmt sind (ist)."

2. § 28 wird wie folgt ersetzt:

12 **„§ 28**
Grundgebühr für die Schmutzwasserentsorgung

13 (1) Für die Teilleistung Schmutzwasserentsorgung wird neben der Mengengebühr nach § 29 für baulich genutzte und an die öffentlichen Abwasseranlagen angeschlossene Grundstücke eine Grundgebühr erhoben.

14 (2) Die Grundgebühr beträgt für Grundstücke, deren Schmutzwasser in öffentliche Kanäle ein-

geleitet und durch ein öffentliches Klärwerk gereinigt wird, je Trinkwasseranschluss pro Monat 5,00 €. Soweit mehrere Wohneinheiten an einen Trinkwasseranschluss angeschlossen sind, fällt die Grundgebühr für jede Wohneinheit gesondert an.

15 (3) Die Grundgebühr beträgt für Grundstücke, deren Schmutzwasser in öffentliche Kanäle eingeleitet und nicht durch ein öffentliches Klärwerk gereinigt wird, je Trinkwasseranschluss pro Monat 3,50 €. Soweit mehrere Wohneinheiten an einen Trinkwasseranschluss angeschlossen sind, fällt die Grundgebühr für jede Wohneinheit gesondert an.

16 (4) Für öffentliche, gewerbliche und andere Grundstücke, in denen sich keine Wohneinheiten (WE) befinden oder für die eine gemischte Nutzung zu wohnlichen und anderen Zwecken vorliegt oder die teilweise eine nichtöffentliche Wasserversorgung nutzen, erfolgt die Umrechnung in Wohneinheiten nach Wohneinheitengleichwerten (WE-GW), wobei eine WE-GW einem Abwasseranfall pro Jahr von <= 100 m^3 entspricht. Pro nachgewiesener Wohneinheit (WE) werden bei gemischter Nutzung höchstens 100 m^3 in Ansatz gebracht. Der darüber hinaus festgestellte Verbrauch wird der gewerblichen Nutzung zugeschlagen und in Wohneinheitengleichwerte umgerechnet, es sei denn, der gewerbliche oder der private Verbrauch wird durch einen separaten Wasserzähler nachgewiesen. § 24 Abs. 1 Satz 2 gilt entsprechend.

17 (5) Für Grundstücke, die ausschließlich eine nichtöffentliche Wasserversorgung nutzen, fallen die Grundgebühren ebenfalls pro darauf befindlicher Wohneinheit bzw. Wohneinheitengleichwert an. Die Absätze 2 bis 4 gelten entsprechend."

18 **Artikel 2**
Inkrafttreten

19 Diese Satzung tritt rückwirkend zum 01. Januar 2009 in Kraft."

20 Die Antragstellerin rügte mit Schreiben vom 5. Dezember 2012 gegenüber dem Antragsgegner, dass die 2. Änderungssatzung fehlerhaft zustande gekommen sei. Sie machte geltend die Verletzung des Grundsatzes der Normenklarheit und Normenwahrheit, die Nichteinhaltung der Ladungsfrist, die nicht ordnungsgemäße Besetzung der Verbandsversammlung, die fehlende Ladung zumindest in Bezug auf den Vertreter P..., die fehlende Bekanntgabe der Beschlussvorlagen und Beschlussunterlagen, insbesondere der Gebührenkalkulation, die fehlerhafte und nicht fristgerechte öffentliche Bekanntgabe der Verbandsversammlung, die unzulässige Definition der Wohneinheit, die Unbestimmtheit der Gebührenregelung und einen Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot.

21 Am 21. Dezember 2012 hat die Antragstellerin einen Normenkontrollantrag gegen die 2. Änderungssatzung gestellt.

22 Die Antragstellerin macht folgende Mängel der 2. Änderungssatzung vom 25. September 2012 geltend:

23 1. Die Eingangsformel der 2. Änderungssatzung entspreche nicht dem Grundsatz der Normenklarheit und Normenwahrheit. Aus ihr gehe nicht hervor, was wann und aufgrund welcher Änderung nun eigentlich beschlossen worden sei. In der Überschrift der 2. Änderungssatzung werde von den im Bundesrecht geltenden Rechtsförmlichkeiten und der im Freistaat Sachsen geltenden VwV Normerlass abgewichen, wonach eine Datumsangabe in der Überschrift einer Rechtsnorm zwingend das Ausfertigungsdatum der veröffentlichten bzw. bekannt gemachten Rechtsnorm auszuweisen habe. Nach der Angabe „vom 18.03.2010" hätte das Ausfertigungsdatum der 2. Änderungssatzung eingesetzt werden müssen. Insofern sei bereits die Überschrift verwirrend. Diese Verwirrung setze sich in der Eingangsformel fort aufgrund des Halbsatzes

„zuletzt geändert durch die Satzung vom 6. April 2011". Es erschließe sich nicht, wie es möglich sei, dass eine angeblich in der Verbandsversammlung am 25. September 2012 beschlossene Satzung zuletzt am 6. April 2011 - also zeitlich davor - geändert worden sei.

24 2. Die Ladungsfrist für die Verbandsversammlung des Antragsgegners am 25. September 2012 sei bei keinem Verbandsrat eingehalten worden, was zur formellen Rechtswidrigkeit der 2. Änderungssatzung führe. Nach § 47Abs. 2, § 19 Abs. 2 SächsKomZG i. V. m. § 36 Abs. 3 Satz 1 SächsGemO berufe der Verbandsvorsitzende die Verbandsversammlung schriftlich mit angemessener Frist ein und teile rechtzeitig die Verhandlungsgegenstände mit. Die Einberufung müsse nach § 1 Abs. 1 Satz 2 der Geschäftsordnung der Verbandsversammlung des Antragsgegners den Mitgliedern der Verbandsversammlung mindestens sieben volle Tage vor dem Sitzungstag zugehen. Zwischen Zugang der Ladung und Sitzung müssten sieben mal 24 Stunden liegen, sodass die Ladung spätestens am 17. September 2012 bei den Vertretern der Verbandsversammlung hätte eingehen müssen. Dem Verbandsrat H... sei die Ladung jedoch erst am 18. September 2012 zugegangen. Sämtliche Ladungen seien erst am 17. September 2012 dem Postdienstleister übergeben worden.

25 3. Die Verbandsversammlung am 25. September 2012 sei nicht ordnungsgemäß besetzt gewesen. Dies werde vorsorglich gerügt. Nach § 6 Abs. 1 Verbandssatzung bestehe die Verbandsversammlung aus den drei Bürgermeistern sowie jeweils zwei weiteren Vertretern der Gemeinden. Es sei nicht erkennbar, wer für die Mitgliedsgemeinden tatsächlich als Vertreter in die Verbandsversammlung entsandt worden sei und wer als entsandter Gemeindevertreter und wer als Stellvertreter berufen worden sei.

26 4. Vorsorglich werde gerügt, dass keiner der an sich berufenen oder als Stellvertreter bestellten Verbandsräte ordnungsgemäß und vollständig geladen worden sei. Insbesondere fehle eine Ladung des Verbandsrates P... Dieser sei im Protokoll der Verbandsversammlung vom 25. September 2012 als entschuldigt aufgeführt. Auch werde Herr X... in dem Protokoll der Verbandsversammlung vom 30. August 2012 als Verbandsrat behandelt.

27 5. Ferner werde gerügt ein Verstoß gegen § 47Abs. 2, § 19 Abs. 1 SächsKomZG i. V. m. § 36 Abs. 3 Satz 1 SächsGemO. Es sei nicht erkennbar, dass der Ladung die Beschlussvorlage Nr. 16/09/12 mit dem genauen Satzungstext und die Gebührenkalkulation beigefügt gewesen seien.

28 6. Die 2. Änderungssatzung sei auch deshalb formell rechtswidrig, weil die Verbandsversammlung am 25. September 2012 nicht rechtzeitig öffentlich bekannt gemacht worden sei. Nach § 47Abs. 2, § 19 Abs. 1 SächsKomZG i. V. m. § 36 Abs. 4 SächsGemO seien Zeit, Ort und Tagesordnung der öffentlichen Sitzung der Verbandsversammlung rechtzeitig bekannt zu geben. Für die Rechtzeitigkeit gelte regelmäßig die Ladungsfrist für die Verbandsräte. Nach § 3 Satz 1 Geschäftsordnung seien Zeit, Ort und Tagesordnung der öffentlichen Sitzungen vom Verbandsvorsitzenden unter Einhaltung einer Frist von sieben Tagen bekannt zu geben. Durch die öffentliche Bekanntmachung der Verbandsversammlung im D... Anzeiger vom 18. September 2012 sei diese Frist nicht gewahrt.

29 7. Die Definition der Wohneinheit in dem durch Art. 1 Nr. 1 der 2. Änderungssatzung eingefügten § 2 Abs. 2b AbwS sei nicht hinreichend bestimmt und verstoße gegen das Äquivalenzprinzip. Es werde eine „unvorstellbar" große Zahl von Räumen zu grundgebührenpflichtigen Wohnräumen gemacht. Zu beanstanden sei, dass noch nicht einmal das Vorhandensein eines Trinkwasseranschlusses oder Abwasserabflusses Voraussetzung für das Vorliegen einer Wohneinheit sei. Eine Wohngemeinschaft stelle nunmehr eine Vielzahl von Wohneinheiten mit einer Vielzahl von Grundgebühren dar. Derartige Wohngemeinschaftsformen vielfach zu belasten, stehe außer Verhältnis zu den tatsächlich bestehenden fixen Vorhaltekosten. Ein Äquivalent zu den fixen

Vorhaltekosten in § 14 Abs. 1 Satz 3 SächsKAG sei nicht mehr gegeben. Mit dem Äquivalenzprinzip sei eine solche Ausdehnung des Begriffs der Wohneinheiten nicht vereinbar. Gleiches gelte für Hotel- und Pensionszimmer und für Altenpflegeheime. Es stelle einen Verstoß gegen das Äquivalenzprinzip dar, für jedes Zimmer eine Grundgebühr zu erheben, weil pro Bewohnerzimmer kein zusätzlicher Aufwand entstehe und auch keine zusätzliche Leistung des Antragsgegners erbracht werde.

30 8. Die in Art. 1 Nr. 2 der 2. Änderungssatzung beschlossene Neufassung des die Erhebung von Grundgebühren regelnden § 28 AbwS sei insgesamt unbestimmt. Dies gelte vor allem für § 28 Abs. 4 AbwS. Es sei unklar, unter welchen Voraussetzungen eine Umrechnung nach Wohneinheitengleichwerten erfolgen solle. Wenn öffentliche, gewerbliche und anders genutzte Grundstücke bereits unter die Grundgebührenregelung nach dem Maßstab des Trinkwasseranschlusses fielen, bestehe kein Raum für eine Umrechnung. Verstünde man § 28 Abs. 4 AbwS als lex specialis gegenüber den Absätzen 1 bis 3, erschließe sich nicht, wie bei einer gemischten Nutzung die Grundgebühren zu berechnen seien. Bei einer Umrechnung anhand der 100-cbm-Regel würden gemischte Objekte gegenüber rein wohngenutzten Objekten in gleichheitswidriger Art und Weise privilegiert. Zudem sei unklar, ob tatsächlich 100 cbm anzusetzen seien, weil in § 28 Abs. 4 AbwS von höchstens 100 cbm und weniger als 100 cbm gesprochen werde. Die Verwaltung habe insoweit offensichtlich Ermessensspielräume. Ferner sei unklar, wie bei Fallgestaltungen der teilweise nicht öffentlichen Wasserversorgung vorgegangen werde. Nach der Satzungsregelung in § 28 Abs. 4 AbwS sei nicht ausgeschlossen, dass ein Einfamilienhaus, welches Wasser zum Teil aus dem öffentlichen Trinkwasseranschluss und zum Teil aus einem eigenen Brunnen beziehe, mit zwei Grundgebühren belastet werde.

31 9. Die 2. Änderungssatzung verstoße gegen das Rückwirkungsverbot. Dieses greife dort Platz, wo nicht nur eine formal unwirksame Regelung nachträglich und rückwirkend durch eine wirksame ersetzt, sondern auch der Inhalt geändert werde. Wenn rückwirkend der Abgabenmaßstab verändert werde und es zu einer Nachveranlagung komme, könne der Bürger sich nicht auf die geänderten Voraussetzungen einstellen. Dies gelte insbesondere im Hinblick auf den deutlich verschärften Begriff der Wohneinheit bzw. Wohnung, an den die Grundgebührenerhebung anknüpfe.

32 Die Antragstellerin beantragt,

33 die in der Verbandsversammlung des Antragsgegners am 25. September 2012 beschlossene und in der Wochenendausgabe des D... Anzeigers vom 29./ 30. September öffentlich bekanntgemachte „2. Satzung zur Änderung der Satzung über die öffentliche Abwasserbeseitigung (Abwassersatzung - AbwS) vom 18.03.2010" für unwirksam zu erklären.

34 Der Antragsgegner beantragt,

35 den Antrag abzulehnen.

36 Der Antragsgegner hält die 2. Änderungssatzung für rechtmäßig.

37 1. Aus der Überschrift der 2. Änderungssatzung gehe eindeutig hervor, dass es sich um eine zweite Satzung zur Änderung der Satzung über die öffentliche Abwasserbeseitigung vom 18. März 2010 handle. Die zu ändernde Satzung müsse genau bezeichnet werden, was dadurch geschehen sei, dass der Tag der Ausfertigung dieser Abwassersatzung gekennzeichnet sei. Wann die Änderungssatzung ausgefertigt sei, ergebe sich ebenfalls aus der Veröffentlichung, nämlich am 26. September 2012.

38 Die 1. Satzung zur Änderung der Abwassersatzung vom 6. April 2011 beziehe sich in ihren Än-

derungsbestimmungen auf § 19 der Neufassung der Abwassersatzung vom 18. März 2010. Da es sich bei der 2. Satzung zur Änderung der Satzung über die öffentliche Abwasserbeseitigung vom 18. März 2010 um die zweite Änderung der Ausgangssatzung vom 18. März 2010 handle, habe in der Überschrift auch die vorgenannte erste Änderung, beschlossen in der Verbandsversammlung vom 6. April 2011, Erwähnung finden müssen. Dadurch könne eindeutig nachvollzogen werden, wann der „Vorgänger" der Satzungsänderung beschlossen worden sei.

39 2. Die Einladungen mit den Beschlussvorlagen für den Sitzungstermin am 25. September 2012 seien am 17. September 2012 der „Privaten Brieflogistik H..." übergeben und im Lauf des Vormittags des 18. September 2012 zugestellt worden. Sitzungsbeginn sei der 25. September 2012, 14.00 Uhr, gewesen, sodass die einwöchige Ladungsfrist gewahrt worden sei.

40 3. Die Bestellungsbeschlüsse für die weiteren Vertreter und deren Stellvertreter, welche die Mitglieder in der Verbandsversammlung des Antragsgegners repräsentierten, seien in den Stadtrats- bzw. Gemeinderatssitzungen der jeweiligen Mitgliedsgemeinden gefasst worden. Die Besetzung der Vertreter und ihrer Stellvertreter in den jeweiligen Stadträten und deren Wahl sei ordnungsgemäß verlaufen.

41 4. Der Verbandsrat P... habe vor der eigentlichen Ladung bereits mitgeteilt, dass er am 25. September 2012 verhindert sei, und um Übersendung der Einladung an seinen Stellvertreter gebeten. Der ordnungsgemäß bestellte und gewählte Stellvertreter sei B... gewesen. Die Einladung mit den Beschlussvorlagen sei am 17. September 2012 für Herrn B... ausgestellt worden. Der Ladung an die Verbandsräte B..., Z... und P... sei die Gebührenkalkulation beigefügt worden. Den Verbandsräten G..., X... und L... sei die Gebührenkalkulation in der Sitzung am 30. August 2012 ausgehändigt worden. Den Bürgermeistern der Mitgliedsgemeinden habe die Kalkulation bereits seit längerer Zeit vorgelegen.

42 5. Mit der Einladung seien alle Beschlussvorlagen komplett mit dem Satzungsentwurf versandt worden. Dem Zustellungsnachweis liege immer ein kompletter Dokumentensatz mit allen sitzungsrelevanten Unterlagen wie Protokoll der vorherigen Sitzung und Beschlussvorlagen mit Anhängen bei. Daher werde auf eine nochmalige Auflistung der einzelnen Dokumente in dem Exemplar „Kopie des Zustellnachweises" verzichtet.

43 6. Die Bekanntgabe der Verbandsversammlung sei am 18. September 2012 und damit sieben Tage vor der Sitzung erfolgt.

44 7. Die streitgegenständliche Definition der Wohneinheit sei hinreichend bestimmt und verstoße nicht gegen das Äquivalenzprinzip. Die Regelung in § 2 Abs. 2b AbwS erfasse nur Räume, die dem Sinn und dem Grunde nach Wohnzwecken zu dienen bestimmt seien. Dies könnten nur Räume sein, die eine Toilette und eine Kochgelegenheit hätten sowie über einen Wasser- und Abwasseranschluss verfügten. Räume, die diese Ausstattungsmerkmale niemals besessen hätten oder in denen diese Ausstattungsmerkmale so ausgebaut worden seien, dass sie nicht kurzfristig wieder eingebaut werden könnten, unterfielen nicht dem Wohnungsbegriff. Der Zusatz „unabhängig von ihrer/seiner derzeitigen Ausstattung" solle lediglich verhindern, dass sich der Gebührenschuldner durch eine kurzfristige und leicht wieder rückgängig zu machende Entfernung von Sanitärinstallationen der Zahlung der wohnungsbezogenen Grundgebühr entziehe. Zimmer in Wohngemeinschaften seien gerade keine Wohneinheiten i. S. v. § 2 Abs. 2b AbwS, weil sie nur einen gemeinsamen Eingang hätten. Dies sei der Haupteingang vom Treppenhaus. Bei Hotel- und Pensionszimmern und Altenpflegeheimen bestehe eine gewerbliche Nutzung, sodass § 28 Abs. 4 AbwS anwendbar sei. Die Definition des § 28 Abs. 4 AbwS sei gestuft anzuwenden. Zunächst sei zu prüfen, ob ein öffentliches oder gewerbliches Grundstück vorliege. Wenn dies nicht festzustellen sei, komme es für die anderen Grundstücke darauf an, ob sich dort Wohneinheiten i. S. v. § 2 Abs. 2 b AbwS befänden.

45 8. Es entstehe für alle Grundstücke eine Grundgebühr, soweit ein Trinkwasseranschluss vorhanden sei. Erst danach werde gefragt, ob eine öffentliche oder gewerbliche Nutzung vorliege. Dann sei § 28 Abs. 4 AbwS einschlägig. Diese Regelung sei nicht lex specialis zu § 28 Abs. 1 bis 3 AbwS. Die gesamten Vorschriften stünden gleichberechtigt nebeneinander. Bei gemischt genutzten Grundstücken seien Grundgebühren für die Wohneinheiten nach § 28 Abs. 2 AbwS zu zahlen. Danach sei ein Vergleich pro Wohneinheit bei gemischter Nutzung herbeizuführen. Für die gewerbliche Nutzung falle eine weitere Grundgebühr an, soweit der Abwasseranfall höher sei als 100 cbm pro Wohneinheit. Bei rein gewerblicher Nutzung sei der tatsächliche Abwasseranfall, der bei öffentlicher Wasserversorgung dem Trinkwasserverbrauch entspreche, durch 100 zu rechnen. Die dabei entstehenden Kommastellen würden zu Wohneinheitengleichwerten aufgerundet. Bei einem Einfamilienhaus mit teilweiser nichtöffentlicher Wasserversorgung sei wegen des vorhandenen Trinkwasseranschlusses eine Grundgebühr fällig. Eine weitere Grundgebühr nach § 28 Abs. 4 Satz 3 AbwS sei nicht anzusetzen, da der Verbrauch aus der nichtöffentlichen Wasserversorgung nach § 23 Abs. 2 AbwS mit einem Zähler festzustellen und dann eindeutig der Wohnnutzung zuzuordnen sei. Die Regelung habe lediglich den Sinn, dass bei teilweiser nichtöffentlicher Wasserversorgung und öffentlichen, gewerblichen oder gemischt genutzten Grundstücken oder solchen, auf denen sich überhaupt keine Wohneinheiten befänden, der Abwasseranfall nicht lediglich nach dem Verbrauch aus dem Trinkwasseranschluss für die Berechnung der Wohneinheitengleichwerte bemessen werde, sondern der auf die nicht öffentliche Wasserversorgung entfallende Abwasseranteil ebenfalls anhand des Zählers festzustellen und mit einzubeziehen sei. Hätte man dies nicht geregelt, wäre eine Ungleichbehandlung zu verzeichnen mit Grundstücken i. S. v. § 28 Abs. 5 AbwS, die ausschließlich eine nichtöffentliche Wasserversorgung nutzten.

46 9. Ein Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot liege nicht vor. Der Abgabenmaßstab werde inhaltlich nicht geändert. Es würden lediglich die Wohnnutzung definiert und die Wohneinheitengleichwerte erklärt und bestimmt.

47 Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Gerichtsakte und des beigezogenen Verwaltungsvorgangs des Antragsgegners verwiesen.

Entscheidungsgründe

48 Der Normenkontrollantrag ist zulässig und begründet.

I.

49 Die 2. Satzung zur Änderung der Satzung über die öffentliche Abwasserbeseitigung (Abwassersatzung - AbwS) vom 18.03.2010 des Antragsgegners vom 25. September 2012 ist bereits aus formellen Gründen rechtswidrig. Sie ist unter Verfahrensfehlern zustande gekommen.

50 1. Die Ladungsfrist für die Vertreter der Verbandsversammlung wurde nicht gewahrt. Nach § 47 Abs. 2 Satz 1, § 19 Abs. 1 Satz 2 SächsKomZG, § 36 Abs. 3 Satz 1 SächsGemO, auf die § 7 Abs. 2 der damals geltenden Verbandssatzung vom 24. Januar 2002 hinweist, ist die Verbandsversammlung schriftlich mit angemessener Frist einzuberufen; die Verhandlungsgegenstände sind rechtzeitig mitzuteilen. Nach § 7 Abs. 1 Satz 1 Verbandssatzung 2002 beträgt die Ladungsfrist mindestens eine Woche. Die Einladung ging den Bürgermeistern und Verbandsräten am 18. September 2012 und damit verspätet, zu. Der Antragsgegner übergab die Einladungen und Unterlagen am 17. September 2012 einem privaten Postdienstleister, der diese am Vormittag des 18. September 2012 zustellte.

51 Nach § 1 Satz 1 SächsVwVfZG i. V. m. § 31 Abs. 1 VwVfG, § 187Abs. 1 i. V. m. § 188 Abs. 2 Satz 1 BGB endet dann, wenn für den Anfang einer Frist ein Ereignis maßgeblich

ist, eine Wochenfrist mit Ablauf desjenigen Tages der letzten Woche, welcher durch seine Benennung dem Tag entspricht, in den das Ereignis fällt. Ereignis war hier die Zustellung der Einladungen. Folglich endete die Wochenfrist und damit die Ladungsfrist mit Ablauf des 25. September 2012. Die Verbandsversammlung hätte erst nach Ablauf dieser Frist - also frühestens am 26. September 2012 - stattfinden dürfen. Soweit der Senat in seinem Urteil von 4. Juli 2012 - 5 C 34/09 - eine Frist von sechs Tagen zwischen Zustellung und Sitzung als rechtzeitig erachtet hat (Rn. 111, für den Zeitraum zwischen 11. März 2010 und 18. März 2010), wird diese Rechtsprechung nicht länger aufrecht erhalten. Hinzukommt, dass nach § 1 Abs. 1 Satz 2 der Geschäftsordnung der Verbandsversammlung des Antragsgegners vom 7. Mai 2009 die Einberufung den Mitgliedern mindestens sieben volle Tage vor dem Sitzungstag zugehen muss. Zwischen der Zustellung der Einladung am 18. September 2012 und der Verbandsversammlung am 25. September 2012 liegen jedoch nur sechs volle Tage.

52 2. Die Verbandsversammlung am 25. September 2012 wurde zudem nicht rechtzeitig öffentlich bekannt gemacht. Nach § 47Abs. 2 Satz 1, § 19 Abs. 1 Satz 2 SächsKomZG, § 36 Abs. 4 Satz 1 SächsGemO sind Zeit, Ort und Tagesordnung der öffentlichen Sitzungen rechtzeitig ortsüblich bekanntzugeben. In § 3 Satz 1 der Geschäftsordnung des Antragsgegners ist eine Frist von sieben Tagen für die Bekanntmachung vorgeschrieben. Diese Frist ist nicht eingehalten, da die Bekanntmachung der Verbandsversammlung erst im D... Anzeiger vom 18. September 2012 und damit ebenfalls nur sechs Tage vor der Sitzung am 25. September 2012 erfolgte.

53 3. Weitere Verfahrensmängel dürften der 2. Änderungssatzung vom 25. September 2012 indes nicht zugrunde liegen.

54 a) Es bestehen keine Bedenken gegen die Besetzung der Verbandsversammlung am 25. September 2012. Bei drei Vertretern handelte es sich um die Bürgermeister der Stadt W..., der Stadt H... und der Gemeinde Z..., die nach § 1 der Verbandssatzung 2002 noch Verbandsmitglied war. Ferner waren drei Stadträte und ein Gemeinderat der damaligen Verbandsmitglieder anwesend. Diese wurden ordnungsgemäß von den Ratsversammlungen der Mitgliedsgemeinden gewählt, wie aus den vom Antragsgegner in der mündlichen Verhandlung vorgelegten Unterlagen hervorgeht.

55 b) Der Beschluss der Verbandsversammlung vom 25. September 2012 war nicht deshalb rechtswidrig, weil der Vertreter der Gemeinde Z... Herr X... nicht anwesend war. Der Antragsgegner hat zur Überzeugung des Senats dargelegt, dass Herr X... bereits im Vorfeld seine Verhinderung mitgeteilt hatte und darauf sein Vertreter Herr B... zu der Sitzung am 25. September 2012 eingeladen wurde.

56 c) Ein Verstoß gegen § 47Abs. 2 Satz 1, § 19 Abs. 1 Satz 2 SächsKomZG i. V. m. § 36 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 SächsGemO ist nicht ersichtlich. Danach sind der Einladung die für die Beratung erforderlichen Unterlagen beizufügen. Erforderlich sind diejenigen Unterlagen, die zur Vorbereitung der Gemeinde- bzw. Verbandsräte auf die bevorstehende Sitzung, zur Bildung einer (vorläufigen) Meinung und gegebenenfalls zur Vorberatung in den Fraktionen oder sonstigen Gruppierungen benötigt werden. Welche Unterlagen dies betrifft, lässt sich nicht allgemein, sondern nur nach der Art des jeweiligen Verhandlungsgegenstandes, insbesondere seiner Komplexität und Tragweite bestimmen. Bei den „für die Beratung erforderlichen Unterlagen" handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der einer vollständigen gerichtlichen Überprüfung unterliegt. Nach Sinn und Zweck des § 36 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 SächsGemO ist auf den Informationsbedarf eines verständigen Gemeinderats abzustellen, der sich im Rahmen seiner „uneigennützig und verantwortungsbewusst" (§ 19 Abs. 1 SächsGemO) auszuübenden ehrenamtlichen Tätigkeit jedenfalls in den

wichtigen Angelegenheiten der Gemeinde auf dem Laufenden hält (SächsOVG, Beschl. v. 28. Juli 2009 - 4 B 406/09 -, juris Rn. 28 f.). Der Antragsgegner hat dargelegt, dass die Beschlussvorlage und der Entwurf der Änderungssatzung den Einladungen beigefügt waren. Bei Beschluss einer Gebührensatzung ist grundsätzlich auch die Gebührenkalkulation zu übersenden (vgl. SächsOVG, Urt. v. 4. Juli 2012 - 5 C 34/09 -, juris Rn. 135; sowie zur Beitragssatzung Urt. v. 16. Mai 2007, KStZ 2008, 139/140). Bereits vorliegende Unterlagen müssen aber nicht erneut übersandt werden. Zu der Einladung und Tagesordnung muss aber auf die bereits übersandten Unterlagen hingewiesen werden (SächsOVG, Urt. v. 16. Mai 2007 a. a. O. S. 140). Inwieweit diese Grundsätze auch auf Änderungssatzungen, die den Gebührensatz nicht ändern, Anwendung finden, kann offen bleiben, weil hier die Kalkulation den Verbandsräten entweder übersandt oder auf die bereits übersandte Kalkulation hingewiesen worden ist. Den drei Bürgermeistern war bekannt, dass der 2. Änderungssatzung die Gebührenkalkulation für die Satzung vom 18. März 2010 zugrunde lag. Dies geht aus der Beschlussvorlage Nr. 16/09/12 hervor, in der mitgeteilt wird, dass eine Gebührenkalkulation für den Zeitraum 2008 bis 2012 an jene Verbandsmitglieder gesandt worden sei, die zum damaligen Zeitpunkt noch nicht Mitglied der Verbandsversammlung gewesen seien. Den Vertretern L... und G... wurde die Gebührenkalkulation zusätzlich - wie aus dem Protokoll hervorgeht - in der Verbandssitzung am 30. August 2012 übergeben und den Vertretern Z..., K..., P... und B... war sie mit der Einladung übermittelt worden; ein entsprechender Vermerk ist in der Behördenakte. In der Beschlussvorlage wurde darauf hingewiesen, dass die Regelung in § 28 der Abwassersatzung vom 18. März 2010 durch Urteil des Oberverwaltungsgerichts vom 4. Juli 2012 - 5 C 343/09 - wegen eines Bestimmtheitsmangels für unwirksam erklärt wurde, weil die Grundgebühren und ihre Art der Aufgliederung in Wohn- und Gewerbeeinheiten bzw. Mischung aus „WE und WEGW" nicht eindeutig genug definiert seien. Die Verbandsräte erhielten hierdurch Kenntnis vom Anlass für die Satzungsänderung und von dem insoweit bestehenden Bedarf an Neuregelungen. Der Übersendung einer Kopie des Urteils des Oberverwaltungsgerichts an die Verbandsräte bedurfte es nicht, weil dieses keine weiteren Feststellungen enthielt, die für die Entscheidung über die vorgeschlagenen Neuregelungen relevant sein konnten.

57 d) Es kann offen bleiben, ob es zulässig war, dass bei der Beschlussfassung am 25. September 2012 die sieben anwesenden Vertreter der Verbandsmitglieder ihre Stimme abgegeben haben und nicht nur die damaligen drei Verbandsmitglieder Stadt W..., Stadt H... und Gemeinde Z... Das Stimmrecht in § 52 Abs. 1 SächsKomZG kann nur einheitlich für ein Verbandsmitglied ausgeübt werden (SächsOVG, Urt. v. 17. Juni 2009 - 5 B 286/07 -, juris Rn. 96 ff.). Auch ist in § 6 Satz 3 der im Zeitpunkt der Beschlussfassung geltenden Verbandssatzung vom 24. Januar 2002 vorgesehen, dass jedes Verbandsmitglied eine Stimme hat. Da alle drei Verbandsmitglieder vertreten waren und alle Stimmen den Beschluss der 2. Änderungssatzung getragen haben, steht fest, dass alle drei Verbandsmitglieder für die 2. Änderungssatzung gestimmt haben. Im Übrigen hat die Antragstellerin die Stimmabgabe nicht gerügt, sodass ein möglicher Fehler nach § 47Abs. 2 Satz 1, § 19 Abs. 1 Satz 2 SächsKomZG i. V. m. § 4 Abs. 4 SächsGemO unbeachtlich wäre.

II.

58 In materieller Hinsicht begegnet die Rechtmäßigkeit der 2. Änderungssatzung keinen Bedenken.

59 1. Die 2. Änderungssatzung ist in ihrer Überschrift und ihrer Eingangsformel hinreichend bestimmt. Ihr Regelungsgegenstand wird hinreichend konkret bezeichnet.

60 a) Aus der Überschrift ist der Regelungsgegenstand deutlich erkennbar. Es handelt sich um die „2. Satzung zur Änderung der Satzung über die öffentliche Abwasserbeseitigung (Abwassersat-

zung - AbwS) vom 18.03.2010". Dem ist zweifelsfrei zu entnehmen, dass es um die Änderung einer bestehenden Satzung geht und diese Änderung die Abwassersatzung vom 18. März 2010 betrifft. Aus Gründen der Rechtsklarheit bedurfte es nicht zwingend der Angabe des Beschluss- oder Ausfertigungsdatums der Änderungssatzung in der Überschrift. Durch die Formulierung „2. Änderungssatzung" ist es möglich, diese von der 1. Änderungssatzung vom 6. April 2011 und ggf. von künftigen Änderungssatzungen zu unterscheiden. Soweit die Antragstellerin vorträgt, dass das Handbuch der Rechtsförmlichkeit des Bundesministeriums der Justiz und die Verwaltungsvorschrift der Sächsischen Staatsregierung über den Erlass von Rechtsnormen und Verwaltungsvorschriften (VwV Normerlass) vom 9. September 2004 (SächsABl. S. 1019), geändert durch VwV vom 14. März 2006 (SächsABl. S. 314), eine Aufnahme des Ausfertigungsdatums in die Überschrift vorsähen, gilt dieses Erfordernis nicht für kommunale Satzungen. Nach Nummer 1 Buchst. d VwV Normerlass findet diese nur auf Entwürfe von Rechtsverordnungen und Verwaltungsvorschriften nachgeordneter Behörden Anwendung; den der Aufsicht des Landes unterstehenden Körperschaften des öffentlichen Rechts wird lediglich eine entsprechende Anwendung empfohlen. Zudem würde ein Verstoß gegen eine lediglich intern wirkende Verwaltungsvorschrift grundsätzlich nicht zur Unwirksamkeit der Rechtsvorschrift führen.

61 b) Auch die Eingangsformel genügt noch den Bestimmtheitsanforderungen. Die Tatsache, dass und auf welcher gesetzlichen Grundlage die Verbandsversammlung eine Satzung beschlossen hat, ist aus dem Text der Eingangsformel ersichtlich. Er enthält die Aussage, dass am 25. September 2012 eine Satzung beschlossen wurde, deren Wortlaut im Folgenden wiedergegeben wird. Zwar ist die Formulierung, dass die Verbandsversammlung des Antragsgegners am 25. September 2012 nachfolgende Satzung, „zuletzt geändert durch die Satzung vom 6. April 2011", beschlossen hat, irreführend, weil sich die Änderung durch die Satzung vom 6. April 2011 auf die Abwassersatzung vom 18. März 2010 bezieht. Die Eingangsformel ist jedoch einer Auslegung zugänglich, dass der Zusatz „zuletzt geändert durch die Satzung vom 6. April 2011" auf die Abwassersatzung vom 18. März 2010 verweist. Ein solches Verständnis drängt sich schon deshalb auf, weil eine im Jahr 2012 beschlossene Satzung nicht bereits 2011 geändert worden sein kann.

62 2. Die durch Art. 1 Nr. 1 2. Änderungssatzung in die Abwassersatzung eingefügten Regelungen des § 2 Abs. 2a und 2b sind hinreichend bestimmt. Das Rechtsstaatsprinzip verlangt, dass Ermächtigungen zur Vornahme belastender Verwaltungsakte nach Inhalt, Gegenstand und Ausmaß hinreichend bestimmt und begrenzt sind, so dass die Eingriffe messbar und im gewissen Umfang für den Betroffenen voraussehbar und berechenbar sind (vgl. BVerfG, Beschl. v. 12. November 1958, BVerfGE 8, 274, 325). Auch Abgabensatzungen müssen dem Bestimmtheitsgebot entsprechen. Insbesondere der Abgabetatbestand, der Maßstab als Bemessungsgrundlage und der Abgabesatz müssen so bestimmt sein, dass das Entstehen und die Höhe der Abgabeschuld für den Abgabepflichtigen zumindest ansatzweise voraussehbar sind. Der Abgabeschuldner soll in die Lage versetzt werden, ohne spezielle Rechts- oder sonstige Kenntnisse aus der Satzung heraus zu erkennen, aus welchem Grunde und unter welchen Voraussetzungen er abgabepflichtig ist (SächsOVG, Urt. v. 7. März 2012 - 5 C 9/10 - Rn. 30 [= juris Rn. 93]; Urt. v. 4 Juli 2012 - 5 C 34/09 - Rn. 103 [= juris Rn. 126]).

63 Im Abgabenrecht hat das Bestimmtheitsgebot in erster Linie die Funktion, Vorschriften auszuschließen, die in Folge ihrer Unbestimmtheit dem Aufgabenträger die Möglichkeit einer rechtlich nicht hinreichend überprüfbaren willkürlichen Handhabung eröffnen. Dies setzt dem Erfordernis der Bestimmtheit im Abgabenrecht Grenzen und reduziert dieses Erfordernis auf die dem jeweiligen Sachzusammenhang angemessene Bestimmtheit. Ein Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot bei Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe liegt erst dann vor, wenn es wegen der Unbestimmtheit nicht mehr möglich ist, objektive Kriterien zu gewinnen, die eine willkürliche Handhabung durch den Aufgabenträger ausschließen (BVerwG, Beschl. v. 26. Oktober

1989, Buchholz 11 Art. 20 GG Nr. 113). Dies schließt es nicht aus, in der Abgabesatzung unbestimmte Rechtsbegriffe zu verwenden, die nach objektiven Kriterien auszulegen und im vollen Umfang gerichtlich nachprüfbar sind. Die Auslegungsbedürftigkeit einer Vorschrift als solche nimmt dieser nicht die rechtsstaatlich notwendige Bestimmtheit (BVerfG, Beschl. v. 14. März 1967, BVerfGE 21, 209, 215). Der Bestimmtheitsgrundsatz erfordert auch nicht, dass jeder Zweifel über das Auslegungsergebnis ausgeschlossen ist (OVG Schl.-H., Urt. v. 19. Mai 2010, KStZ 2010, 211 = juris Rn. 50). Es genügt den Anforderungen an die Bestimmtheit einer Satzungsvorschrift, wenn Auslegungsschwierigkeiten mit herkömmlichen juristischen Methoden bewältigt werden können (ThürOVG, Beschl. v. 12. Juli 2002, NVwZ-RR 2003, 229 = ThürVBl. 2003, 83 = juris Rn. 7; SächsOVG, Urt. v. 4. Juli 2012 - 5 C 34/09 - Rn. 104 [= juris Rn. 127]). Diesen Anforderungen genügen die durch die 2. Änderungssatzung in die Abwassersatzung eingefügten Regelungen des § 2 Abs. 2a und 2b.

64 a) Nach § 2 Abs. 2a AbwS gilt als Grundstück im Sinne der Satzung - ohne Rücksicht auf die Grundbuchbezeichnung - jeder zusammenhängende Grundbesitz, der eine selbständige wirtschaftliche Einheit bildet. Diese Regelung ist einer Auslegung zugänglich und nicht im Sinne einer generellen Abkehr vom Buchgrundstück als Anknüpfungspunkt für die Gebührenpflicht zu verstehen, sondern lässt eine Abweichung vom Buchgrundstück nur in bestimmten Fallkonstellationen zu, nämlich bei Vorhandensein einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit. Mit dem Begriff des Grundbesitzes ist das Eigentum an einem Grundstück gemeint; die Gebührenschuld wird dem Eigentümer des Grundstücks zugewiesen. Nach § 2 Abs. 2a AbwS ist grundsätzlich das Buchgrundstück maßgeblich, wenn es einer eigenständigen Nutzung unterliegt. Lediglich dann, wenn mehrere Buchgrundstücke wirtschaftlich als Einheit genutzt werden, zum Beispiel bei Überbauung, ist für diese gemeinsam eine einheitliche Gebühr festzusetzen.

65 b) Nach § 2 Abs. 2b AbwS gilt als Wohneinheit ein nach außen abgeschlossener Raum, welcher einen eigenen Eingang vom Freien, von einem Treppenraum, Flur o. ä. hat, unabhängig von seiner derzeitigen Ausstattung und dem Sinn und Grunde nach Wohnzwecken zu dienen bestimmt ist. Auch wenn die Formulierung ungeschickt ist, weil das Wort „und" vor „unabhängig" hätte gesetzt werden müssen, ist noch erkennbar, welche Anforderungen an eine Wohneinheit gestellt werden. Ein Raum ist eine Wohneinheit, wenn er nach außen abgeschlossen ist, über einen eigenständigen Zugang verfügt und Wohnzwecken dienen soll. Auf die von der Antragstellerin genannten Zimmer in Wohngemeinschaften und Altenpflegeheimen (sofern diese nicht als Appartement-Anlagen ausgestaltet sind) trifft dies schon deshalb nicht zu, weil sie regelmäßig über keinen eigenständigen Eingang, der sicher verschließbar ist, verfügen, sondern nur über den Gemeinschaftsflur durch Türen, die nicht sicher zu verschließen sind, erreichbar sind. Eine wohnungsinterne Diele und ein wohnungsinterner Flur vermitteln keinen eigenen Eingang i. S. v. § 2 Abs. 2b AbwS. Auch fallen Räume ohne Trink- und Abwasseranschluss nicht unter die Vorschrift, weil sie dem Sinn und Grunde nach nicht zum Wohnen bestimmt sind. Auf Zimmer in Hotels und Pensionen ist § 2 Abs. 2b AbwS nicht anwendbar, weil diese nicht dauerhaft zu Wohnzwecken bestimmt sind, sondern gewerblich genutzt werden. Betriebe des Beherbergungsgewerbes sind Gewerbebetriebe. Für das Baurecht ergibt sich dies z. B. aus §§ 3 Abs. 1 und 2 sowie Abs. 3 Nr. 1, 4 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 2 BauNVO. Im Abgabenrecht gilt nichts anderes. Für öffentliche, gewerbliche und gemischt genutzte Grundstücke ist der Begriff der Wohneinheit indes nicht maßgebend; es erfolgt gemäß § 28 Abs. 4 Satz 1 AbwS auf der Grundlage des Abwasseranfalls pro Jahr eine Umrechnung in Wohneinheiten nach Wohneinheitengleichwerten.

66 3. Die Regelung in dem durch Art. 1 Nr. 2 2. Änderungssatzung geänderten § 28 AbwS ist ebenfalls hinreichend bestimmt.

67 a) Die frühere Fassung des § 28 AbwS wurde durch Urteil des Senats vom 4. Juli 2012 -

5 C 34/09 - für unwirksam erklärt, weil der dort verwendete Begriff der Abgabestelle nicht hinreichend bestimmt war, der Begriff WEGW nicht erklärt wurde und nicht ersichtlich war, ob Anknüpfungspunkt für die Gebührenberechnung das Grundstück oder das auf ihm befindliche Gebäude oder Bauwerk war. Diese Fehler sind in der Neufassung des § 28 Abs. 4 AbwS nicht mehr enthalten. Die Abgabestelle ist nicht mehr maßgeblich und es wird bereits durch § 28 Abs. 1 deutlich, dass Anknüpfungspunkt das Grundstück ist. Der Begriff des Wohneinheitengleichwertes - WE-GW - wird in § 28 Abs. 4 Satz 1 näher definiert.

68 b) Die einzelnen Regelungen des § 28 AbwS sind teilweise kumulativ und zum Teil alternativ anzuwenden. Es ist jedoch ein Sinnzusammenhang erkennbar. Aus dem Zusammenwirken der Regelung in § 28 Abs. 2, Abs. 3 und Abs. 4 ergibt sich, dass grundsätzlich für jeden Trinkwasseranschluss eine Grundgebühr zu erheben ist. Mehrere Grundgebühren werden erhoben, wenn mehrere Wohneinheiten an einen Anschluss angeschlossen sind oder wenn bei einer gewerblichen oder gemischten Grundstücksnutzung Abwassermengen anfallen, die ihrem Umfang nach den Abwassermengen mehrerer Wohneinheiten entsprechen.

69 c) Die Regelung § 28 Abs. 4 und Abs. 5 AbwS i. d. F. der 2. Änderungssatzung genügt den Bestimmtheitsanforderungen in Bezug auf Grundstücke, welche die öffentliche Wasserversorgung vollumfänglich oder gar nicht nutzen.

70 Bei öffentlichen, gewerblichen und anderen Grundstücken, in denen sich keine Wohneinheiten befinden, bemisst sich die Grundgebühr nach dem Abwasseranfall. Der Abwasseranfall wird auf Grundgebühren umgerechnet, indem 100 cbm jeweils als eine Wohneinheit gelten. Es wird also für jede angefangene 100 cbm Abwasser eine Grundgebühr von 5,00 € bzw. 3,50 € erhoben. Die Abwassermenge ist für § 22 Abs. 1 AbwS, d. h. die Mengengebühr, in § 23 Abs. 1 AbwS definiert; sie entspricht bei öffentlicher Wasserversorgung dem Wasserverbrauch, ansonsten der entnommenen Wassermenge, jeweils zuzüglich des als Brauchwasser genutzten Niederschlagswassers. Diese Definition der Abwassermenge kann entsprechend zur Bestimmung der Begriffe „Abwasseranfall" in § 28 Abs. 4 Satz 2 sowie „Verbrauch" in Satz 3 der AbwS i. d. F. d. 2. Änderungssatzung herangezogen werden. § 28 Abs. 4 AbwS enthält keine Definition der Begriffe und eine Heranziehung der Definition in § 23 AbwS erscheint sachgerecht.

71 Bei Grundstücken, die zu gemischten Zwecken (Wohnen und andere Zwecke) genutzt werden, entsteht für die auf ihnen befindlichen Wohneinheiten eine Grundgebühr nach § 28 Abs. 2 oder Abs. 3 AbwS. Zur Berechnung einer Grundgebühr für die nicht Wohnzwecken dienende Grundstücksnutzung ist das auf dem Grundstück angefallene Abwasser zugrunde zu legen. Nach § 28 Abs. 4 Satz 2 AbwS werden hiervon für jede Wohneinheit höchstens 100 cbm in Ansatz gebracht. Die verbleibende Abwassermenge wird nach § 28 Abs. 4 Satz 3 AbwS der gewerblichen Nutzung zugeordnet und in Wohneinheitengleichwerte und damit nach Maßgabe von § 28 Abs. 4 Satz 2 AbwS in Wohneinheiten umgerechnet. Die in § 28 Abs. 4 Satz 2 AbwS enthaltene Formulierung „höchstens" ist so zu verstehen, dass dann, wenn die Abwassermenge weniger als 100 cbm beträgt, diese der Wohneinheit zugerechnet und keine zusätzliche Grundgebühr erhoben wird. Aus der Formulierung „in Ansatz gebracht" folgt, dass auch bei gemischt genutzten Grundstücken eine Grundgebühr für die Wohnnutzung (§ 28 Abs. 2 oder 3 AbwS) erhoben wird und - bei zusätzlichem Abwasseranfall - noch eine oder mehrere weitere Grundgebühr(en) nach § 28 Abs. 4 AbwS. Hiermit ist keine Privilegierung der Eigentümer gemischt genutzter Grundstücke verbunden, da für jede Wohneinheit und für die überschießende sonstige Nutzung eine oder mehrere Grundgebühr(en) erhoben werden.

72 Für Grundstücke, die ausschließlich eine nichtöffentliche Wasserversorgung nutzen, gelten nach § 28 Abs. 5 AbwS die Absätze 2 bis 4 entsprechend. Dies begegnet auch insoweit keinen Bedenken, wie in Absatz 4 auf die angefallene Abwassermenge abgestellt wird. Maßgeblich ist

auch hier der Trinkwasserbezug. Die Abwassermenge bemisst sich bei nichtöffentlicher Trink- und Brauchwasserversorgung entsprechend § 23 Abs. 1 Nr. 2 AbwS nach der entnommenen Wassermenge.

73 d) Die Vorschrift des § 28 Abs. 4 AbwS i. d. F. d. 2. Änderungssatzung ist auch im Hinblick auf diejenigen Grundstücke, die teilweise eine nichtöffentliche Wasserversorgung nutzen, hinreichend bestimmt.

74 Sie gilt für alle Grundstücke, die teilweise eine nichtöffentliche Wasserversorgung nutzen, nicht nur für öffentliche, gewerbliche, anderweitig genutzte oder gemischt genutzte Grundstücke dieser Gruppe. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des § 28 Abs. 4 AbwS („andere Grundstücke, in denen sich keine Wohneinheiten (WE) befinden … oder die teilweise eine nichtöffentliche Wasserversorgung nutzen"). Soweit für diese Grundstücke ausschließlich die angefallene Abwassermenge zu berücksichtigen ist, geht hiermit keine Privilegierung der teilweise die nichtöffentliche Wasserversorgung nutzenden Grundstücke einher. Der Abwasseranfall von 100 cbm entspricht nach dem Willen des Satzungsgebers typischerweise dem einer Wohneinheit. Entsprechend § 23 Abs. 1 Nr. 1 und 2 AbwS ist der Trinkwasserverbrauch aus dem öffentlichen Anschluss und der nichtöffentlichen Versorgung zuzüglich des als Brauchwasser genutzten Niederschlagswassers zu berücksichtigen.

75 4. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin bestehen keine Ermessensspielräume bei der Festsetzung der Grundgebühr. Auch verstößt es nicht gegen das Äquivalenzprinzip, dass § 28 Abs. 4 AbwS von einem Abwasseranfall von 100 cbm im Jahr pro Wohneinheit ausgeht. Dem Satzungsgeber steht es zu, insoweit Pauschalierungen vorzunehmen und eine Regelung zu wählen, die praktikabel ist (SächsOVG, Urt. v. 18. Dezember 2013 - 5 D 18/07 -, Rn. 370). Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass der Antragsgegner den Abwasseranfall in Wohneinheiten deutlich zu hoch eingeschätzt hat. Er hat sich vielmehr nach statistischen Angaben gerichtet, welche die Realität annähernd widerspiegeln. Der Antragsgegner hat in der mündlichen Verhandlung dargelegt, dass das Statistische Bundesamt von einem jährlichen Abwasseranfall von 46 cbm pro Person ausgeht. Es erscheint sachdienlich, sich an einem Wert zu orientieren, der einem Zweipersonenhaushalt entspricht. Nach den Angaben des Statistischen Landesamtes Sachsen betrug in Sachsen die durchschnittliche Haushaltsgröße im Jahr 2012 1,9 Personen je Haushalt (www.statistik.sachsen.de; Veröffentlichungen des Statistischen Landesamtes des Freistaates Sachsen 2014, Seite 4). Der Satzungsgeber kann deshalb pauschalierend von 100 cbm ausgehen.

76 5. Nach ständiger Rechtsprechung des Senats ist es zulässig, dass eine Abgabensatzung rückwirkend in Kraft tritt (zuletzt SächsOVG, Beschl. v. 13. Februar 2013 - 5 B 320/12 -, juris Rn. 12). Der Gebührenmaßstab ist durch die 2. Änderungssatzung auch nicht rückwirkend grundlegend geändert worden, weil der Begriff der Wohneinheit in § 2 Abs. 2b AbwS nicht auf einzelne Räume erweitert wurde. Eine unzulässige Mehrbelastung der Abgabenpflichtigen ist somit mit der 2. Änderungssatzung nicht verbunden.

III.

77 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO.

78 Die Revision ist nicht zuzulassen, weil keiner der in § 132 Abs. 2 VwGO genannten Gründe vorliegt.

79 **Beschluss vom 14. August 2014**

80 Der Streitwert wird für das Normenkontrollverfahren auf **72.000.000,- €** festgesetzt.

81 Gründe

82 Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf § 52 Abs. 1 GKG i. V. m. Nr. 3.1 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2013. Es ist der dreifache Jahresbetrag der von der Antragstellerin zu zahlenden Abwassergrundgebühren zugrunde zu legen.

83 Der Beschluss ist unanfechtbar (§ 68Abs. 1 Satz 5 i. V. m. § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).

Gericht: Oberverwaltungsgericht des Landes Sachsen-Anhalt 3. Senat
Entscheidungsdatum: 14.10.2013
Aktenzeichen: 3 M 229/13
ECLI: ECLI:DE:OVGST:2013:1014.3M229.13.0A
Dokumenttyp: Beschluss

Quelle:

Normen: § 2 Abs 1 HundVerbrEinfG, § 3 Abs 2 GefHuG ST, § 45 Nr 1 SOG ST
Zitiervorschlag: Oberverwaltungsgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 14. Oktober 2013 – 3 M 229/13 –, juris

Sicherstellung und Verwahrung von gefährlichen Hunden

Leitsatz

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.(Rn.5)

Fundstellen

NVwZ-RR 2014, 139-141 (Leitsatz und Gründe)

Verfahrensgang

vorgehend VG Magdeburg, 7. Juni 2013, 1 B 116/13, Beschluss

Gründe

1 Die Beschwerde hat nur in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg.

2 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 276096900347212 und 276098102896107 betroffen sind.

3 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.

4 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.

5 Hinsichtlich des Hundes mit der Transpondernummer 939000010111355 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.

6 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 Fédération Cynologique Internationale (FCI) mit Sitz in Thuin/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.fci.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.wikipedia.org/wiki/Hunderasse).

7 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."

8 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.fci.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.

9 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.

10 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).

11 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.

12 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.

13 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 Ge-

wichts wird je nach Geschlecht des Hundes eine Spanne von 13,5 bis 27 kg angegeben. (vgl. de.wikipedia.org/wiki/American_Pit_Bull_Terrier). 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.

14 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.

15 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.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMV14-2232.pdf). Auch in der o. g. Dissertation von Steinfeldt 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.

16 Gemessen an den vorgenannten Maßstäben erfüllt der Hund mit der Transpondernummer 939000010111355, 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.

17 Entgegen der Auffassung der Antragstellerin ist die Sicherstellung des Hundes mit der Transpondernummer 939000010111355 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.

18 Die Kostenentscheidung beruht auf § 155 Abs. 1 Satz 1 VwGO. Der Streitwertfestsetzung für das Beschwerdeverfahren folgt der erstinstanzlichen Wertfestsetzung.

19 Dieser Beschluss ist unanfechtbar, § 152 Abs. 1 VwGO; §§ 68Abs. 1 Satz 5, 66 Abs. 3 Satz 3 GKG.

Gericht:	VG Bremen 6. Kammer
Entscheidungsdatum:	17.09.2013
Aktenzeichen:	6 K 1448/11
ECLI:	ECLI:DE:VGHB:2013:0917.6K1448.11.0A
Dokumenttyp:	Urteil
Quelle:	juris
Normen:	§ 17 Abs 2 HSchulG BR, § 17a Abs 1 aF HSchulG BR, § 25 Abs 1 HSchulG BR, § 64b HSchulG BR, Art 5 Abs 3 GG... mehr
Zitiervorschlag:	VG Bremen, Urteil vom 17. September 2013 – 6 K 1448/11 –, juris

Unwürdigkeit zum Führen des Titels Professor nach strafrechtlicher Verurteilung

Leitsatz

Zu der Frage, wann ein wegen mehrfachen Betrugs verurteilter Straftäter unwürdig ist, die akademische Bezeichnung Professor weiter zu führen.(Rn.44)

Orientierungssatz

1. Eine Gesetzesüberschrift ist auch Teil des Gesetzesinhalts und bei der Auslegung zu berücksichtigen.(Rn.24)

2. Die rechtskräftigen Feststellungen aus einem Strafurteil können bei der Beurteilung zum Führen einer Hochschultätigkeitsbezeichnung zugrunde gelegt werden, es sei denn, es bestehen gewichtige Anhaltspunkte für deren Unrichtigkeit.(Rn.37)

3. Die neuere verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung verlangt für die Titelentziehung einen Wissenschaftsbezug (Vergleiche: BVerwG, Urteil vom 31. Juli 2013, 6 C 9/12).(Rn.43)

4. Der Begriff der Unwürdigkeit ist verwaltungsgerichtlich in vollem Umfang überprüfbar.(Rn.39)

Diese Entscheidung zitiert

Rechtsprechung

Vergleiche BVerwG 6. Senat, 31. Juli 2013, 6 C 9/12

Tenor

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Verfahrens trägt der Kläger.

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

Tatbestand

1 Der Kläger richtet sich gegen das Verbot der Führung eines Professorentitels.

2 Der Kläger promovierte nach seinem Studium der Physik im Jahr 1979 zum Doktor der Naturwissenschaften (Dr. rer. nat.). Im Anschluss war er einige Jahre in der wissenschaftlichen Lehre tätig, bevor er 1988 zum Doktor der technischen Wissenschaften (Dr. sc. Techn.) im Bereich der Fertigungstechnik promovierte und habilitierte. Nach der deutschen Wiedervereinigung arbeitete er von 1991 an zunächst im im Bereich der Fertigungstechnik. Vom 01.10.1993 bis zum 31.08.1995 hatte er eine Vertretungsprofessur für Werkstoff- und Schweißtechnik an der Hochschule Bremen inne. Vom 01.09.1995 bis 31.12.1996 beschäftigte ihn die Hochschule Bremen als wissenschaftlichen Mitarbeiter zur Abwicklung von drittmittelfinanzierten Projekten weiter. Im Jahr 1996 bewarb er sich erfolglos um eine reguläre Professur für Werkstofftechnik im Fachbereich Maschinenbau der Hochschule.

3 Der Fachbereich Schiffbau und Meerestechnik der Hochschule Bremen beantragte im Juli 1996, den Kläger zur Ernennung als Professor vorzuschlagen auf Grundlage des § 17a des Bremischen Hochschulgesetzes (BremHG) in der Fassung vom 20.12.1988 – Brem.GBl. 1989 S. 25 – (a.F.), wonach einem an einer Hochschule Lehrenden, dessen Tätigkeiten ihrer Art nach die Einstellungsvoraussetzungen eines hauptamtlichen Professors erforderten, die Bezeichnung „Professor" verliehen werden konnte, wenn er sich durch hervorragende wissenschaftliche Leistungen oder in der Lehre ausgezeichnet hatte. Der Akademische Senat stimmte diesem Vorschlag im August 1996 zu. Am 19.03.1997 verlieh die Freie Hansestadt Bremen, Senator für Bildung, Wissenschaft, Kunst und Sport, auf Vorschlag des Rektors der Hochschule Bremen dem Kläger die akademische Bezeichnung „Professor" nach § 17a Abs. 1 Satz 2 BremHG a.F.

4 Der Kläger wurde im Anschluss nicht mehr in der Lehre für die Hochschule Bremen tätig, nach Auskunft der Hochschule arbeitete er jedoch an einigen Projekten mit. Er gründete zudem das hochschulunabhängige Institut . Ab 1999 arbeitete er als Angestellter für die Firma . Dieses Arbeitsverhältnis wurde im März 2002 seitens seines Arbeitgebers fristlos gekündigt. Dem Kläger wurde unter anderem vorgeworfen, in einer Vielzahl von Fällen Beteiligungen an Patenten über sein Ingenieurbüro erworben zu haben, die zuvor seinem Arbeitgeber angeboten worden waren. Obwohl er die Rechte an diesen Patenten gehalten habe, habe er veranlasst, dass die weiteren Marketing- und Entwicklungskosten durch seinen Arbeitgeber getragen worden seien.

5 Der Kläger verzog im Anschluss nach (Nordrhein-Westfalen) und machte sich dort mit der Firma selbstständig. Unternehmensziel war die Entwicklung und Vermarktung verschiedener Erfindungen, wobei er in großem Umfang Patentrecherchen tätigte und Patentanmeldungen vornahm. Der Kläger nahm insgesamt 127 Patent- und Gebrauchsmusteranmeldungen vor. Zu einer Patenterteilung kam es jedoch nur in einem Fall. Die am 22.04.2004 im Handelsregister beim Amtsgericht Steinfurt eingetragene Einzelfirma wurde am 25.10.2005 von Amts wegen gelöscht.

6 Das Amtsgericht A-Stadt erließ am 29.08.2006 Haftbefehl gegen den Kläger, der sich jedoch zunächst nicht vollstrecken ließ, weil sich der Kläger seit Juni 2006 geschäftlich in Dubai aufgehalten hatte. Am 21.02.2008 wurde der Kläger in die Bundesrepublik Deutschland ausgeliefert und befand sich seitdem bis zum 19.09.2008 in Untersuchungshaft in der Justizvollzugsanstalt Münster.

7 Das Landgericht Münster (8 KLs 71 Js 6/04 (6/08)) verurteilte den Kläger am 19.09.2008 wegen Betrugs in 9 Fällen und wegen versuchter Nötigung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 3 Jahren und 6 Monaten. Nach den Feststellungen der Strafkammer waren die Aktivitäten des Klägers auf dem Gebiet der Entwicklung und Vermarktung von Erfindungen letztlich nicht erfolgreich, weswegen er zunehmend in wirtschaftliche Schwierigkeiten geriet. Der Kläger besaß einerseits ein repräsentatives Haus mit großer Gartenanlage und einen hochwertigen Mercedes S-Klasse, die er zu unterhalten und zu bezahlen hatte, andererseits verfügte er über kein re-

gelmäßiges Einkommen, so dass der Lebensunterhalt nur durch das Einkommen seiner Ehefrau als Krankenschwester bestritten wurde. Der Kläger veranlasste daher in der Zeit zwischen April 2002 und November 2003 eine Vielzahl der mit ihm in Kontakt getretenen Interessenten dazu, Verträge über den Erwerb von Lizenz- bzw. Gewinnanteilen an ihm angeblich zustehenden Patenten abzuschließen, obwohl er für die fraglichen Erfindungen keine Patente hatte. Er hatte lediglich beim Deutschen Patent- und Markenamt eine Vielzahl von Anträgen auf Erteilung eines Patentes eingereicht, um die amtliche Anmeldebestätigung mit der Registrierungsnummer des Patentamtes zu erlangen, die ihm dazu diente, gegenüber den Geschädigten ein amtliches Dokument über angeblich existierende Patente vorweisen zu können. Zu den Patenteintragungen kam es dabei in keinem Fall. Die Patentanmeldungen galten vielmehr nach einer gewissen Zeit gemäß § 6 Abs. 2 PatentkostenG als zurückgenommen, weil der Kläger die Anmeldegebühren oder Jahresgebühren nicht bezahlte. Dabei beabsichtigte der Kläger von vornherein, den Vertragspartnern, denen er vorspiegelte, Patentinhaber zu sein, keinen Gegenwert für die von ihnen geleisteten Zahlungen zukommen zu lassen. Auf diese Weise erlangte der Kläger insgesamt 158.000 €, ohne den Geschädigten dafür eine Gegenleistung zu gewähren. Bei den Geschädigten handelte es sich um Geschäftspartner und Bekannte des Klägers, die im Vertrauen auf die Richtigkeit seiner Angaben und teilweise auch in Unkenntnis des Ablaufs eines Patentverfahrens keine weiteren Nachforschungen dazu anstellten, ob die vorgeblichen Patente tatsächlich existierten. Der Kläger wurde in jedem einzelnen Fall zivilrechtlich zur Rückzahlung der gewährten Beträge verurteilt, aufgrund seiner Vermögensverhältnisse ließ sich jedoch nur ein kleiner Teil der Forderungen realisieren.

8 Außerdem ließ sich der Kläger in der Zeit von September 2004 bis August 2005 von anderen Geschädigten Darlehen für die Durchführung von Projekten im Zusammenhang mit seiner angeblichen geschäftlichen Tätigkeit gewähren, wobei er die Darlehenssummen für seinen Lebensunterhalt verwendete. Außerdem schloss er in zwei weiteren Fällen einen Arbeits- bzw. Werkvertrag ab, aufgrund dessen die Geschädigten für ihn tätig wurden. In allen Fällen blieb der Kläger die vereinbarte Rückzahlung bzw. Gegenleistung schuldig, wobei er dies von Anfang an zumindest für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen hatte. Auf diese Weise entstand den Geschädigten ein Schaden in Höhe von insgesamt über 42.000 €.

9 Die gegen das Urteil eingelegte Revision (4 StR 121/09) blieb ohne Erfolg, so dass das Urteil am 13.05.2009 rechtskräftig wurde. Der Kläger musste im Anschluss seine Restfreiheitsstrafe absitzen und wurde am 28.01.2011 zum 2/3-Termin aus der Haft entlassen.

10 Mit Schreiben vom 11.08.2009 und vom 09.02.2011 hörte die Beklagte den Kläger zu der Absicht an, ihm wegen der erfolgten Verurteilung auf der Grundlage des § 64 b Satz 11 BremHG zukünftig die weitere Führung der akademischen Bezeichnung „Professor" zu untersagen.

11 Der Kläger nahm mit Schreiben vom 21.09.2009, vom 31.08.2011 und vom 19.09.2011 Stellung. Die strafrechtliche Verurteilung werde nicht in Abrede gestellt und auch nicht verharmlost oder bagatellisiert. Sie sei jedoch auf Defizite der Verteidigung des Klägers zurückzuführen. Die Strafkammer habe verkannt, dass die Verwertung von Erfindungen nicht erst nach der Erteilung der angemeldeten Patente erfolgen könne, sondern dass hierfür die Patentanmeldung genüge. Im Vertrauen darauf habe er die jeweiligen durch die Patentanmeldung vermittelten Rechte veräußert. Dies sei durch seine Verteidigung nicht hinreichend deutlich gemacht worden. Er habe zu sehr auf Andere vertraut und seine Verträge seien nur oberflächlich verfasst gewesen. Außerdem stehe der beabsichtigten Maßnahme entgegen, dass der Kläger sich z.B. durch seinen Auftritt auf großen Industrieausstellungen um die Hochschule Bremen verdient gemacht habe. Er habe zudem Sonderkolloquien organisiert und auch gesponsert und zwei Erfindertreffen in Bremen organisiert. Zu berücksichtigen sei auch, dass der Kläger alles Vermögen verloren habe und sein Wohnhaus gegenwärtig zwangsversteigert werde. Gegen ihn be-

ständen überdies beträchtliche titulierte Zahlungsforderungen. Er bedauere die Vorfälle, das werde niemals wieder passieren. In rechtlicher Hinsicht sei zu berücksichtigen, dass sich § 64 b Satz 11 BremBG nur auf die Aberkennung ausländischer Grade beziehe, was sich schon aus der Überschrift „Führung von ausländischen Graden" der Norm ergebe. Der Kläger sei zudem schwerbeschädigt, so dass vor der Maßnahme das Integrationsamt zu beteiligen sei.

12 Auf seine Bitte hin ermöglichte die Senatorin für Bildung, Wissenschaft und Gesundheit dem Kläger am 06.09.2011, in einem persönlichen Gespräch zu der beabsichtigten Maßnahme Stellung zu nehmen. Ausweislich des über das Gespräch erstellten Ergebnisvermerks wurde während der Anhörung die Anwendbarkeit des § 64 b Satz 11 BremHG erörtert. Der Kläger machte ergänzend zu seinem bisherigen Vorbringen geltend, er habe noch im Juli 2004 einen Vertrag über die Entwicklung einer Entsalzungsanlage mit Herrn über 1,2 Millionen Euro geschlossen. Herr sei seinen Zahlungsverpflichtungen jedoch nicht nachgekommen. Der Kläger habe sich im Vertrauen auf diesen Vertrag Gelder von Dritten geliehen, die er dann nicht zurückzahlen habe können, da Herr seinerzeit die vereinbarten Zahlungen fällig geblieben sei. Er habe jedoch niemanden schädigen wollen. Gegen Herrn sei er nicht vorgegangen, weil ihm dazu das Geld gefehlt habe. Außerdem wolle er das alles vergessen. Auf den Vorhalt, er habe eine ganze Reihe von Patentanmeldungen gestellt, es sei dann aber nicht zur Eintragung gekommen, gab der Kläger an, er habe häufig vergessen, die Gebühren zu bezahlen. Als Erfinder habe er keinen Überblick und Sinn für derartige Formalien gehabt. Des Weiteren verwies der Kläger erneut auf seine Verdienste für die Hochschule Bremen und den Wissenschaftsstandort Bremen. So habe er den Studiengang Bionik an der Hochschule Bremen mit eingerichtet und Industrieprojekte aquiriert. Der Kläger stehe auch weiterhin im Kontakt zu der Hochschule und wolle die Ausbildung in Bremen finanziell unterstützen. Auch wolle er der Hochschule Bremen Vorlesungsangebote unterbreiten und den Studierenden Hilfe und Praktikumsplätze im Ausland anbieten. Er wolle mit der Hochschule auch zusammenarbeiten, z.B. im Bereich der alternativen Energien und beim Recycling von Hausmüll.

13 Durch Bescheid vom 20.08.2011, zugestellt am 28.09.2011, untersagte die Senatorin für Bildung, Wissenschaft und Gesundheit dem Kläger gemäß § 64 b Satz 11 BremHG mit sofortiger Wirkung, die akademische Bezeichnung „Professor" (den Professorentitel) weiterhin zu führen. Zur Begründung führte die senatorische Behörde aus, dass der Anwendungsbereich des § 64 b Satz 11 BremHG nicht nur auf ausländische Grade beschränkt sei, sondern sich seinem eindeutigen Wortlaut und der Systematik des Gesetzes nach auch auf im Inland erworbene Hochschulgrade, Hochschultätigkeitsbezeichnungen und Hochschultitel beziehe. Etwas anderes folge nicht daraus, dass sich die Überschrift der Norm nur auf ausländische Grade beziehe. Es gelte der Grundsatz "rubrica legis non est lex". Der Tatbestand der Norm liege im Übrigen vor. Der Kläger sei rechtskräftig wegen einer Straftat verurteilt worden, die ihn der Führung des Professorentitels unwürdig erscheinen lasse. Aufgrund der Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten besitze der Kläger nicht mehr das Ansehen und Vertrauen, das für die Führung eines Titels unabdingbar sei. Die Behörde sei dabei an die tatsächlichen Feststellungen und die strafgerichtliche Beurteilung der Tat gebunden. Die strafrechtlich geahndeten Taten seien von erheblichem Gewicht. Bereits eine strafrechtliche Verurteilung in einem deutlich geringeren Ausmaß führe bei einem Beamten zur Entlassung aus dem Beamtenverhältnis. Aufgrund der Schwere der Taten und des Umstandes, dass der Kläger das Vertrauen seiner Geschäftspartner in seine Person und in seine Eigenschaft als Forscher, Erfinder und Inhaber eines Professorentitels in erheblichem Maße ausgenutzt habe, sei zweifelsfrei festzustellen, dass sich der Kläger als unwürdig erwiesen habe. Der Schutz der Allgemeinheit und der Wissenschaftsgemeinschaft und das Vertrauen in akademische Titel und Titelträger sei dabei höher zu bemessen als sein Interesse an der weiteren Führung des Professorentitels. Zu berücksichtigen sei auch, dass er nach geltendem Recht nach Verlassen der Hochschule den Pro-

fessorentitel nicht mehr tragen dürfte. Dies folge heute aus § 17 Abs. 2 BremHG. Zu berücksichtigen seien weiterhin seine Verdienste um die Wissenschaft, die als Abwägungsbelang in die Ermessensentscheidung aufgenommen würden. Diese seien jedoch nicht von solch herausragender Art und Güte, von solch einem Umfang oder so außergewöhnlich, dass demgegenüber das unwürdige Verhalten, welches durch die strafrechtliche Verurteilung bestätigt worden sei, in den Hintergrund treten würde. Es sei auch nicht belegt, dass der Kläger möglicherweise selbst von einer dritten Person getäuscht und dadurch in die Straftaten gedrängt worden sei. Dieses Vorbringen sei im Übrigen nicht dazu geeignet, die Unwürdigkeit im Sinne des § 64 b BremHG in einem anderen Licht erscheinen zu lassen. Das gleiche gelte für das Streben des Klägers, seine Tätigkeit als Forscher im Land Bremen und seine Kontakte zur Hochschule Bremen wieder aufzunehmen. Das bestätige nur, dass es auch für die Zukunft wichtig sei, das Vertrauen und das Ansehen der Professorenschaft in der Öffentlichkeit, bei der Allgemeinheit und der „science community" zu schützen. Das Integrationsamt sei erkennbar unzuständig, denn es gehe um keine Entscheidung aus dem Arbeits- und Sozialrecht; die Untersagung der Führung eines Professorentitels falle nicht in die Zuständigkeit des Integrationsamtes.

14 Der Kläger hat am 30.09.2011 Klage erhoben und zur Begründung auf seine Ausführungen im Verwaltungsverfahren verwiesen.

15 Er beantragt,

16 den Bescheid der Senatorin für Bildung und Wissenschaft vom 20.08.2011 aufzuheben.

17 Die Beklagte beantragt,

18 die Klage abzuweisen.

19 Sie verweist auf den ergangenen Bescheid.

20 Das Gericht hat die Akten des Strafverfahrens 8 KLs 71 Js 6/04 (6/08) von der Staatsanwaltschaft Münster beigezogen. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakten und der beigezogenen Verwaltungsvorgänge der Beklagten verwiesen.

Entscheidungsgründe

21 Die ohne vorherige Durchführung eines Vorverfahrens gemäß § 68 Abs. 1 Satz 1 VwGO, Art. 8 Abs. 2 Satz 1 BremAGVwGO zulässige Anfechtungsklage ist unbegründet.

22 Die Untersagung des Führens des Professorentitels durch Bescheid vom 20.08.2013 ist nicht rechtswidrig und verletzt den Kläger nicht in eigenen Rechten, § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO.

23 **I.** Die Beklagte konnte das Titelführungsverbot auf § 64 b Satz 11, 2. Alt. BremHG stützen, weil die Vorschrift auch auf inländische, genauer: Auf an einer Hochschule im Land Bremen erworbene Hochschulgrade, Hochschultätigkeitsbezeichnungen und Hochschultitel Anwendung findet.

24 Dem steht nicht entgegen, dass sich die amtliche Überschrift des § 64 b BremHG ausdrücklich nur auf das Führen von ausländischen Graden bezieht. Amtliche Überschriften dienen in erster Linie der Übersichtlichkeit des Gesetzes. Sie sollen dem Leser des Gesetzestextes eine rasche und sachgerechte Information über den Inhalt der jeweiligen Vorschrift bieten. Ihnen kommt jedoch ein darüber hinausgehender Bedeutungsinhalt zu: Sie sind auch Teil des Gesetzesinhalts. Wie der eigentliche Wortlaut der Vorschrift, sind auch sie bei der Auslegung eines Gesetzes zu berücksichtigen (vgl. Stieper, GRUR 2003, 398 (399 f.); Handbuch der Rechtsförmlichkeiten , 3. Aufl. (2008), Rn. 372). Allerdings stellt die Auslegung der Gesetzesüberschrift nur

eine und auch keine vorrangig zu berücksichtigende Auslegungsmethode dar. Da sich der Norm im Übrigen durch Auslegung hinreichend deutlich und ohne den Verbleib ernstlicher Zweifel entnehmen lässt, dass sich § 64 b Satz 11, 2. Alt. BremHG auch auf inländische Titelträger beziehen muss, steht die abweichende Gesetzesüberschrift der Anwendbarkeit der Norm nicht entgegen. Die amtliche Überschrift ist als den Norminhalt nicht abschließend erfassend zu betrachten.

25 Für dieses Verständnis der Norm streitet zunächst, dass der Wortlaut des § 64 b Satz 11, 2. Alt. BremHG nicht nur auf ausländische Hochschulgrade beschränkt ist. Die Vorschrift spricht vielmehr allgemein von Hochschulgraden, Hochschultätigkeitsbezeichnungen und Hochschultiteln. Damit unterscheidet sie sich von § 64 b Sätze 1, 3, 5 und 9 BremHG. Dort ist bereits der Gesetzesformulierung zweifelsfrei zu entnehmen, dass sich der Regelungsgehalt der Vorschrift nur auf bestimmte, im Ausland erworbene Hochschulgrade und –titel beziehen soll („Ausländische Hochschulgrade…"; „Grade, Bezeichnungen und Titel aus Staaten, mit denen die Bundesrepublik Deutschland ein Abkommen … geschlossen hat"; „Grade, Bezeichnungen und Titel aus Mitgliedstaaten der Europäischen Union…"). Bei unbefangenem Lesen der Vorschrift ohne Berücksichtigung der amtlichen Überschrift lässt sich der Wortlaut daher zwanglos mit der Ansicht der Beklagten vereinbaren, dass sich § 64 b Satz 11, 2. Alt. BremHG auch auf im Lande Bremen erworbene Hochschulgrade, -titel und -bezeichnungen erstreckt. Dieses Ergebnis wird durch die Gesetzeshistorie und die Gesetzesbegründung gestützt. § 64 b Satz 11 BremHG war in der ursprünglichen Fassung des § 64 b BremHG vom 09.05.2007 (Brem.GBl. S. 339) nicht enthalten und wurde erst durch das Zweite Hochschulreformgesetz vom 16.03.2010 (Brem.GBl. S. 375) in die Normstruktur eingefügt. Das gleiche gilt für den Satz 13, dessen Wortlaut ebenfalls nicht zwischen im Inland und im Ausland erworbenen Titeln differenziert. Das legt die Vermutung nahe, dass bei der Neufassung des Gesetzes schlicht übersehen worden ist, dass die Gesetzesüberschrift den Anwendungsbereich des § 64 b Satz 11, 2. Alt. BremHG nicht umfasst. So heißt es auch in der Gesetzesbegründung: „Gleich [zu dem Verbot der Titelführung in den Fällen der Sätze 1 bis 9 – Anm. des Gerichts] zu behandeln sind Fälle, in denen jemand aufgrund einer rechtskräftigen Verurteilung wegen einer Straftat als unwürdig anzusehen ist, einen Hochschultitel, einen Hochschulgrad oder eine Hochschultätigkeitsbezeichnung zu führen. Das gilt insbesondere, aber nicht nur, wenn die Führung die Straftat begünstigt oder überhaupt erst möglich gemacht hat, weil Träger von Titeln etc. eine besondere Vertrauenswürdigkeit in der Gesellschaft genießen." (vgl. Bürgerschaftsdrs. (Landtag) 17/1222, S. 55). Diese Begründung bezieht sich auf Titelträger allgemein („einen Hochschultitel") und nicht allein auf ausländische Titelträger.

26 Unter Berücksichtigung des in der Gesetzesbegründung zum Ausdruck kommenden Gesetzeszwecks, das besondere Vertrauen in die Integrität der Hochschulgrade zu schützen, erscheint eine Auslegung der Norm unplausibel, nach der der Gesetzgeber den Anwendungsbereich nur auf ausländische Titelträger begrenzen, er aber nicht zugleich eine Möglichkeit schaffen wollte, solchen Titelträgern die Führung des Titels wegen Unwürdigkeit zu untersagen, die den Hochschulgrad an einer bremischen Hochschule erworben haben. Vielmehr verbliebe für § 64 b Satz 11, 2. Alt. BremHG wohl letztlich kein rechtmäßiger Anwendungsbereich, legte man ihm ein Verständnis zugrunde, wonach er sich nur auf ausländische Titelträger bezöge. Aufgabe der Senatorin für Wissenschaft und Bildung ist es allenfalls, das Vertrauen in die Integrität der an den bremischen Hochschulen erworbenen Hochschultitel zu schützen. Für andere oder gar ausländische Titel fehlt es an einem entsprechenden Schutzauftrag. Für den Erlass eines Titelführungsverbots wegen Unwürdigkeit in Bezug auf einen außerhalb des Landes Bremen oder gar im Ausland erworbenen Titel wäre die senatorische Behörde daher mangels Verbandszuständigkeit ersichtlich unzuständig. Die Verbandskompetenz betrifft die äußere Begrenzung des Kompetenzbereichs eines selbstständigen Rechtsträgers, insbesondere im Verhältnis von Bund,

Ländern und Kommunen sowie im Verhältnis mehrerer sonstiger rechtlich selbstständiger Rechtsträger untereinander. Sie besagt, dass für das Tätigwerden im Bereich eines anderen Rechtsträgers zwingend eine Ermächtigungsgrundlage dieses Rechtsträgers oder eines ihm übergeordneten Rechtsträgers erforderlich ist, die das Tätigwerden ausdrücklich gestattet (OVG Münster, Beschl. v. 21.12.2009 - 13 B 725/09 - NVwZ-RR 2010, 463; Stelkens/Bonk /Sachs, VwVfG, 7. Aufl., § 3 Rn. 12). Eine solche Ermächtigungsgrundlage ist indes für das Titelführungsverbot wegen Unwürdigkeit in Bezug auf einen an einer Hochschule außerhalb Bremens erworbenen Hochschultitel nicht ersichtlich.

27 Für die Anwendbarkeit spricht auch die bis zum Erlass des § 64 b Satz 11 BremHG geltende Rechtslage. Nach § 4 Abs. 1 Satz 1 Buchstabe b) des Gesetzes über die Führung akademischer Grade vom 7. Juni 1939 (RGBl. I S. 985), das bis zum 30.11.2010 gemäß Art. 123, 70 GG als Bundesrecht fort galt, konnte lediglich der von einer deutschen staatlichen Hochschule verliehene akademische Grad wieder entzogen werden, wenn sich nachträglich herausstellte, dass der Inhaber der Verleihung eines akademischen Grades unwürdig war. Nach § 4 Abs. 1 Satz 2 des Gesetzes entschied über die Entziehung diejenige Hochschule, die den akademischen Grad verliehen hatte. Es erscheint abwegig, dass der bremische Gesetzgeber bei der Neufassung des § 64 b BremHG durch das 2. Hochschulreformgesetz seine Kompetenzen gegenüber der bis dahin geltenden Rechtslage derart erweitern und sich zum „Wächter" sämtlicher im Ausland geführter Hochschulgrade aufschwingen wollte, dabei zugleich aber keinen Schutz mehr für an den eigenen Hochschulen erworbene Titel vorsehen wollte. Vielmehr ergibt die Auslegung des § 64 b Satz 11 BremHG zweifelsfrei, dass er zumindest auch auf im Lande Bremen erworbene Hochschulgrade, Hochschultätigkeitsbezeichnungen und Hochschultitel Anwendung findet. Dieses Normverständnis wurde zudem in der mündlichen Verhandlung durch die Beklagtenvertreterin, die an der Neufassung des § 64 b BremHG persönlich mitgewirkt hat, bestätigt. Nach ihrer Aussage sei im Zuge der Überarbeitung der Vorschrift schlicht übersehen worden, dass eine Erweiterung der gesetzlichen Überschrift angezeigt gewesen wäre. Es handele sich um ein Redaktionsversehen, das man im Zuge eines geplanten 3. Hochschulreformgesetzes zu beseitigen gedenke.

28 Diese Auslegung des § 64 b Satz 11 BremHG führt auch nicht dazu, dass ein Widerspruch zwischen Gesetzesinhalt und -überschrift bestände, der zu einem Verstoß gegen das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot führen würde. Aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) folgt das Gebot der Verlässlichkeit der Rechtsordnung, das eine ausreichende Klarheit des Bestands und des Inhalts staatlicher Hoheitsakte verlangt. In Bezug auf die Rechtssetzung bedeutet dies, dass alle Rechtsnormen derart bestimmt und klar gefasst sein müssen, dass die Folgen der Regelung für den Normadressaten so vorhersehbar und berechenbar sind, dass er sein Verhalten danach ausrichten kann (vgl. ausführlich Grzeszick, in: Maunz-Dürig, Art. 20 GG Rn. 50 ff.; Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, 2. Aufl., Art. 20 Rn. 128 ff.). Aufgrund der Vielgestaltigkeit staatlicher Regelungen und Regelungssubjekte stellt der Bestimmtheitsgrundsatz jedoch nur Mindestanforderungen an die Fassung der Norm. Es genügt, dass sich ihr mit Hilfe juristischer Auslegungsmethoden, insbesondere durch Heranziehung anderer Vorschriften des Gesetzes, der Berücksichtigung des Normzusammenhangs sowie der Begründung eine zuverlässige Grundlage für die Auslegung und Anwendung entnehmen lässt (Grzeszick, in: Maunz-Dürig, Art. 20 GG Rn. 61). Hier ergibt die Auslegung des § 64 b Satz 11, 2. Alt. BremHG nach dem oben Gesagten letztlich ohne vernünftigen Zweifel, dass sich der Anwendungsbereich der Norm (zumindest auch wenn nicht sogar ausschließlich) auf an den bremischen Hochschulen erworbene Titel, Grade und Tätigkeitsbezeichnungen erstrecken soll. Die amtliche Überschrift des Gesetzes steht dazu nicht im Widerspruch; sie ist schlicht als den Regelungsinhalt der Norm nicht abschließend erfassend anzusehen.

29 **II.** Zweifel an der formellen Rechtmäßigkeit des Verbots bestehen nicht. Nach § 64 b Satz 11,

2. Hs. BremHG ist die Senatorin für Bildung und Wissenschaft für das Verbot sachlich zuständig. Das Verfahren wurde gewahrt. Im Vorfeld des Verbots war das Integrationsamt nach § 102 Abs. 1 SGB IX nicht zu beteiligen. Es ist nicht ersichtlich, dass einer der Kompetenztitel des SGB IX auf den Fall der Entziehung der Hochschultätigkeitsbezeichnung „Professor" Anwendung findet.

30 **III.** Das Verbot ist materiell rechtmäßig.

31 Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 64 b Satz 11, 2. Alt. BremHG sind gegeben. Danach kann die Senatorin für Bildung, Wissenschaft und Gesundheit die Führung eines Hochschulgrades, einer Hochschultätigkeitsbezeichnung oder eines Hochschultitels untersagen, wenn der Inhaber wegen einer Straftat, die ihn als eines akademischen Grades, Titels oder einer Hochschultätigkeitsbezeichnung unwürdig erscheinen lässt, rechtskräftig verurteilt worden ist. Die Beklagte hat zudem das ihr eingeräumte Ermessen fehlerfrei ausgeübt.

32 1. Der Kläger ist andauernd Inhaber einer Hochschultätigkeitsbezeichnung.

33 Nach § 17a Abs. 1 Satz 2 BremHG in der Fassung vom 20.12.1988 (Brem.GBl. S. 25 – a.F. –) konnte der Senator für Bildung, Wissenschaft und Kunst anderen an einer Hochschule der Freien Hansestadt Bremen Lehrenden, deren Tätigkeiten ihrer Art nach die Einstellungsvoraussetzungen eines hauptberuflichen Professors erfordern würde, auf Vorschlag des Akademischen Senats die akademische Bezeichnung „Professor" verleihen, wenn sie sich durch hervorragende wissenschaftliche oder künstlerische Leistungen oder in der Lehre ausgezeichnet hatten. Nach Satz 3 durfte die Bezeichnung ohne Zusatz geführt werden. Durch § 17a Abs. 1 Satz BremHG a.F. wurde kein Hochschultitel bzw. Hochschulgrad, sondern die reine akademische Bezeichnung im Sinne einer „akademischen Würde" verliehen, die nicht mit der Übertragung des Amtes eines „Professors" im beamtenrechtlichen Sinne verbunden war (vgl. OVG Mecklenburg-Vorpommern, Beschl. v. 18.11.1997 – 2 M 138/97 – juris).

34 Der Kläger war zum Zeitpunkt der Verbotsverfügung andauernd berechtigt, diese Hochschultätigkeitsbezeichnung zu führen. § 17a Abs. 2 BremHG a.F. sah vor, dass die Bezeichnung „Professor" auch nach Ausscheiden aus der Hochschule ohne Zusatz weitergeführt werden durfte, sofern nicht zuvor die Weiterführung aus Gründen, die bei einem Beamten die Rücknahme der Ernennung zum Beamten rechtfertigen würden, untersagt wurde. Diese Regelung wurde erst durch Art. 1 des Gesetzes zur Änderung des Bremischen Hochschulrechts vom 01.06.1999 (Brem.GBl. S. 103, 177, 183) geändert. Seitdem schreibt § 17 Abs. 2 BremHG vor, dass nach dem Ausscheiden aus dem Dienst die akademische Bezeichnung „Professor" nur im Falle der Beendigung des Dienstverhältnisses wegen Eintritts oder Versetzung in den Ruhestand oder beim Ruhen der Rechte und Pflichten aus dem Dienstverhältnis als Professor weitergeführt werden darf. Durch die Neufassung des BremHG vom 09.05.2007 (Brem.GBl. S. 339) wurde zudem die in § 17 Abs. 1 Satz 2 BremHG (die dem § 17a Abs. 1 Satz 2 BremHG a.F. entsprach) enthaltene Möglichkeit, die Hochschultätigkeitsbezeichnung „Professor" ohne das zugehörige Amt zu übertragen, aufgehoben. Mit den Beteiligten ist davon auszugehen, dass diese Rechtsänderungen auf die Befugnis des Klägers, die Bezeichnung „Professor" weiter zu führen, keine Auswirkungen hatten. Die Verleihung der Hochschultätigkeitsbezeichnung ist durch bestandskräftigen Dauerverwaltungsakt des damaligen Senators für Bildung, Wissenschaft, Kunst und Sport vom 19.03.1997 nach der seinerzeit geltenden Fassung des § 17a BremHG a.F. erfolgt, der den Fortbestand der Bezeichnung auch nach dem Ausscheiden aus der Hochschule ausdrücklich vorsah. Das Fortbestehen war damit Regelungsinhalt dieses Verwaltungsaktes. Die Aberkennung dieser Bezeichnung hätte die vorherige Aufhebung der Verfügung erfordert. Bloße Änderungen der einem Verwaltungsakt zugrundeliegenden Rechtslage berühren dessen Wirksamkeit nicht (vgl. Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Aufl., § 43 Rn. 203).

35 **2.** Die rechtskräftige Verurteilung durch das Landegericht Münster zu einer Freiheitsstrafe von 3 Jahren und 6 Monaten wegen neunfachen Betrugs und wegen versuchter Nötigung lässt den Kläger als der Führung der akademischen Bezeichnung „Professor" unwürdig erscheinen.

36 **a.** Die in dem Strafurteil getroffenen Feststellungen sind durch die Kammer nicht erneut zu überprüfen, so dass den Einwänden des Klägers gegen die strafrechtliche Bewertung des ihm zur Last gelegten Verhaltens durch die Große Strafkammer und den behaupteten Defiziten seiner Verteidigung nicht weiter nachgegangen zu werden braucht.

37 Es ist anerkannt, dass Behörden und Verwaltungsgerichte die tatsächlichen und rechtlichen Feststellungen aus einem rechtskräftigen Strafurteil der Beurteilung der Unwürdigkeit und Unzuverlässigkeit im berufsrechtlichen Sinn zugrunde legen können, ohne sie erneut auf ihre Richtigkeit hin zu überprüfen. Dieser Grundsatz ist auf die Beurteilung der Unwürdigkeit zum Führen einer Hochschultätigkeitsbezeichnung ohne weiteres übertragbar. Ein Abweichen von den Feststellungen ist demnach nur im Ausnahmefall geboten, wenn gewichtige Anhaltspunkte für deren Unrichtigkeit sprechen (vgl. BVerwG, Urt. v. 26.09.2002 – 3 C 37/01 -; Beschl. v. 06.03.2003 – 3 B 10/03 –m.w.N., beide juris.). Dies ist etwa dann der Fall, wenn Wiederaufnahmegründe im Sinne des § 359 StPO gegeben sind, die maßgeblichen und tatsächlichen Feststellungen des Strafgerichts erkennbar auf einem Irrtum beruhen oder die Behörde oder die Verwaltungsgerichte ausnahmsweise in der Lage sind, eine für ihre Entscheidung erhebliche, aber strittige Tatsache besser als das Strafgericht aufzuklären (BayVGH, Urt. v. 25.09.2012 - 21 BV 11.340 - und v. 28.04.2010 - 21 BV 09.1993 - juris). Es bedarf demzufolge der Darlegung substantiierter nachprüfbarer Umstände, die eine Unrichtigkeit der im Strafurteil getroffenen Feststellungen belegen könnten (vgl. BVerwG, Beschl. v. 18.08.2011 – 3 B 6/11 juris).

38 Derartige Umstände hat der Kläger hier nicht dargelegt. Das gilt zunächst, soweit er vorträgt, die Strafkammer habe verkannt, dass die Verwertung von Erfindungen nicht erst nach der Erteilung der angemeldeten Patente erfolgen könne, sondern dass hierfür bereits die Patentanmeldung genüge. Dieser Einwand kann bereits deswegen nicht durchdringen, weil dem Kläger ausweislich der Feststellungen des Strafurteils nicht zum Vorwurf gemacht wurde, er habe widerrechtlich bereits Patentanmeldungen verwertet. Der strafrechtlich relevante Vorwurf bezog sich vielmehr darauf, dass er seinen Geschäftspartnern widerrechtlich vorspiegelte, bereits Inhaber der Patente zu sein und die Vermarktung der Erfindungen voranzutreiben. Die Strafkammer hat es auch nicht unterlassen zu würdigen, dass der Kläger offenbar im Juli 2004 einen Vertrag über die Entwicklung einer Entsalzungsanlage mit Herrn über 1,2 Millionen Euro geschlossen hatte und seinen Zahlungsverpflichtungen nicht nachgekommen ist. Dieser Umstand wurde durch das Strafgericht gesehen und im Rahmen des Täuschungsvorsatzes ausführlich erörtert. Aufgrund dessen wurde er von einem der angeklagten Betrugsvorwürfe freigesprochen. Im Übrigen sah das Gericht den Einwand des Klägers, er habe die Darlehensverträge im Vertrauen auf den Erhalt der Leistungen abgeschlossen, nicht als durchgreifend an, weil er aufgrund der Umstände des Einzelfalls nicht mehr auf eine baldige Zahlung durch Herrn vertrauen durfte. Diese Einschätzung ist nachvollziehbar und stellt die Feststellungen des Strafurteils nicht in Frage.

39 **b.** Die strafrechtliche Verurteilung lässt den Kläger als der weiteren Führung der akademischen Bezeichnung Professor unwürdig erscheinen. Die senatorische Behörde entscheidet ohne Beurteilungsspielraum darüber, ob eine strafrechtliche Verurteilung die nachträgliche Entziehung eines Hochschulgrades, Titels oder einer Hochschultätigkeitsbezeichnung wegen Unwürdigkeit rechtfertigt. Der Begriff unterliegt der vollen gerichtlichen Überprüfung durch die Verwaltungsgerichte.

40 **aa.** Wann ein strafrechtlich sanktioniertes Verhalten der „Würdigkeit" eines Titelträgers entgegensteht ist indes aufgrund der Unschärfe der Begrifflichkeit nicht einfach zu beantworten. In der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist jedoch anerkannt, dass sich Anwendungsbereich und Grenzen des Begriffs durch Auslegung hinreichend deutlich bestimmen lassen (vgl. BVerfG, Beschl. v. 30.11.1988 - 1 BvR 900/88 - und v. 18.12.1992 - 1 BvR 1475/92 -; BVerwG, Beschl. v. 25.08.1992 - 6 B 31/91 -, NVwZ 1992, 1201). Durch die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung in Bezug auf die Titelentziehungstatbestände - die sich nahezu ausschließlich mit der Aberkennung von Doktortiteln beschäftigt - hat der Begriff der „Würdigkeit" in den letzten Jahren eine zunehmende Konturierung und Konkretisierung erfahren. Ihr ist zudem eine Wandlung des Begriffsverständnisses zu entnehmen, das maßgeblich auf das geänderte Verständnis des Schutzzwecks der Unwürdigkeitstatbestände zurückzuführen ist.

41 So sah die ältere verwaltungsgerichtliche Rechtssprechung den Zweck der Titelentziehungstatbestände allein in dem Schutz der Öffentlichkeit vor „Irreführung über den Schein einer nicht bestehenden Würdigkeit" des Titelträgers (BVerwG, Beschl. v. 07.09.1990 – 7 B 127/90 – juris). Anknüpfungspunkt für den „Unwürdigkeitsvorwurf" war demnach das enttäuschte Vertrauen der Allgemeinheit in die tatsächlich oder auch nur so empfundene besondere moralische Integrität des Trägers eines Doktortitels. Dieses Verständnis war auf eine gesellschaftliche Anschauung der „Doktorwürde" zurückzuführen, nach der mit der Promotion die Zuweisung eines gehobenen Rangs im sozialen Leben, die Aufnahme in einen besonderen Stand, verbunden gewesen sei (vgl. ausführlich VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 14.09.2011 – 9 S 2667/10 – Rz. 23 juris). Die Rechtsprechung ließ es demnach für die Annahme einer „Unwürdigkeit" bereits genügen, wenn sich der Titelträger einer schweren Straftat schuldig gemacht hat, die Ausdruck eines schwerwiegenden persönlichen Fehlverhaltens des Betroffenen sei (so für ein Tötungsdelikt BVerwG, Beschl. v. 25.08.1992 – 6 B 31/91; vgl. auch VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 18.03.1981 - IX 1496/79 – JZ 1981, 661 (664), juris).

42 Dieses Begriffsverständnis stieß in der Literatur auf Kritik. Die Auffassung, dass sich der Inhaber eines Doktortitels wegen strafrechtlicher Verfehlungen als diesem Titel persönlich „unwürdig" erweisen könne, gehe auf ein veraltetes und verfehltes Verständnis des Doktorgrades als „ehrenvolle Kennzeichnung der Persönlichkeit seines Trägers" zurück. Dies stelle eine durch nichts zu rechtfertigende Überhöhung des Doktorgrades dar. Rechtlich dokumentiert sei durch die Verleihung des Titels lediglich eine besondere wissenschaftliche Qualifikation des Trägers nicht aber ein besonders „ehrbarer" oder moralisch überlegener Lebenswandel (Von Coelln, Der Entzug des Doktorgrades, abrufbar unter www.academics.de/wissenschaft/der_entzug_des_doktorgrades46556.html; kritisch auch Zimmerling/Brehm, Prüfungsrecht, 3. Aufl., Rn. 714 ff.; Tiedemann, ZRP 2010, 53 ff.).

43 Die aktuelle verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung greift diese Kritik zunehmend auf, indem sie die allein strafrechtliche Verurteilung für die Titelentziehung nicht länger als ausreichend erachtet. Vielmehr wird zusätzlich ein „Wissenschaftsbezug" der Verfehlung gefordert, weil nur so der Eingriff in die rechtmäßig erworbene und verfassungsrechtlich durch Art. 5 Abs. 3 GG und Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Rechtsposition zu rechtfertigen sei (vgl. VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 14.09.2011 – 9 S 2667/10 – bestätigt durch BVerwG Urt. v. 31.07.2013 – 6 C 9.12 – bislang nur Pressemitteilung; VG Köln, Urt. v. 27.10.2011 – 6 K 3445/10 -). Schutzzweck der Norm ist nach diesem Verständnis nicht mehr der Schutz des Vertrauens der Allgemeinheit in die persönliche Integrität des Titelträgers. Entscheidend sei vielmehr, ob der Titelträger dem Vertrauen gerecht werde, das maßgeblich mit dem Inhalt des verliehenen Titels verknüpft sei. So werde mit der Erlaubnis zur Führung eines Doktorgrades dem Inhaber bescheinigt, zur selbständigen und vertieften wissenschaftlichen Arbeit befähigt zu sein. Der Titelträger werde damit zwar nicht mehr in ein standesähnliches Doktorkollegium aufgenommen, aber doch - öffentlich sichtbar - als Mitglied

der akademischen Wissenschaftsgemeinde („scientific community") ausgewiesen. Die Öffentlichkeit - und damit insbesondere auch die wissenschaftliche Öffentlichkeit - dürfe daher angesichts der von der Hochschule verliehenen Befugnis davon ausgehen, dass es sich bei dem Titelinhaber nicht nur um einen berufsqualifizierten, sondern um einen wissenschaftsfähigen Hochschulabsolventen handele (so VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 14.09.2011 – 9 S 2667/10 – juris). Sie dürfe daher auch darauf vertrauen, dass der Titelträger die Grundsätze guter wissenschaftlicher Praxis einhalten werde. Als „unwürdig" zur Führung des verliehenen Grades erweise sich ein Titelinhaber deshalb, wenn sich der mit der Verleihung des Doktorgrades begründete Anschein wissenschaftskonformen Arbeitens angesichts gravierender Verstöße gegen die Grundsätze guter wissenschaftlicher Praxis und Redlichkeit als unzutreffend herausgestellt habe und zum Schutz vor Irreführung korrigiert werden müsse (VGH Baden-Württemberg, a.a.O.)

44 Diese Auffassung wurde unlängst durch das Bundesverwaltungsgericht bestätigt (BVerwG, Urt. v. 31.07.2013 - 6 C 9.12 - bislang nur Pressemitteilung). Danach steht eine Auslegung des Begriffs der „Unwürdigkeit" im Einklang mit Art. 5 Abs. 3 GG und Art. 12 Abs. 1 GG, die einen vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Verstoß des Titelträgers gegen wissenschaftliche Kernpflichten fordert. Ein Doktortitel kann demnach nachträglich entzogen werden, wenn der Titelträger den mit der Verleihung begründeten Vertrauensvorschuss im Hinblick auf ein wissenschaftskonformes Arbeiten durch gravierende Verstöße gegen die Grundsätze guter wissenschaftlicher Praxis enttäuscht hat, so dass zum Schutz des wissenschaftlichen Prozesses vor Irreführung eine Korrektur in Form der Entziehung vorgenommen werden muss.

45 **bb.** Diese in Bezug auf die Entziehung von Doktortiteln entwickelte neue Rechtsprechung lässt sich grundsätzlich auf den Fall der Führung der akademischen Bezeichnung Professor nach § 17a Abs. 1 Satz 2 BremHG a.F. übertragen.

46 Wesen und Bedeutung der Verleihung der akademischen Bezeichnung „Professor" durch § 17a BremHG a.F. ist mit der Verleihung eines Doktorgrades dem Grunde nach vergleichbar. So bescheinigt der Doktorgrad in erster Linie die Fähigkeit zu vertiefter wissenschaftlicher Arbeit (vgl. § 65 Abs. 1 Satz 1 BremHG). Auch die Verleihung der Bezeichnung „Professor" nach § 17a Abs. 1 Satz 2 BremHG wies einen Wissenschaftsbezug auf. Sie blieb als besondere Honorierung Lehrpersonen vorbehalten, die sich in besonderer Weise durch „hervorragende wissenschaftliche oder künstlerische Leistungen oder in der Lehre" ausgezeichnet hatten. Am Ehesten vergleichbar ist diese Art der akademischen Bezeichnung mit der Bestellung zum Honorarprofessor nach § 25 Abs. 1 BremHG, die lediglich „Persönlichkeiten, die nach ihren wissenschaftlichen oder künstlerischen Leistungen die an ein Professorenamt zu stellenden Anforderungen erfüllen oder durch eine entsprechende Berufspraxis in hervorragender Weise ausgewiesen sind" vorbehalten bleibt. Durch die Übertragung der Bezeichnung „Professor" wird damit in ähnlichem - wenn nicht sogar in noch größerem Maße - ein besonderes Vertrauen dokumentiert, das die Wissenschaftsverwaltung in die wissenschaftliche Redlichkeit des Titelträgers setzt. Damit verbunden ist eine besondere Stellung des „Professors" innerhalb der Hochschule und in der Wissenschaft, aber auch ein besonders hohes Ansehen in der und besondere Aufmerksamkeit durch die Öffentlichkeit.Auch die Allgemeinheit vertraut in besonderer Weise in die wissenschaftliche Redlichkeit eines Professors.

47 **cc.** Dies zugrunde gelegt ist der Kläger der weiteren Führung der akademischen Bezeichnung Professor unwürdig im Sinne des § 64 b Satz 11, 2. Alt. BremHG. Er hat durch das im Strafurteil vom 29.09.2008 abgeurteilte Verhalten das Vertrauen verletzt, das maßgeblich mit dem ihm verliehenen Professorentitel verbunden war. Er hat nach den Feststellungen der Strafkammer eine Reihe von Geschäftspartnern und Bekannten dazu veranlasst, Gewinnanteile an angeblich von ihm gehaltenen Patenten zu erwerben, obwohl er tatsächlich gar nicht Inhaber der

Patente war und die Anmeldeverfahren nicht weiter betrieb. Außerdem ließ er sich von weiteren Personen in größerem Umfang Darlehen für angeblich von ihm betriebene Forschungsprojekte gewähren, obwohl er zumindest billigend in Kauf nahm, die Darlehensraten nicht leisten zu können. Insgesamt sind den Geschädigten dadurch Vermögensschäden in Höhe von 200.000 Euro entstanden. Durch diese Verhaltensweisen hat der Kläger das durch seine Geschäftspartner in ihn gesetzte Vertrauen massiv missbraucht. Ein solches Verhalten ist mit seiner Stellung als Professor schlechthin unvereinbar. Dem steht nicht entgegen, dass die Straftaten hier nicht die wissenschaftliche Forschung im engeren Sinne, also die eigentliche forschende Tätigkeit des Klägers, betroffen haben. So ist im Bereich des Berufsrechts anerkannt, dass die Entziehung einer ärztlichen Approbation wegen Unwürdigkeit nicht nur dann in Frage steht, wenn der Arzt seine Verpflichtung zur sorgfältigen Heilbehandlung verletzt. Vielmehr kann auch ein schwerwiegender Verstoß gegen sonstige Berufspflichten ausreichen, um den Arzt für die weitere Ausführung des Berufs als unwürdig anzusehen. Das ist etwa dann der Fall, wenn er sich zu Lasten der Krankenkassen des gewerbsmäßigen Abrechnungsbetrugs schuldig macht. Ein solches Verhalten erscheint für jeden billig und gerecht Denkenden als Zerstörung der für die ärztliche Tätigkeit unverzichtbaren Verbrauensbasis und lässt darüber hinaus negative Auswirkungen auf das Ansehen der Ärzteschaft insgesamt befürchten (vgl. BayVGH, Urt. v. 08.11.2011 - 21 B 10.1543 -, BVerwG, Urt. v. 26.09.2002 - BVerwG 3 C 37.01 – juris). Nichts anderes kann für die Entziehung eines Professorentitels wegen Unwürdigkeit gelten. Genauso, wie von einem Professor erwartet werden kann, dass er die Ergebnisse von ihm durchgeführter Forschungen nicht nachträglich manipuliert, um seine Erkenntnisse in einem besseren Licht erscheinen zu lassen, ist ihm auch eine besondere Redlichkeit im Umgang mit Geldgebern für durch ihn betriebene Forschungen abzuverlangen. Als Professor, der sich um finanzielle Unterstützung für durch ihn betriebene Forschungsprojekte bemüht, agiert er auf der Grundlage eines besonderen Vertrauensvorschusses. Außenstehende werden in besonderem Maße geneigt sein, auf die Richtigkeit seiner Angaben, was Inhalt und Fortschritt der von ihm betriebenen Forschungen betrifft, zu vertrauen, zumal es ihnen – ohne wissenschaftliche Vorbildung – nur schwer möglich sein wird, hier selbst Nachforschungen anzustellen. Auch im Falle des Klägers haben die Geschädigten – größtenteils in Unkenntnis von dem Ablauf eines Patentverfahrens – keine eigenen Überprüfungen seiner Angaben zum Entwicklungsstand der Erfindungen angestellt, sondern sich auf sein Wort verlassen. Ein solches Vertrauen wäre dem Kläger ohne die durch den Professorentitel vermittelte besondere wissenschaftliche Reputation und Seriosität in Bezug auf die von ihm selbst betriebenen Forschungsvorhaben sicher nicht entgegengebracht worden.

48 Ohne Bedeutung ist, dass die Straftaten hier im Zuge einer privatwirtschaftlichen Betätigung des Klägers begangen worden sind, sie also nicht den Hochschulsektor betrafen. Ausschlaggebend ist allein, dass sie im Zusammenhang mit der wissenschaftlichen Tätigkeit des Klägers als Forscher und Erfinder standen und nicht nur „bei Gelegenheit" seiner sonstigen Berufsausübung verübt wurden.

49 Als der weiteren Titelführung unwürdig hat sich der Kläger darüber hinaus auch deswegen erwiesen, weil er nicht nur das Vertrauen der Allgemeinheit, sondern auch das seitens der Wissenschaftsverwaltung in ihn gesetzte Vertrauen enttäuscht hat und sein Verhalten geeignet war, die Reputation der Hochschule nachhaltig zu schädigen. Durch die Verleihung der akademischen Bezeichnung auf ihren Vorschlag hin macht die Hochschule öffentlich kund, dass sie besonderes Vertrauen in die durch den Titelträger in der Vergangenheit gezeigten wissenschaftlichen Leistungen setzt und weist ihn dauerhaft als ehrenvolles, herausgehobenes Mitglied der eigenen Wissenschaftsgemeinschaft aus. Die Verleihung dokumentiert damit auch die besonders enge Bindung des Titelinhabers an die verleihende Hochschule. Daraus folgt zugleich ihre besondere Schutzbedürftigkeit. Ihre Reputation wird in besonderer Weise gefährdet, wenn

einer „ihrer" Professoren strafrechtlich verurteilt wird und die Straftaten im Kontext der wissenschaftlichen Forschungen des Professors stehen. Diese besondere Schutzwürdigkeit kommt in der derzeitigen Fassung des Bremischen Hochschulgesetzes verschiedentlich zum Ausdruck. So darf nach der Neufassung des § 17 Abs. 2 BremHG die Bezeichnung „Professor" mittlerweile nach dem Ausscheiden aus dem Dienst nur im Falle der Beendigung eines Dienstverhältnisses wegen Eintritts oder Versetzung in den Ruhestand oder beim Ruhen der Rechte und Pflichten aus dem Dienstverhältnis fortgeführt werden. Diese gesetzliche Begrenzung der Titelführungsbefugnis bezweckt den Schutz der Hochschule nach dem Ausscheiden, weil ab diesem Zeitpunkt keine Einwirkungsmöglichkeiten seitens der Hochschule auf den Titelträger mehr gegeben sind (vgl. OVG Mecklenburg-Vorpommern, Beschl. v. 18.11.1997 – 2 M 138/97 –; VG Ansbach, Urt. v. 21.10.2004 – AN 2 K 03.00887, beide juris). Für Honorarprofessoren bestimmt überdies § 25 Abs. 4 Satz 2 BremHG, dass die Bestellung aus Gründen zu widerrufen ist, die bei einem in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit berufenen Professor zur Rücknahme der Ernennung, zum Verlust der Beamtenrechte oder zur Entfernung aus dem Dienst führen würden. Gemäß § 24 Abs. 1 Nr. 1 BeamtStG hat bei einem Beamten die rechtskräftige Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr wegen einer vorsätzlichen Tat den Verlust der Beamtenrechte zur Folge. Das macht deutlich, dass der Gesetzgeber die Hochschulen in besonderem Maße vor Reputationsschäden schützen will, die sich aus einem straffälligen Verhalten eines Professors ergeben. Ein Verhalten wie das, das der Kläger in seiner Eigenschaft als durch die Hochschule Bremen besonders ausgezeichneter Wissenschaftler an den Tag gelegt hat, muss die Wissenschaftsverwaltung nicht hinnehmen. Auch der ihr gegenüber eingetretene Verlust des Vertrauens in die wissenschaftliche Redlichkeit des Klägers rechtfertigt es, ihm die weitere Führung des Professorentitels zu untersagen.

50 **dd.** Soweit man, wie dies bei einem berufsrechtlichen Approbationswiderruf der Fall wäre (vgl. BVerwG, Beschl. v. 27.01.2001 – 3 B 63/10 –), für das Titelführungsverbot eine auf die Person des Klägers bezogene Gefahrenprognose verlangen will (vgl. VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 14.09.2011 – 9 S 2667/10), vermag dies an dem Ergebnis nichts zu ändern. Zwar liegen die durch den Kläger verübten Taten mittlerweile bereits einige Jahre zurück. Angesichts ihrer Schwere und ihres Umfangs ist indes nicht davon auszugehen, dass es ausgeschlossen ist, dass es zukünftig zu ähnlichen Taten kommen wird. Der Kläger hat systematisch und wiederholt das von seinen Geschäftspartnern in seine Person gesetzte Vertrauen missbraucht. Aus seinem Vorbringen im Verwaltungsverfahren ergibt sich nicht, dass er das schwere Unrecht seines Verhaltens erkennt und sich mit seinem Fehlverhalten nicht auseinandersetzt. Vielmehr sucht er die Schuld bei Dritten und sieht sich selbst als Opfer. In Anbetracht dessen, muss daher auch für die Zukunft bezweifelt werden, dass der Kläger im Geschäftsverkehr ein Verhalten an den Tag legen wird, das mit der Führung der Bezeichnung „Professor" vereinbar ist.

51 **3.** Die Beklagte hat das ihr durch § 64 b Satz 11 BremHG eingeräumte Ermessen fehlerfrei ausgeübt.

52 Sie hat dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und den berechtigten Belangen des Klägers hinreichend Rechnung getragen. Die Titelentziehung greift in die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Sphäre der Berufsfreiheit ein (vgl. BVerwG, Beschl. v. 25.08.1992 – 6 B 31/91). Anders als bei der berufsrechtlichen Aberkennung der Approbation wegen Unwürdigkeit liegt hier jedoch kein ähnlich schwerwiegender Eingriff vor (VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 14.09.2011 – 9 S 2667/10). Betroffen ist lediglich die Berufsausübungsfreiheit, nicht aber die Berufswahlfreiheit des Klägers. Er ist weiterhin in der Lage, einer Tätigkeit als Physiker und Ingenieur nachzugehen. Der Eingriff wirkt sich allenfalls mittelbar dergestalt aus, dass ohne Professorentitel seine Reputation als Wissenschaftler geschmälert wird. Die Maßnahme steht in Ansehung der Gesamtumstände in angemessenem Verhältnis

zur Schwere des Eingriffs. Sie dient einem vernünftigen Gemeinwohlinteresse, nämlich dem Schutz der Reputation der Hochschule und dem Schutz des Vertrauens der Allgemeinheit in die wissenschaftliche Integrität des Trägers eines Professorentitels. Die Beklagte hat zudem das Interesse des Klägers an einer weiteren Titelführung erkannt und ohne Rechtsfehler mit den gegenläufigen Interessen der Wissenschaftsgemeinschaft abgewogen. Sie hat zudem die Verdienste des Klägers um die Wissenschaft im Lande Bremen bei ihrer Entscheidung berücksichtigt, im Ergebnis jedoch nicht als durchgreifend erachtet; dagegen ist nichts zu erinnern. Dass sie unter Rekurs auf die Schwere der durch den Kläger verübten Straftaten dem Schutz der Allgemeinheit und der Wissenschaftsgemeinschaft vor seinen privaten Interessen den Vorrang eingeräumt hat, ist nicht zu beanstanden.

53 Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 167 VwGO i. V. m. §§ 708Nr. 11, 711 ZPO.

Gericht:	OLG Düsseldorf 3. Kartellsenat
Entscheidungsdatum:	03.07.2013
Aktenzeichen:	VI-3 Kart 20/12 (V), 3 Kart 20/12 (V)
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	juris
Normen:	§ 21 Abs 1 EnWG, § 21 Abs 2 EnWG, § 24 S 1 Nr 1 EnWG, § 24 S 1 Nr 3 EnWG, § 40 Abs 2 Nr 7 EnWG... mehr
Zitiervorschlag:	OLG Düsseldorf, Beschluss vom 03. Juli 2013 – VI-3 Kart 20/12 (V) –, juris

Stromnetzentgelt: Wirksamkeit der Verordnung hinsichtlich der Netzentgeltbefreiung stromintensiver Kunden

Orientierungssatz

1. Die mit Wirkung zum 04.08.2011 in Kraft getretene Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV ist nichtig.(Rn.45)

2. Die Regelung ist als im parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren geschaffenes Verordnungsrecht zu beurteilen, das von jedem damit befassten Gericht überprüft werden kann. Daraus folgt auch, dass der Gesetzgeber bei seiner Änderung an das Verfahren nach Art. 76 ff. GG und an die Grenzen der Ermächtigungsgrundlage gebunden war.(Rn.51)

3. Fehlt es an dem erforderlichen sachlichen Zusammenhang der Änderung der Verordnung mit weiteren gesetzgeberischen Maßnahmen, ist die Verordnungsänderung nicht verfassungsgemäß und daher nichtig.(Rn.58)

4. In keinerlei Zusammenhang steht die beabsichtigte Befreiung industrieller Großunternehmer mit dem Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften, das vornehmlich die Richtlinien 2009/72/EG und 2009/73/EG umgesetzt hat.(Rn.61)

5. Die (vollständige) Befreiung von den Netzentgelten hält sich auch nicht in den Grenzen der Ermächtigungsgrundlage (Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG).(Rn.64)

6. Nach dem Wortlaut der Ermächtigungsnorm des § 24 S. 1 Nr. 1 EnWG erfasst die Regelungsbefugnis nicht das "Ob", sondern nur die Bestimmungen zur Ermittlung der Höhe der Entgelte. Nichts anderes folgt aus Systematik, Sinn und Zweck sowie der Entstehungsgeschichte der Ermächtigungsnorm.(Rn.67)

7. Die Befreiungsregelung verstößt auch gegen die Entgeltgrundsätze des § 21 Abs. 1 EnWG und damit gegen das Diskriminierungsverbot der Richtlinie 2009/72/EG.(Rn.73)

Verfahrensgang

nachgehend BGH Kartellsenat, 7. Dezember 2015, EnVR 53/13, Beschluss

Tenor

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 notwen-

digen Auslagen der Beschwerdeführerin.

Der Beschwerdewert wird auf EUR 50.000 festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe

A.

1 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.

2 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.

3 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.

4 Durch die Netzentgeltbefreiungen bzw. Netzentgeltermäßigungen gemäß § 19Abs. 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.

5 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. Lieferan-

ten 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.

6 Weder der Verordnungswortlaut noch die darauf beruhende Festlegung wurden bei der Europäischen Kommission notifiziert.

7 Gegen die Festlegung hat die Beschwerdeführerin form- und fristgerecht Beschwerde mit dem Ziel der Aufhebung der Festlegung eingelegt.

8 Die Beschwerdeführerin meint, die Festlegung sei schon formell, jedenfalls aber materiell rechtswidrig.

9 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.

10 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.

11 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. EUR 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.

12 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.

13 Die vollständige Befreiung von Netzentgelten verstoße daher auch gegen verfassungsrechtliche Vorgaben, insbesondere Art. 3Abs. 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.

14 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.

15 Jedenfalls aber sei die Festlegung rechtswidrig, weil sie objektiv-rechtlich 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.

16 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.

17 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 zu Lasten der Verteilernetzbetreiber und Lieferanten. Die Ausschlussfrist für die Prognosemeldung bis zum 21.12.2011 führe dazu, dass Prognosefehler zu Lasten 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.

18 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 Netz-

entgelte 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 . . .

19 Die Beschwerdeführerin beantragt,

20 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.

21 Die Bundesnetzagentur beantragt,

22 die Beschwerde zurückzuweisen.

23 Sie verteidigt die angegriffene Festlegung unter Wiederholung und Vertiefung ihrer Gründe.

24 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.

25 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.

26 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 zu Grunde 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.

27 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.

28 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.

29 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.

30 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.

31 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.

32 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.

33 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.

34 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 Aus-

gleich von entgangenen Erlösen aufgrund von individuellen Netzentgelten nach § 19 Abs. 2 S.1 StromNEV und Befreiungen nach § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV festzulegen.

35 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.

36 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.

37 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.

38 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.

39 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.

40 Eine Festlegung gemäß § 30Abs. 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.

41 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 Umla-

gemechanismus 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.

42 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 selbständig 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.

43 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.

44 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.

45 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.

46 Die Beschwerde ist zulässig.

47 Die Beschwerdeführerin ist gemäß § 75Abs. 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.

48 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 wer-

den. 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.

49 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.

50 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.

51 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.

52 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 geregel-

ten 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.).

53 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.

54 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:

55 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).

56 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.

57 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.).

58 2. Nach diesen Maßstäben ist die Verordnungsänderung, die der Gesetzgeber mit Wirkung zum 04.08.2011 vorgenommen hat, nicht verfassungsgemäß und daher nichtig.

59 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.

60 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.

61 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.

62 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".

63 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.

64 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).

65 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).

66 2.2.2. Mit der Regelung, dass stromintensive Letztverbraucher beim Vorliegen der Schwellen-

werte 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.

67 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.

68 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.

69 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.

70 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).

71 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.

72 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.

73 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.

74 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.

75 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 Bundesnetzagen-

tur kein Zweifel daran bestehen, dass das Diskriminierungsverbot dem unmittelbaren Schutz des Netznutzers vor einer - sachlich nicht gerechtfertigten - Ungleichbehandlung dient.

76 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.

77 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.

78 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).

79 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.

80 Netzentgelte sind grundsätzlich kostenbezogen zu berechnen, so dass auch Preisdifferenzierungen unterschiedliche Zugangskosten widerspiegeln und zu angemessenen Entgelten für alle Netznutzer führen müssen.

81 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.

82 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 be-

sonderen 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.

83 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.).

84 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.

85 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).

86 Eine derartige Privilegierung aus wirtschaftspolitischen Gründen ist indessen von der Verordnungsermächtigung, die allein die Bestimmung der Entgelte, also das "wie" betrifft, nicht erfasst.

87 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.

88 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).

89 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".

90 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.

91 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.

92 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 Beschwer-

deführerin an der Aufhebung der angegriffenen Festlegung bemisst der Senat seiner Praxis in vergleichbaren Fällen entsprechend auf 50.000 EUR.

D.

93 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.

Gericht:	OLG Düsseldorf 3. Kartellsenat
Entscheidungsdatum:	03.07.2013
Aktenzeichen:	VI-3 Kart 31/12 (V), 3 Kart 31/12 (V)
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	juris
Norm:	§ 19 Abs 2 StromNEV
Zitiervorschlag:	OLG Düsseldorf, Beschluss vom 03. Juli 2013 – VI-3 Kart 31/12 (V) –, juris

Energiewirtschaftsrecht: Wirksamkeit der Regelung über die Befreiung von Netzentgelten nach Änderung der Stromnetzentgelt-VO

Orientierungssatz

Die Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV ist nichtig. Die Änderung hält sich nicht in den von der Ermächtigungsgrundlage gesetzten Grenzen und ist auch mit höherrangigem Recht nicht vereinbar (OLG Düsseldorf, 6. März 2013, VI-3 Kart 14/12 (V), OLG Düsseldorf, 6. März 2013, VI-3 Kart 43/12 (V), OLG Düsseldorf, 6. März 2013, VI-3 Kart 49/12 (V), OLG Düsseldorf, 6. März 2013, VI-3 Kart 57/12 (V), OLG Düsseldorf, 6. März 2013, VI-3 Kart 65/12 (V)).(Rn.51)

Verfahrensgang

nachgehend BGH Kartellsenat, 22. August 2016, EnVR 52/13, Beschluss

Diese Entscheidung zitiert

Rechtsprechung

Vergleiche OLG Düsseldorf 3. Kartellsenat, 6. März 2013, VI-3 Kart 57/12 (V), ...
Vergleiche OLG Düsseldorf 3. Kartellsenat, 6. März 2013, VI-3 Kart 43/12 (V)
Vergleiche OLG Düsseldorf 3. Kartellsenat, 6. März 2013, VI-3 Kart 49/12 (V)
Vergleiche OLG Düsseldorf 3. Kartellsenat, 6. März 2013, VI-3 Kart 57/12 (V), ...
Vergleiche OLG Düsseldorf 3. Kartellsenat, 6. März 2013, VI-3 Kart 65/12 (V), ...

Tenor

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 EUR 50.000 festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe

A.

1 Die Beschwerdeführerin ist eine überregional tätige Stromlieferantin mit derzeit etwa ... belie-

ferten Kunden.

2 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.

3 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.

4 Durch die Netzentgeltbefreiungen bzw. Netzentgeltermäßigungen gemäß § 19Abs. 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.

5 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.

6 Weder der Verordnungswortlaut noch die darauf beruhende Festlegung wurden bei der Europäischen Kommission notifiziert.

7 Gegen die Festlegung hat die Beschwerdeführerin form- und fristgerecht Beschwerde mit dem Ziel der Aufhebung der Festlegung eingelegt.

8 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.

9 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.

10 Eine vollständige Netzentgeltbefreiung verstoße zudem gegen § 21 EnWG, wonach Netzentgelte angemessen, diskriminierungsfrei und transparent sein müssten. Ein Netzentgelt von 0 EUR 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.

11 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.

12 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.

13 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.

14 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.

15 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".

16 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.

17 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.

18 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.

19 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.

20 Die Beschwerdeführerin beantragt,

21 den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 14.12.2011 (Az. BK 8-11-024) aufzuheben.

22 Die Bundesnetzagentur beantragt,

23 die Beschwerde zurückzuweisen.

24 Sie verteidigt die angegriffene Festlegung unter Wiederholung und Vertiefung ihrer Gründe.

25 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.

26 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.

27 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 zu Grunde 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.

28 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.

29 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.

30 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.

31 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.

32 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.

33 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.

34 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.

35 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.

36 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.

37 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.

38 Sie sei auch deswegen nach § 30 Ab s. 2 Nr. 6 StromNEV zur Festlegung des Umlagemechanis-

mus 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.

39 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.

40 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.

41 Eine Festlegung gemäß § 30Abs. 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.

42 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.

43 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 selbständig 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.

44 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.

45 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.

46 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.

47 Die Beschwerde ist zulässig.

48 Die Beschwerdeführerin ist gemäß § 75Abs. 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.

49 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.

50 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 Vertrags-

bedingungen 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.

51 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.

52 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.

53 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.).

54 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.

55 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:

56 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).

57 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.

58 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.).

59 2. Nach diesen Maßstäben ist die Verordnungsänderung, die der Gesetzgeber mit Wirkung zum 04.08.2011 vorgenommen hat, nicht verfassungsgemäß und daher nichtig.

60 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.

61 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.

62 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.

63 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".

64 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.

65 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).

66 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).

67 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.

68 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.

69 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.

70 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.

71 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).

72 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.

73 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.

74 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.

75 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.

76 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.

77 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.

78 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.

79 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).

80 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.

81 Netzentgelte sind grundsätzlich kostenbezogen zu berechnen, so dass auch Preisdifferenzierungen unterschiedliche Zugangskosten widerspiegeln und zu angemessenen Entgelten für alle Netznutzer führen müssen.

82 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.

83 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.

84 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 Nut-

zungsverhalten 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.).

85 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.

86 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).

87 Eine derartige Privilegierung aus wirtschaftspolitischen Gründen ist indessen von der Verordnungsermächtigung, die allein die Bestimmung der Entgelte, also das "wie" betrifft, nicht erfasst.

88 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.

89 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).

90 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".

91 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.

92 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.

93 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 EUR.

D.

94 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.

Gericht:	OLG Düsseldorf 3. Kartellsenat
Entscheidungsdatum:	03.07.2013
Aktenzeichen:	VI-3 Kart 78/12 (V), 3 Kart 78/12 (V)
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	juris
Normen:	§ 19 Abs 2 StromNEV, § 24 S 1 Nr 1 EnWG, § 24 S 1 Nr 3 EnWG, § 40 Abs 2 Nr 7 EnWG, § 75 Abs 2 EnWG... mehr
Zitiervorschlag:	OLG Düsseldorf, Beschluss vom 03. Juli 2013 – VI-3 Kart 78/12 (V) –, juris

Stromnetzentgelt: Nichtigkeit der Regelung über die Netzentgeltbefreiung stromintensiver Netznutzer

Orientierungssatz

1. Die Beschwerdebefugnis eines Dritten, der nicht schon an dem Verwaltungsverfahren der Bundesnetzagentur förmlich beteiligt war, ist zu bejahen, wenn er durch den angegriffenen Verwaltungsakt unmittelbar in seinen Rechten berührt wird, weil dieser auch ihm gegenüber eine Regelungswirkung entfaltet (vgl. u.a. BGH, Beschluss vom 5. Oktober 2010, EnVR 52/09). (Rn.46)

2. Bezieht die Festlegung der Bundesnetzagentur auch die Lieferanten in den in der Festlegung näher ausgestalteten Umlagemechanismus mit ein, werden sie von den in der Festlegung verbindlich vorgesehenen Zahlungspflichten in ihrem Rechtskreis und nicht nur in ihren wirtschaftlichen Interessen betroffen.(Rn.47)

3. Die zugrundeliegende Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV ist nichtig, da sie sich nicht in den von der Ermächtigungsgrundlage gesetzten Grenzen hält und auch mit höherrangigem Recht nicht vereinbar ist. § 19 Abs. 2 StromNEV ist als im parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren geschaffenes Verordnungsrecht zu beurteilen, das von jedem damit befassten Gericht überprüft werden kann.(Rn.54)

4. Es ist nicht ersichtlich, dass das eigentliche Gesetzesvorhaben des Gesetzgebers, das vornehmlich die Richtlinien 2009/72/EG und 2009/73/EG umgesetzt hat, auch die Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV erforderlich gemacht hätte, da die Umsetzung der Richtlinien mit der beabsichtigten Befreiung industrieller Großabnehmer in keinerlei Zusammenhang steht; zudem hält sich die (vollständige) Befreiung von Netzentgelten nicht in den Grenzen der Ermächtigungsgrundlage.(Rn.64)

5. Die Befreiungsregelung verstößt darüber hinaus gegen die Entgeltgrundsätze des § 21 Abs. 1 EnWG und damit auch gegen das Diskriminierungsverbot der Richtlinie 2009/72/EG. (Rn.77)

Verfahrensgang

nachgehend BGH Kartellsenat, 20. September 2016, EnVR 51/13, Beschluss

Diese Entscheidung zitiert

Rechtsprechung

Vergleiche BGH Kartellsenat, 5. Oktober 2010, EnVR 52/09

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 EUR 50.000 festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe

A.

1 Die Beschwerdeführerin vertreibt Strom an Letztverbraucher. Sie versorgt rund ... Kunden mit Strom-, Erdgas-, Wasser- und Wärmeprodukten.

. . .

2 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.

3 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.

4 Durch die Netzentgeltbefreiungen bzw. Netzentgeltermäßigungen gemäß § 19Abs. 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.

5 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.

6 Weder der Verordnungswortlaut noch die darauf beruhende Festlegung wurden bei der Europäischen Kommission notifiziert.

7 Gegen die Festlegung hat die Beschwerdeführerin form- und fristgerecht Beschwerde mit dem Ziel der Aufhebung der Festlegung eingelegt.

8 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.

9 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.

10 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. EUR 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.

11 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.

12 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.

13 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.

14 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.

15 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.

16 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 Vermaschung 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.

17 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.

18 Die Beschwerdeführerin beantragt,

19 den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 14.12.2001 (BK 8-11/024) aufzuheben.

20 Die Bundesnetzagentur beantragt,

21 die Beschwerde zurückzuweisen.

22 Sie verteidigt die angegriffene Festlegung unter Wiederholung und Vertiefung ihrer Gründe.

23 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.

24 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.

25 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 zu Grunde 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 Beschwerdeführerinn ausgerichteten eigenen Einschätzung zu ersetzen.

26 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 Beschwerdeführerinn 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.

27 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.

28 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.

29 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.

30 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 Elektrizi-

tätsmarkt 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.

31 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.

32 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.

33 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.

34 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.

35 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.

36 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.

37 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.

38 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.

39 Eine Festlegung gemäß § 30Abs. 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.

40 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.

41 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 selbständig 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.

42 Mit Schriftsatz vom 31.05.2013 rügt sie erstmals die Beschwerdebefugnis der Beschwerdeführ-

rerin. 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.

43 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.

44 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.

45 Die Beschwerde ist zulässig.

46 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").

47 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.

48 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.

49 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.

50 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.

51 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.

52 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.

53 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.

54 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.

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 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.

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 Verordnungs-

recht 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 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:

59 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).

60 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.

61 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.).

62 2. Nach diesen Maßstäben ist die Verordnungsänderung, die der Gesetzgeber mit Wirkung zum 04.08.2011 vorgenommen hat, nicht verfassungsgemäß und daher nichtig.

63 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.

64 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 Vor-

schriften - auch die Anpassung der Stromnetzentgeltverordnung und damit die Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV erforderlich gemacht hätte.

65 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.

66 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".

67 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.

68 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).

69 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).

70 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.

71 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.

72 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.

73 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.

74 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).

75 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.

76 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.

77 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.

78 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.

79 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.

80 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.

81 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.

82 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).

83 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.

84 Netzentgelte sind grundsätzlich kostenbezogen zu berechnen, so dass auch Preisdifferenzierungen unterschiedliche Zugangskosten widerspiegeln und zu angemessenen Entgelten für alle Netznutzer führen müssen.

85 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.

86 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 tat-

sächlichen 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.

87 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.).

88 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.

89 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 Unterneh-

men 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).

90 Eine derartige Privilegierung aus wirtschaftspolitischen Gründen ist indessen von der Verordnungsermächtigung, die allein die Bestimmung der Entgelte, also das "wie" betrifft, nicht erfasst.

91 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.

92 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).

93 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".

94 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.

95 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.

96 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 EUR.

D.

97 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.

Gericht:	Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg 4. Senat
Entscheidungsdatum:	11.06.2013
Aktenzeichen:	OVG 4 B 31.12
ECLI:	ECLI:DE:OVGBEBB:2013:0611.OVG4B31.12.0A
Dokumenttyp:	Urteil
Quelle:	juris
Normen:	§ 17 Abs 5 S 2 GleichstG BE 2010, § 18a Abs 4 S 2 GleichstG BE 2010, Art 3 Abs 2 GG
Zitiervorschlag:	Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, Urteil vom 11. Juni 2013 – OVG 4 B 31.12 –, juris

Recht, einmal jährlich eine Versammlung der weiblichen Beschäftigten (Frauenversammlung) durchzuführen

Orientierungssatz

Die Verweisung des § 18a Abs. 4 S. 2 LGG Bln auf § 17 LGG Bln (juris: GleichstG BE 2010) ist als uneingeschränkt zu betrachten mit der Folge, dass sie auch das in § 17 Abs. 5 Satz 2 LGG Bln (juris: GleichstG BE 2010) geregelte Recht erfasst, einmal jährlich eine Versammlung der weiblichen Beschäftigten (Frauenversammlung) durchzuführen.(Rn.20)

Fundstellen

OVGE BE 34, 133-143 (Leitsatz und Gründe)
Streit 2013, 139-141 (red. Leitsatz und Gründe)
BGleiG E.IV.3.2 LGG Berlin § 18a Nr 1 (red. Leitsatz und Gründe)

Verfahrensgang

vorgehend VG Berlin, 15. Dezember 2010, 5 K 261.10, Urteil

Tenor

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

1 Die Beteiligten streiten um das Recht der Klägerin, eine Gesamtfrauenversammlung durchzuführen.

2 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.

3 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.

4 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.

5 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.

6 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.

7 Die Klägerin beantragt,

8 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.

9 Die Beklagte beantragt,

10 die Berufung zurückzuweisen.

11 Sie verteidigt das angefochtene Urteil und tritt der Berufung entgegen.

12 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Gerichtsakte verwiesen, deren Inhalt – soweit wesentlich – Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen ist.

Entscheidungsgründe

13 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.

14 1. Die Klage ist zulässig.

15 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).

16 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.

17 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.

18 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.

19 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)

20 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.

21 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.

22 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.hdr.bmj.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.

23 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.

24 (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).

25 (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.

26 (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.

27 (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.

28 § 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.

29 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). Die-

se 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.

30 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 §§ 17und 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.

31 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.

32 (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).

33 (2) Die Voraussetzungen hierfür sind nicht gegeben.

34 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 Zwe-

cken. 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.

35 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.

36 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.

37 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).

38 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 § 708Nr. 10, § 711 ZPO.

39 Die Revision ist nicht zuzulassen, weil keiner der in § 132 Abs. 2 VwGO genannten Gründe vorliegt.

Gericht:	OLG Düsseldorf 3. Kartellsenat
Entscheidungsdatum:	06.03.2013
Aktenzeichen:	VI-3 Kart 14/12 (V)
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	juris
Normen:	§ 19 Abs 2 StromNEV, § 21 Abs 1 EnWG, § 24 S 1 Nr 1 EnWG, § 24 S 1 Nr 3 EnWG, § 75 Abs 2 EnWG... mehr
Zitiervorschlag:	OLG Düsseldorf, Beschluss vom 06. März 2013 – VI-3 Kart 14/12 (V) –, juris

Netznutzungsentgelt: Nichtigkeit einer u.a. die Befreiung stromintensiver Kunden vom Netzentgelt betreffenden Verordnungsänderung

Orientierungssatz

1. In erweiternder Auslegung des § 75 Abs. 2 EnWG ist auch die Beschwerdebefugnis eines nicht schon am regulierungsbehördlichen Verfahren beteiligten Dritten zu bejahen, wenn er durch den angegriffenen Verwaltungsakt unmittelbar in seinen Rechten berührt wird, weil dieser auch ihm gegenüber eine Regelungswirkung entfaltet (vgl. u.a. BGH, Beschluss vom 5. Oktober 2010, EnVR 52/09).(Rn.49)

2. § 19 Abs. 2 StromNEV kann als im parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren geschaffenes Verordnungsrecht von jedem damit befassten Gericht überprüft werden.(Rn.56)

3. Entscheidet sich der Gesetzgeber dafür, eine bestehende Verordnung zu ändern, kann der geänderten Verordnung aus verfassungsrechtlichen Gründen nur ein einheitlicher Rang, der der Verordnung, zukommen.(Rn.58)

4. Änderungen von Rechtsverordnungen sind auf das Ausmaß zu beschränken, das unmittelbar durch die Änderungen im Gesetzesrecht veranlasst ist (vgl. u.a. BVerwG, Urteil vom 20. März 2008, 2 C 50/07).(Rn.61)

5. Der erforderliche Sachzusammenhang fehlt, wenn nicht ersichtlich ist, dass das eigentliche Gesetzesvorhaben des Gesetzgebers - hier das Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften - auch die Anpassung der Stromnetzentgeltverordnung und damit die Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV erforderlich machte.(Rn.68)

6. Der Gesetzgeber hat mit der Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV auch die Grenzen der Verordnungsermächtigung überschritten.(Rn.73)

7. Die Ergänzung der individuellen Netzentgelte um eine Befreiung von diesen hält sich nicht in den Grenzen der Ermächtigungsgrundlage (Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG). Nach Wortlaut, Systematik, 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.(Rn.76)

8. Die Ermächtigungsnorm des § 24 S. 1 Nr. 1, Nr. 3 EnWG erfasst nicht das "ob", sondern nur die Bestimmungen zur Ermittlung der Entgelthöhe.(Rn.86)

9. Die Nichtermächtigung zur Befreiung von Netzentgelten folgt auch daraus, dass die vollstän-

dige Befreiung nicht in Einklang mit den Grundsätzen der Entgeltbildung gebracht werden kann. (Rn.91)

10. Die Befreiung stromintensiver Netznutzer von den Netznutzungsentgelten verstößt gegen diese Entgeltgrundsätze. Deren besonderes Nutzungsverhalten kann allenfalls eine entsprechende Reduktion, also ein individuelles Netzentgelt rechtfertigen.(Rn.97)

11. Eine Privilegierung aus wirtschaftspolitischen Gründen, um Unternehmen vor einer strompreisbedingten Abwanderung in das Ausland zu bewahren, ist von der Verordnungsermächtigung nicht erfasst.(Rn.102)

Verfahrensgang

nachgehend BGH Kartellsenat, 20. September 2016, EnVR 20/13, Beschluss

Diese Entscheidung wird zitiert

Literaturnachweise
Stefanie Beste, Jochen Kuck, EnWZ 2013, 195-200 (Aufsatz)
Florian Pfeifle, EnWZ 2013, 387-395 (Aufsatz)

Diese Entscheidung zitiert

Rechtsprechung
Vergleiche BGH Kartellsenat, 5. Oktober 2010, EnVR 52/09
Vergleiche BVerwG 2. Senat, 20. März 2008, 2 C 50/07

Tenor

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 EUR 50.000 festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe

A.

1 Die Betroffene betreibt ein Elektrizitätsverteilernetz in D., an das weniger als 100.000 Kunden angeschlossen sind. Vorgelagerte Übertragungsnetzbetreiberin ist die C.

2 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.

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 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.

4 Durch die Netzentgeltbefreiungen bzw. Netzentgeltermäßigungen gemäß § 19Abs. 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.

5 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:

6 "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."

7 Weder der Verordnungswortlaut noch die darauf beruhende Festlegung wurden bei der Europäischen Kommission notifiziert.

8 Im Netzgebiet der Betroffenen hat die Beschlusskammer 4 der Bundesnetzagentur als Landes-

regulierungsbehörde 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 . . . EUR, 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.

9 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.

10 Mit ihrer Beschwerde macht die Betroffene geltend:

11 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.

12 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.

13 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.

14 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 ins-

gesamt aufzuheben.

15 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.

16 Sie beantragt,

17 1. die Regelung in Ziffer 10 Satz 3 und 4 der Festlegung der Beschwerdegegnerin vom 14.12.2011 (BK 8 - 11-024) aufzuheben,

18 2. hilfsweise: die Festlegung der Beschwerdegegnerin vom 14.12.2011 vollständig aufzuheben.

19 Die Bundesnetzagentur beantragt,

20 die Beschwerde zurückzuweisen.

21 Sie verteidigt die angegriffene Festlegung unter Wiederholung und Vertiefung ihrer Gründe.

22 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.

23 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.

24 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 zu Grunde 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.

25 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.

26 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.

27 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.

28 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.

29 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.

30 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.

31 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.

32 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 Aus-

gleich von entgangenen Erlösen aufgrund von individuellen Netzentgelten nach § 19 Abs. 2 S.1 StromNEV und Befreiungen nach § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV festzulegen.

33 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.

34 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.

35 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.

36 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.

37 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.

38 Eine Festlegung gemäß § 30Abs. 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.

39 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 Umla-

gemechanismus 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.

40 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 selbständig 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.

41 Die beteiligten Übertragungsnetzbetreiber B. und C. schließen sich dem Antrag der Bundesnetzagentur an und beantragen hilfsweise für den Fall der Aufhebung der angefochtenen Festlegung,

42 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.

43 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.

44 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.

45 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.

46 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.

47 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.

48 Die Beschwerde der Betroffenen ist - wie der Senat schon im Beschluss vom 14.11.2012 (VI-3 Kart 14/12 (V)) ausgeführt hat - zulässig.

49 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").

50 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.

51 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.

52 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.

53 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.

54 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.

55 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.

56 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.

57 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.).

58 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.

59 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.

60 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:

61 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)

62 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.

63 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.

64 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).

65 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.).

66 2. Nach diesen Maßstäben ist die Verordnungsänderung, die der Gesetzgeber mit Wirkung zum 4. August 2011 vorgenommen hat, nicht verfassungsgemäß und daher nichtig.

67 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.

68 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.

69 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.

70 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".

71 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.

72 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).

73 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.

74 2.2.1. Die Änderung des § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV enthält im Wesentlichen zwei Komponenten:

76 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.

78 Zum anderen ist ein bundesweiter 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.

79 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.

80 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.

81 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).

82 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.).

83 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).

84 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.

85 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.

86 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.

87 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]

88 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.).

89 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.

90 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 wer-

den. 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.

91 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.

92 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.

93 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.

94 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.

95 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.

96 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).

97 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.

98 Netzentgelte sind grundsätzlich kostenbezogen zu berechnen, so dass auch Preisdifferenzierungen unterschiedliche Zugangskosten widerspiegeln und zu angemessenen Entgelten für alle Netznutzer führen müssen.

99 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 Letzt-

verbrauchers zu einer Senkung oder zu einer Vermeidung der Erhöhung der Netzkosten dieser und aller vorgelagerten Netz- und Umspannebenen widerzuspiegeln hat.

100 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.).

101 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.

102 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).

103 Eine derartige Privilegierung aus wirtschaftspolitischen Gründen ist indessen von der Verordnungsermächtigung, die allein die Bestimmung der Entgelte, also das "wie" betrifft, nicht erfasst.

104 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.

105 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).

106 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".

107 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.

108 Die Hilfsanträge der beteiligten Übertragungsnetzbetreiber B., C. und F. sind unzulässig.

109 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.

110 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 Fest-

stellungsstreits 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.

111 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.

112 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/Bunte in: 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. 50ff. , zit. nach juris; BVerwGE 136, 54 ff, Rdnr. 28 ff., zit. nach juris).

113 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 ver-

pflichtet 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.

114 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.

115 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 EUR.

D.

116 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.

117 [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).

118 [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."

119 [3] entspricht Art. 20 Abs. 1 EltRL (2003/54/EG)

Gericht:	OLG Düsseldorf 3. Kartellsenat
Entscheidungsdatum:	06.03.2013
Aktenzeichen:	VI-3 Kart 49/12 (V)
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	juris
Normen:	§ 19 Abs 2 S 1 StromNEV, § 19 Abs 2 S 2 StromNEV, Art 80 Abs 1 S 2 GG
Zitiervorschlag:	OLG Düsseldorf, Beschluss vom 06. März 2013 – VI-3 Kart 49/12 (V) –, juris

Netzentgelt: Wirksamkeit der Verordnungsregelung zur Netzentgeltbefreiung stromintensiver Unternehmen

Orientierungssatz

Die mit Wirkung vom 4. August 2011 in Kraft getretene Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV ist nichtig. Die Änderung hält sich nicht in den von der Ermächtigungsgrundlage gesetzten Grenzen und ist auch mit höherrangigem Recht nicht vereinbar.(Rn.52)

Verfahrensgang

nachgehend BGH Kartellsenat, 22. August 2016, EnVR 26/13, Beschluss

Diese Entscheidung wird zitiert

Rechtsprechung

Vergleiche OLG Düsseldorf 3. Kartellsenat, 3. Juli 2013, VI-3 Kart 31/12 (V), ...

Tenor

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 EUR 50.000 festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe

A.

1 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 Elek-trizität unmittelbar aus der Höchst- oder Hochspannungsebene beziehen.

. . .

2 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.

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 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.

4 Durch die Netzentgeltbefreiungen bzw. Netzentgeltermäßigungen gemäß § 19Abs. 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.

5 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 ... EUR 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. Übertra-

gungsnetzbetreiber 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.

6 Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den angegriffenen Beschluss Bezug genommen.

7 Weder der Verordnungswortlaut noch die darauf beruhende Festlegung wurden bei der Europäischen Kommission notifiziert.

8 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.

9 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.

10 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.

11 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 zugrundliegenden Verordnungsänderung hingewiesen. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Gründe der Entscheidungen Bezug genommen.

12 Mit ihrer Beschwerde macht die Betroffene geltend:

13 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 (... EUR).

14 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 ... EUR angesetzt habe, der erwartete Umfang der tatsächlich anfallenden Mindererlöse jedoch wesentlich höher liegen werde, nämlich nach Erhebungen der Übertagungsnetzbetreiber insgesamt ... EUR, 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.

15 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 ... EUR ermittelt habe. Damit fehle es an der verfassungsrechtlich gebotenen Transparenz der regulierungsbehördlichen Entscheidung.

16 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.

17 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.

18 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 je-

denfalls 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.

19 Die Betroffene beantragt,

20 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.

21 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.

22 Die Bundesnetzagentur beantragt,

23 die Beschwerde zurückzuweisen.

24 Sie verteidigt die angegriffene Festlegung unter Wiederholung und Vertiefung ihrer Gründe.

25 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.

26 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.

27 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 un-

ter 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 zu Grunde 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.

28 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.

29 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.

30 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.

31 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.

32 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.

33 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.

34 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.

35 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.

36 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.

37 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.

38 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.

39 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.

40 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.

41 Eine Festlegung gemäß § 30Abs. 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.

42 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.

43 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 selbständig 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.

44 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.

45 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.

46 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.

47 Die Beschwerde der Betroffenen ist zulässig.

48 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").

49 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.

50 Die mit dem Hauptantrag der Betroffenen begehrte Verpflichtung der Bundesnetzagentur zur Neubescheidung hat jedoch keinen Erfolg.

51 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.

52 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.

53 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.

54 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.).

55 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.

56 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.

57 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:

58 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)

59 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.

60 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.

61 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).

62 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.).

63 2. Nach diesen Maßstäben ist die Verordnungsänderung, die der Gesetzgeber mit Wirkung zum 4. August 2011 vorgenommen hat, nicht verfassungsgemäß und daher nichtig.

64 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.

65 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.

66 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.

67 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".

68 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.

69 Dem entspricht es, dass die Bundesregierung in einem vergleichbaren Fall - dem Änderungsvorschlag des Bundesrats u.a. zur Einfügung eines § 6a in die Strom- und Gasnetzentgeltver-

ordnungen 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).

70 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.

71 2.2.1. Die Änderung des § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV enthält im Wesentlichen zwei Komponenten:

73 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 anderen ist ein bundesweiter 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.

76 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.

77 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.

78 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 Ge-

staltungsfreiraum 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).

79 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.).

80 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).

81 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.

82 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.

83 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.

84 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]

85 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.).

86 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.

87 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.

88 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.

89 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.

90 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.

91 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.

92 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.

93 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).

94 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.

95 Netzentgelte sind grundsätzlich kostenbezogen zu berechnen, so dass auch Preisdifferenzierungen unterschiedliche Zugangskosten widerspiegeln und zu angemessenen Entgelten für alle Netznutzer führen müssen.

96 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.

97 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.).

98 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.

99 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).

100 Eine derartige Privilegierung aus wirtschaftspolitischen Gründen ist indessen von der Verordnungsermächtigung, die allein die Bestimmung der Entgelte, also das "wie" betrifft, nicht erfasst.

101 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.

102 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).

103 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".

104 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.

105 Der hilfsweise für den Fall der Aufhebung der Festlegung gestellte Feststellungsantrag hat jedoch keinen Erfolg. Der Antrag ist unzulässig.

106 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.

107 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 selbständige Teile eines solchen Rechtsverhältnisses können Gegenstand einer Feststellungsklage sein, nicht aber bloße Elemente, unselbständige 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).

108 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/Bunte in: 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).

109 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.

110 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.

111 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.

112 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 EUR.

D.

113 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.

114 [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).

115 [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."

116 [3] entspricht Art. 20 Abs. 1 EltRL (2003/54/EG)

Gericht:	OLG Düsseldorf 3. Kartellsenat
Entscheidungsdatum:	06.03.2013
Aktenzeichen:	VI-3 Kart 43/12 (V)
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	juris
Normen:	§ 19 Abs 2 StromNEV, § 21 Abs 1 EnWG, § 21 Abs 2 EnWG, § 24 Abs 1 Nr 1 EnWG, § 75 Abs 2 EnWG... mehr
Zitiervorschlag:	OLG Düsseldorf, Beschluss vom 06. März 2013 – VI-3 Kart 43/12 (V) –, juris

Stromnetzentgelt: Nichtigkeit der Netzkostenbefreiung für stromintensive Kunden

Orientierungssatz

1. Die Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV hält sich nicht in den von der Ermächtigungsgrundlage gesetzten Grenzen und ist auch mit höherrangigem Recht nicht vereinbar, so dass sie nichtig ist.(Rn.45)

2. Als im parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren geschaffenes Verordnungsrecht kann § 19 Abs. 2 StromNEV von jedem damit befassten Gericht überprüft werden.(Rn.46)

3. Entscheidet der Gesetzgeber sich dafür, eine bestehende Verordnung zu ändern, kann der geänderten Verordnung nur ein einheitlicher Rang, der der Verordnung, zukommen, wenn der Gesetzgeber die der Exekutive übertragenen Regelungsbefugnisse nicht wieder an sich zieht und eine bisher als Verordnung geltende Regelung als Gesetz erlässt (vgl. BVerfG, Beschluss vom 27. September 2005, 2 BvL 11/02, BVerfGE 114, 303).(Rn.48)

4. Die Änderung einer Verordnung durch den parlamentarischen Gesetzgeber, der bei der Änderung an die Grenzen der Ermächtigungsgrundlage gebunden ist (Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG), kann nur im Rahmen der Änderung eines Sachbereichs erfolgen; sie ist auf das Ausmaß zu beschränken, das unmittelbar durch die Änderungen im Gesetzesrecht veranlasst ist (vgl. BVerwG, Urteil vom 20. März 2008, 2 C 50/07).(Rn.51)

5. Es ist nicht ersichtlich, dass das eigentliche Gesetzesvorhaben des Gesetzgebers - das Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften - auch die Anpassung der Stromnetzentgeltverordnung erforderlich machte.(Rn.58)

6. Schon aus dem Wortlaut der Ermächtigungsgrundlage des § 24 S. 1 Nr. 1 EnWG und - ergänzend bzw. klarstellend - des § 24 S. 1 Nr. 3 EnWG ergibt sich, dass die Regelungsbefugnis nicht das "ob" der Netzentgelte erfasst; nichts anderes ergibt sich aus der Systematik und dem Sinn und Zweck der Ermächtigung sowie der Entstehungsgeschichte.(Rn.75)

7. Die vollständige Befreiung verstößt gegen die Entgeltgrundsätze des § 21 Abs. 1 EnWG und damit auch gegen das Diskriminierungsverbot der Richtlinie 2009/72/EG.(Rn.81)

Verfahrensgang

nachgehend BGH Kartellsenat, 12. April 2016, EnVR 25/13, Beschluss

Diese Entscheidung wird zitiert

Rechtsprechung
Vergleiche OLG Düsseldorf 3. Kartellsenat, 3. Juli 2013, VI-3 Kart 31/12 (V), ...

Diese Entscheidung zitiert

Rechtsprechung
Vergleiche BVerwG 2. Senat, 20. März 2008, 2 C 50/07
Vergleiche BVerfG 2. Senat, 27. September 2005, 2 BvL 11/02, ...

Tenor

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 EUR 50.000 festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe

A.

1 Die Antragstellerin ist Übertragungsnetzbetreiberin im Sinne von § 3 Nr. 10 EnWG.

2 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.

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 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.

4 Durch die Netzentgeltbefreiungen bzw. Netzentgeltermäßigungen gemäß § 19Abs. 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.

5 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.

6 Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den angegriffenen Beschluss Bezug genommen.

7 Weder der Verordnungswortlaut noch die darauf beruhende Festlegung wurden bei der Europäischen Kommission notifiziert.

8 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.

9 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.

10 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.

11 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.

12 Die Betroffene beantragt,

13 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.

14 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.

15 Die Bundesnetzagentur beantragt,

16 die Beschwerde zurückzuweisen.

17 Sie verteidigt die angegriffene Festlegung unter Wiederholung und Vertiefung ihrer Gründe.

18 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.

19 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.

20 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 zu Grunde 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.

21 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 be-

rücksichtige. 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.

22 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.

23 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.

24 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.

25 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 Un-

gleichbehandlung von außerhalb des assoziierten Unternehmens stehenden Unternehmen. Ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot liege daher nicht vor.

26 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.

27 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.

28 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.

29 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.

30 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.

31 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.

32 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 Regulie-

rungsbehörde 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.

33 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.

34 Eine Festlegung gemäß § 30Abs. 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.

35 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.

36 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 selbständig 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.

37 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.

38 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.

39 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.

40 Die Beschwerde der Betroffenen ist zulässig.

41 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").

42 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.

43 Die mit dem Hauptantrag der Betroffenen begehrte Verpflichtung der Bundesnetzagentur zur Neubescheidung hat jedoch keinen Erfolg.

44 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.

45 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.

46 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.

47 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.).

48 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.

49 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.

50 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:

51 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)

52 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.

53 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.

54 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).

55 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.).

56 2. Nach diesen Maßstäben ist die Verordnungsänderung, die der Gesetzgeber mit Wirkung zum 4. August 2011 vorgenommen hat, nicht verfassungsgemäß und daher nichtig.

57 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.

58 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.

59 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.

60 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 Forde-

rung 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".

61 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.

62 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).

63 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.

64 2.2.1 Die Änderung des § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV enthält im Wesentlichen zwei Komponenten:

66 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.

68 Zum anderen ist ein bundesweiter 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.

69 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.

70 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.

71 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).

72 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.).

73 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).

74 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 Wort-

laut, 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.

75 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.

76 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.

77 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]

78 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.).

79 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.

80 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.

81 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.

82 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.

83 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.

84 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.

85 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.

86 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).

87 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.

88 Netzentgelte sind grundsätzlich kostenbezogen zu berechnen, so dass auch Preisdifferenzierungen unterschiedliche Zugangskosten widerspiegeln und zu angemessenen Entgelten für alle Netznutzer führen müssen.

89 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.

90 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.).

91 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.

92 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).

93 Eine derartige Privilegierung aus wirtschaftspolitischen Gründen ist indessen von der Verordnungsermächtigung, die allein die Bestimmung der Entgelte, also das "wie" betrifft, nicht erfasst.

94 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.

95 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).

96 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 Gegebenhei-

ten 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".

97 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.

98 Der hilfsweise für den Fall der Aufhebung der Festlegung gestellte Feststellungsantrag hat jedoch keinen Erfolg. Der Antrag ist unzulässig.

99 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.

100 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 selbständige Teile eines solchen Rechtsverhältnisses können Gegenstand einer Feststellungsklage sein, nicht aber bloße Elemente, unselbständige 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).

101 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/Bunte in: 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).

102 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.

103 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.

104 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.

105 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 EUR.

D.

106 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.

Gericht:	OLG Düsseldorf 3. Kartellsenat
Entscheidungsdatum:	06.03.2013
Aktenzeichen:	VI-3 Kart 57/12 (V), 3 Kart 57/12 (V)
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	juris
Normen:	§ 3 Nr 10 EnWG, § 21 Abs 1 EnWG, § 21 Abs 2 EnWG, § 24 S 1 Nr 1 EnWG, § 24 S 1 Nr 3 EnWG... mehr
Zitiervorschlag:	OLG Düsseldorf, Beschluss vom 06. März 2013 – VI-3 Kart 57/12 (V) –, juris

Netzentgelt: Nichtigkeit der die Netzkostenbefreiung für stromintensive Kunden betreffende Verordnung

Orientierungssatz

1. Die Beschwerdebefugnis eines Dritten, der nicht schon am Verwaltungsverfahren der Bundesnetzagentur beteiligt war, ist in erweiternder Auslegung des § 75 Abs. 2 EnWG zu bejahen, wenn der Dritte durch den angegriffenen Verwaltungsakt unmittelbar in seinen Rechten berührt wird, weil dieser auch ihm gegenüber eine Regelungswirkung entfaltet (vgl. u.a. BGH, Beschluss vom 5. Oktober 2010, EnVR 52/09).(Rn.50)

2. Die Neuregelung des § 19 Abs. 2 StromNEV, die als im parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren geschaffenes Verordnungsrecht zu beurteilen ist und damit von jedem damit befassten Gericht überprüft werden kann, ist nichtig.(Rn.54)

3. Eine Verordnungsänderung kann nur im Rahmen der Änderung eines Sachbereichs erfolgen. Der Gesetzgeber ist an das Verfahren nach Art. 76 ff. GG und die Grenzen der Ermächtigungsgrundlage gebunden. Die Zustimmungsbedürftigkeit eines Gesetzes, durch das eine Verordnung geändert wird, beurteilt sich am Maßstab der für förmliche Gesetze geltenden Normen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 27. September 2005, 2 BvL 11/02, BVerfGE 114, 303).(Rn.59)

4. Die Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV steht in keinem sachlichen Zusammenhang mit dem Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften und der Gesetzgeber hat mit der Regelung, dass stromintensive Letztverbraucher bei Vorliegen der Schwellenwerte des § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV a.F. statt der Vereinbarung eines individuellen Netzentgelts die vollständige Befreiung von den Netzentgelten erlangen können, die Grenzen der Verordnungsermächtigung überschritten.(Rn.67)(Rn.72)(Rn.83)

5. Dem besonderen Nutzungsverhalten des einzelnen Netzkunden wird durch ein individuell bestimmtes Nutzungsentgelt nur dann angemessen Rechnung getragen, wenn der Grad der Netzentlastung, der durch das abweichende Nutzungsverhalten des Netzkunden im Einzelfall bewirkt wird, Maßstab der möglichen Entgeltminderung ist (vgl. BGH, Beschluss vom 9. Oktober 2012, EnVR 47/11).(Rn.98)

Verfahrensgang

nachgehend BGH Kartellsenat, 20. September 2016, EnVR 23/13, Beschluss

Diese Entscheidung wird zitiert

Rechtsprechung
Vergleiche OLG Düsseldorf 3. Kartellsenat, 3. Juli 2013, VI-3 Kart 31/12 (V), ...

Diese Entscheidung zitiert

Rechtsprechung
Vergleiche BGH Kartellsenat, 9. Oktober 2012, EnVR 47/11
Vergleiche BGH Kartellsenat, 5. Oktober 2010, EnVR 52/09
Vergleiche BVerfG 2. Senat, 27. September 2005, 2 BvL 11/02, ...

Tenor

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 EUR festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe

A.

1 Die Antragstellerin ist Übertragungsnetzbetreiberin im Sinne von § 3 Nr. 10 EnWG.

2 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.

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 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.

4 Durch die Netzentgeltbefreiungen bzw. Netzentgeltermäßigungen gemäß § 19Abs. 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.

5 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.

6 Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den angegriffenen Beschluss Bezug genommen.

7 Weder der Verordnungswortlaut noch die darauf beruhende Festlegung wurden bei der Europäischen Kommission notifiziert.

8 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.

9 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.

10 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.

11 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.

12 Die Betroffene beantragt,

13 1. den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 14.12.2011 (Az. BK 8-11-024)

14 aufzuheben, soweit durch den Tenor zu 2.) Satz 6 das Umlagevolumen für das Kalenderjahr 2012 auf . . . begrenzt worden ist, und

15 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,

16 hilfsweise

17 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;

18 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;

19 3. äußerst hilfsweise den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 14.12.2011 aufzuheben;

20 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;

21 Die Bundesnetzagentur beantragt,

22 die Beschwerde zurückzuweisen.

23 Sie verteidigt die angegriffene Festlegung unter Wiederholung und Vertiefung ihrer Gründe.

24 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.

25 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.

26 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 zu Grunde 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.

27 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.

28 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.

29 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.

30 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.

31 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.

32 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.

33 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.

34 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.

35 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.

36 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.

37 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.

38 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.

39 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.

40 Eine Festlegung gemäß § 30Abs. 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.

41 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 Er-

mächtigung 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.

42 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 selbständig 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.

43 Die beteiligte Übertragungsnetzbetreiberin B. schließt sich dem Antrag der Bundesnetzagentur an und beantragt

44 hilfsweise, für den Fall der Aufhebung der angefochtenen Festlegung,

45 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.

46 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.

47 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.

48 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.

49 Die Beschwerde der Betroffenen ist zulässig.

50 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").

51 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.

52 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 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 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.

53 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.

54 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.

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 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.

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 beste-

hende 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. Fernleitungs-

netzbetreiber 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 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".

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:

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.

77 Zum anderen ist ein bundesweiter 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 Verrech-

nung 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. 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.

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 Kompen-

sationsleistungen 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 müs-

sen, 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-, 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 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).

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 ab-

grenzbaren 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 Der Feststellungsantrag der Betroffenen hat jedoch keinen Erfolg. Der Antrag ist unzulässig.

108 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.

109 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.

110 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.

111 Der Hilfsantrag der beteiligten Übertragungsnetzbetreiberin B. ist ebenfalls unzulässig.

112 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.

113 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.

114 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; offengelassen 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.

115 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/Bunte in: 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 zugrundeliegenden 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).

116 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.

117 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.

118 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 EUR.

D.

119 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.

Gericht:	OLG Düsseldorf 3. Kartellsenat
Entscheidungsdatum:	06.03.2013
Aktenzeichen:	VI-3 Kart 65/12 (V), 3 Kart 65/12 (V)
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	juris
Normen:	§ 21 Abs 1 EnWG, § 24 Abs 1 Nr 1 EnWG, § 24 Abs 1 Nr 3 EnWG, § 19 Abs 2 StromNEV, Art 80 Abs 1 S 2 GG... mehr
Zitiervorschlag:	OLG Düsseldorf, Beschluss vom 06. März 2013 – VI-3 Kart 65/12 (V) –, juris

Stromnetzentgelte: Nichtigkeit der Rechtsgrundlage für die Netzentgeltbefreiung stromintensiver Letztverbraucher

Leitsatz

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.(Rn.63)

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.(Rn.84)

3. Bei der Befreiung stromintensiver Letztverbraucher handelt es sich schon nicht um ein individuelles Netzentgelt, da der Letztverbraucher keine Gegenleistung entrichtet.(Rn.89)

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.(Rn.99)

Fundstellen

RdE 2013, 236-243 (Leitsatz und Gründe)
N&R 2013, 155-160 (red. Leitsatz und Gründe)
ZNER 2013, 271-277 (Leitsatz und Gründe)

Verfahrensgang

nachgehend BGH Kartellsenat, 30. Juni 2015, EnVR 21/13, Beschluss

Diese Entscheidung wird zitiert

Rechtsprechung

Vergleiche OLG Düsseldorf 3. Kartellsenat, 3. Juli 2013, VI-3 Kart 31/12 (V), ...

Literaturnachweise

Christian Stelter, Nils Ipsen, EnWZ 2016, 483-489 (Aufsatz)
Lukas Ernst, N&R 2013, 160-163 (Anmerkung)
fb, VersorgW 2013, 217 (Anmerkung)

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 EUR 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 Verteiler-

netzbetreibern 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 . . . EUR 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 § 19Abs. 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 § 19Abs. 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,

20 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.

21 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.

22 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.

23 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.

24 Die Betroffene beantragt,

25 den Beschluss der Beschlusskammer 8 der Bundesnetzagentur vom 14.12.2011 in dem Verwaltungsverfahren BK 8 - 11/024 aufzuheben.

26 Die Bundesnetzagentur bittet, die Beschwerde zurückzuweisen.

27 Sie verteidigt die angegriffene Festlegung unter Wiederholung und Vertiefung ihrer Gründe.

28 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.

29 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.

30 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 zu Grunde 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.

31 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 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.

32 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.

33 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.

34 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.

35 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 Stromver-

trieb - 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.

36 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.

37 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.

38 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.

39 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.

40 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 Elektrizitätswirt-

schaftsbereichs 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.

41 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.

42 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.

43 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.

44 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.

45 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.

46 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 selbständig 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, be-

stünde weiterhin das Bedürfnis nach dem von § 19 Abs. 2 S. 7 StromNEV geforderten Ausgleich. Die angefochtene Festlegung sei daher allenfalls teilweise aufzuheben.

47 Die beteiligten Übertragungsnetzbetreiber B., C. und D. schließen sich dem Antrag der Bundesnetzagentur an und beantragen hilfsweise,

48 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.

49 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.

50 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.

51 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.

52 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.

53 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.

54 Die Beschwerde der Betroffenen ist - wie der Senat schon in seinem Beschluss vom 14. November 2012 ausgeführt hat - zulässig.

55 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").

56 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.

57 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, 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.

58 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.

59 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.).

60 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 Än-

derungen 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.

61 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.

62 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:

63 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)

64 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.

65 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.

66 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).

67 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.).

68 2. Nach diesen Maßstäben ist die Verordnungsänderung, die der Gesetzgeber mit Wirkung zum 4. August 2011 vorgenommen hat, nicht verfassungsgemäß und daher nichtig.

69 2.1 Der Gesetzgeber hat das Verfahren nach Art. 76 ff. GG für das Gesetz zur Neuregelung en-

ergiewirtschaftlicher 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.

70 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.

71 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.

72 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".

73 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.

74 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).

75 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.

76 2.2.1 Die Änderung des § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV enthält im Wesentlichen zwei Komponenten:

77 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.

78 Zum anderen ist ein bundesweiter 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.

79 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.

80 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.

81 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 Verordnungser-

mächtigung 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).

82 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.).

83 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).

84 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.

85 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.

86 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.

87 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 Ausge-

staltung 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]

88 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.).

89 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.

90 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 Gegen-

leistung 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.

91 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.

92 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.

93 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.

94 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.

95 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.

96 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).

97 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.

98 Netzentgelte sind grundsätzlich kostenbezogen zu berechnen, so dass auch Preisdifferenzierungen unterschiedliche Zugangskosten widerspiegeln und zu angemessenen Entgelten für alle Netznutzer führen müssen.

99 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 - "Pumpspei-

cherkraftwerke 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.

100 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.).

101 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.

102 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).

103 Eine derartige Privilegierung aus wirtschaftspolitischen Gründen ist indessen von der Verordnungsermächtigung, die allein die Bestimmung der Entgelte, also das "wie" betrifft, nicht er-

fasst.

104 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.

105 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).

106 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".

107 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.

108 Die Hilfsanträge der beteiligten Übertragungsnetzbetreiber B., C. und D. sind unzulässig.

109 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.

110 Für eine solche allgemeine, abstrakte Feststellung ist in dem Beschwerdeverfahren der Betrof-

fenen 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.

111 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; 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. 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/Bunte in: 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).

112 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.

113 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.

114 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 EUR.

D.

115 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.

Gericht:	VG Frankfurt 1. Kammer
Entscheidungsdatum:	15.11.2012
Aktenzeichen:	1 K 1149/12.F
ECLI:	ECLI:DE:VGFFM:2012:1115.1K1149.12.F.0A
Dokumenttyp:	Urteil
Quelle:	juris
Normen:	§ 41 Abs 1 EEG, § 41 Abs 2 EEG, § 43 Abs 1 EEG, § 41 Abs 1 EEG 2012, Art 20 Abs 3 GG... mehr
Zitiervorschlag:	VG Frankfurt, Urteil vom 15. November 2012 – 1 K 1149/12.F –, juris

Besondere Ausgleichsregelung für stromintensive Unternehmen

Orientierungssatz

1. Nach dem Wortlaut des Gesetzes muss das Zertifikat im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr erstellt worden sein.(Rn.21)

2. Der Wortlaut des Gesetzes entspricht dann nicht dem Willen des Gesetzgebers, wenn ein Redaktionsversehen vorliegt.(Rn.30)

Verfahrensgang

nachgehend Hessischer Verwaltungsgerichtshof 6. Senat, 24. April 2014, 6 A 664/13, Urteil

Tenor

1. Die Klage wird abgewiesen.

2. Die Kosten des Verfahrens hat die Klägerin zu tragen.

3. Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe der festgesetzten Kosten abwenden, wenn die Beklagte nicht zuvor Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Tatbestand

1 Gegenstand des Rechtsstreits ist die *Besondere Ausgleichsregelung* nach §§ 40ff. des Erneuerbare-Energien-Gesetzes in der Fassung vom 25.10.2008 (BGBl 2008 I 2074 – EEG).

2 Das Erneuerbare-Energien-Gesetz dient der Förderung von Investitionen in erneuerbare Energien mit dem Ziel, den Anteil der erneuerbaren Energien an der Stromversorgung in Deutschland bis zum Jahre 2050 auf 80 Prozent zu erhöhen. Es verpflichtet die Netzbetreiber zur Zahlung eines garantierten Mindestabnahmepreises an die Erzeuger von Strom aus erneuerbaren Energien, der höher ist als der Marktpreis für Strom, so dass die Amortisation der Investition in erneuerbare Energien trotz der höheren Produktionskosten rentabel wird. Die Netzbetreiber geben diese Mehrkosten an die Endverbraucher weiter. Dies führt zu erhöhten Energiekosten der Endverbraucher, was bei stromintensiven Unternehmen des produzierenden Gewerbes zu einem internationalen Wettbewerbsnachteil führen kann. Um diesen Nachteil zumindest teilweise auszugleichen, sieht das Gesetz eine *Besondere Ausgleichsregelung* für stromintensive Unternehmen vor. Auf entsprechenden Antrag begrenzt die Beklagte den Anteil der Strommenge aus

erneuerbaren Energien, die von Energieversorgungsunternehmen an das stromintensive Unternehmen weitergegeben und in Rechnung gestellt wird. Der Antrag muss jährlich bis zum 30. Juni für das darauf folgende Kalenderjahr gestellt werden. Dem Antrag sind eine Reihe von Nachweisen beizufügen, die in § 41 EEG aufgeführt sind.

3 Die Klägerin stellte bei der Beklagten am 17.06.2011 einen Antrag zur Besonderen Ausgleichsregelung für das Jahr 2012 und fügte ein Konvolut von Nachweisen bei. Darunter befand sich auch eine Zertifizierungsbescheinigung der G-GmbH gemäß § 41 Abs. 1 Nr. 4 i.V.m. Abs. 2 S. 2 EEG, mit der bestätigt wird, dass die für die Klägerin erhobenen Energiedaten und Einsparpotentiale sowie deren Bewertung überprüft und Abweichungen von den Anforderungen gemäß § 41 Abs. 1 Nr. 4 i.V.m. Abs. 2 EEG nicht festgestellt worden sind. Dieses Zertifikat datiert vom 24.05.2011.

4 Mit Bescheid vom 11.08.2011 lehnte die Beklagte den Antrag zur Besonderen Ausgleichsregelung ab. In den Gründen ist ausgeführt, dass die Klägerin nicht nachgewiesen habe, dass, wie in § 41 Abs. 1 Nr. 4 EEG gefordert werde, im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr eine Zertifizierung erfolgt sei, mit der der Energieverbrauch und die Potentiale zur Verminderung des Energieverbrauchs erhoben und bewertet worden seien. Das vorgelegte Zertifikat weise aus, dass die Zertifizierung nicht *im* letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr erfolgt sei, sondern erst am 24.05.2011.

5 Den hiergegen erhobenen Widerspruch wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 28.02.2012, zugestellt am 29.02.2012, zurück. Am 29.03.2012 hat die Klägerin Klage erhoben.

6 Die Klägerin hält die angefochtenen Bescheide für rechtswidrig, weil sie auf einer fehlerhaften Auslegung der maßgeblichen Vorschrift des § 41 Abs. 1 Nr. 4 EEG beruhten. Dem strikten Wortlaut dieser Vorschrift zufolge sei es zwar richtig, dass zu den Anspruchsvoraussetzungen für die Besondere Ausgleichsregelung der Umstand gehöre, dass "im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr […] eine Zertifizierung erfolgt ist, […]". Indessen müsse das Gesetz seinem Sinn und Zweck nach so verstanden werden, dass sich nur die Daten des Energieverbrauchs und die Potenziale zur Verminderung des Energieverbrauchs auf das letzte abgeschlossene Geschäftsjahr beziehen müssten, nicht jedoch die Ausstellung des Zertifikates, das diese Daten zum Gegenstand habe. Die Klägerin macht für diese Auslegung des Gesetzes geltend, dass eine jüngere Zertifizierung auf der Basis aktuellerer Daten erfolge und daher nicht weniger geeignet sein könne, den Energieverbrauch und Einsparungspotenziale auszuweisen. Sofern eine Auslegung nach Sinn und Zweck deshalb nicht möglich sei, weil sie sich über den Wortlaut hinwegsetzen müsse, sei jedenfalls eine teleologische Reduktion geboten. Der Tatbestand müsse entgegen dem möglichen Wortsinn eingeschränkt werden, weil der Anwendungsbereich der Norm sonst über den Zweck der gesetzlichen Regelung hinausgehen würde.

7 Die Auslegung der Klägerin werde weiterhin dadurch bestätigt, dass der Gesetzgeber selbst in der im Juli 2011 verabschiedeten Änderung des EEG (EEG 2012), die erstmals für Anträge anwendbar sei, die sich auf das Jahr 2013 bezögen, den Wortlaut des § 41 Abs. 1 Nr. 4 dahingehend geändert habe, dass jetzt weder die relevante Datenbasis noch das Zertifikat aus dem letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr stammen müssten. Dies zeige, dass es dem Gesetzgeber keineswegs darauf angekommen sei, dass das Zertifikat innerhalb des letzten abgeschlossenen Geschäftsjahrs erstellt werde. Die Änderung des Gesetzes bestätige, dass dem Gesetzgeber im EEG ein Redaktionsversehen unterlaufen sei, das der Lesart der Beklagten entgegenstünde.

8 Die Klägerin rügt ferner eine Verletzung in Art. 3 GG und trägt weiter vor, dass sie auch alle übrigen Voraussetzungen nach §§ 40ff. EEG erfüllt habe, so dass die Beklagte verpflichtet sei, die begehrte Begrenzung vorzunehmen.

9 Die Klägerin beantragt,

10 den Bescheid der Beklagten vom 11.08.2011 und den Widerspruchsbescheid vom 28.02.2012 aufzuheben und die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin die am 17.06.2011 beantragte Begrenzung der weitergeleiteten Strommenge an der Abnahmestelle B-Straße in C-Stadt zu erteilen.

11 Die Beklagte beantragt,

12 die Klage abzuweisen.

13 Die Beklagte beruft sich auf den Wortlaut des § 41 Abs. 1 Nr. 4 EEG. Dieser entspreche den Anforderungen des Handbuchs der Rechtsförmlichkeiten. Danach müsse die Zertifizierung eindeutig innerhalb des letzten abgeschlossenen Geschäftsjahrs erfolgt sein. Unter Zertifizierung sei zwar ein Prozess zu verstehen, der die Ermittlung und Bewertung der Daten umfasse, aber erst mit der Ausstellung der Zertifikatsurkunde abgeschlossen, also erfolgt sei. Zumindest Letzteres sei hier erst nach dem Ende des letzten abgeschlossenen Geschäftsjahrs 2008/09 erfolgt, so dass die Voraussetzung des § 41 Abs. 1 Nr. 4 EEG nicht erfüllt sei. Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus § 41 Abs. 2 Satz 2 EEG. Dort sei nur geregelt, in welcher Weise der Nachweis geführt werden müsse, bzw. welche Anforderungen an das Zertifikat zu stellen sind, insbesondere, dass die ausstellende Stelle hierfür akkreditiert sein müsse.

14 Auch die Gesetzgebungsgeschichte zeige, dass der Wortlaut nicht auf einem Redaktionsversehen beruhe, sondern der beabsichtigten Regelung entspreche.

15 Der Wortlaut entspreche auch dem Sinn und Zweck der Vorschrift. Das Erfordernis der Ausstellung der Zertifizierungsbescheinigung innerhalb des letzten abgeschlossenen Geschäftsjahrs solle nämlich sicherstellen, dass ein kontinuierlicher Verbesserungsprozess bezüglich der Energieeffizienz stromintensiver Unternehmen angestoßen werde, und zwar unabhängig davon, ob sich das Unternehmen mit der konkreten Absicht einer Antragstellung nach §§ 40ff. EEG trage. Das liege im Interesse der anteilig belasteten Letztverbraucher. Dadurch dass die Zertifizierungsbescheinigung aus dem letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr stammen müsse, würden die Unternehmen dazu angehalten, sich kontinuierlich, nämlich jedes Jahr ihre Energiesparpotenziale bewusst zu machen. Denn ohne jährliche Zertifizierung könne sich ein Unternehmen nicht die Möglichkeit sichern, im jeweils nachfolgenden Antragsjahr von der besonderen Ausgleichsregelung zu profitieren. Die Gesetzessystematik spreche nicht für eine andere Auslegung. Sie belege nur, dass die Zertifizierung die Ausstellung einer Zertifizierungsbescheinigung umfasse.

16 Die Regelung führe auch nicht zu einem Eingriff in Grundrechte der Klägerin. Das scheitere schon daran, dass es hier nicht um einen Eingriff gehe, sondern um die Gewährung einer Begünstigung. Eine Verletzung des Gleichheitssatzes sei nicht ersichtlich und die Regelung sei mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip vereinbar. Die geforderte Zertifizierung sei jedenfalls das mildere Mittel im Vergleich zur Auferlegung von Stromeinsparpflichten. Der Umstand, dass diese Regelung mit dem EEG 2012 gestrichen worden sei, ändere nichts an der Rechtmäßigkeit der früheren Regelung. Denn der Gesetzgeber verfüge insoweit über ein weites Gestaltungsermessen, das sowohl die eine als auch die andere Regelung erfasse. Die Klägerin könne sich auch nicht auf Vertrauensschutz berufen, denn die Regelung sei seit Verkündung des EEG am 31.10.2008 bekannt gewesen und habe deshalb im Geschäftsjahr 2008/09 ohne Weiteres noch berücksichtigt werden können.

17 Die Gesetzeshistorie stehe der Auslegung der Beklagten ebenfalls nicht entgegen. Der Gesetzgeber habe sich, was das Zertifizierungsverfahren angeht, von der VO (EG) Nr. 761/2001 vom

24.04.2001 leiten lassen. Diese Verordnung verlange einen Prozess kontinuierlicher Verbesserung.

18 Das Gericht hat einen Hefter Behördenakten beigezogen und zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht.

Entscheidungsgründe

19 Die Klage ist zulässig, aber nicht begründet. Die angefochtenen Bescheide sind rechtmäßig. Die Beklagte hat es zu Recht abgelehnt, eine Begrenzung des Anteils der Strommenge nach § 37 EEG für das Jahr 2012 vorzunehmen. Denn die Klägerin hat die gesetzlichen Antragsvoraussetzungen nicht vollständig erfüllt.

20 Nach § 41 Abs. 1 Nr. 4 EEG erfolgt die Begrenzung nämlich nur dann, wenn das den Antrag stellende Unternehmen nachweist, dass *im* letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr eine Zertifizierung erfolgt ist, mit der der Energieverbrauch und die Potenziale zur Verminderung des Energieverbrauchs erhoben und bewertet worden sind. Der Begriff der Zertifizierung meint den Vorgang der Ausstellung eines Zertifikats. Ein Zertifikat (von lateinisch *certus*: *sicher, gewiss* und *facere: machen*) ist ein schriftliches Dokument, in dem ein bestimmter Sachverhalt als durch den Aussteller wahrgenommen oder festgestellt bestätigt wird, wobei es sich bei dem Aussteller um eine Person handeln muss, die im Hinblick auf den Gegenstand der Zertifizierung fachkundig ist oder als fachkundig gilt. Das Gesetz macht hinsichtlich der Qualifikation der Zertifizierungsstelle keine Vorgaben. Es kann, aber muss sich nicht um einen Umweltgutachter im Sinne des § 3 Nr. 12 EEG handeln (Schäfermeier in Resthöft, HK-EEG, 3. Aufl. 2009, § 41 Rn 12; Altrock/Oschmann/Theobald, EEG, 3. Aufl. 2011, § 41 Rn 30; a.A. Salje, EEG, 5. Aufl. 2009, § 41 Rn 54).

21 Der Vorgang der Zertifizierung bezieht sich jedenfalls nicht auf den der Beurkundung vorausliegenden Vorgang der Feststellung des betreffenden Sachverhalts, sondern auf die Ausstellung des Dokuments, in dem dieser Sachverhalt bestätigt wird. Denn es ist möglich, (regelwidrig) ein Zertifikat auszustellen, ohne den darin bestätigten Sachverhalt je geprüft zu haben. Ebenso ist es möglich über einen Sachverhalt ein Zertifikat auszustellen, der gar nicht existiert. Obwohl das ausgestellte Zertifikat in diesem Fall eine schriftliche Lüge beinhaltet, muss auch dieser Vorgang als *Zertifizierung* bezeichnet werden. Das Gesetz verlangt damit seinem eindeutigen Wortlaut nach, dass das Dokument selbst (Zertifikat) *im* letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr erstellt worden sein muss. Es genügt nicht, dass es sich auf einen Sachverhalt aus diesem Geschäftsjahr bezieht und auch nicht, dass der Vorgang der diesbezüglichen Feststellungen in diesem Geschäftsjahr erfolgt ist.

22 Die Deutung, dass unter dem Begriff der erfolgten Zertifizierung in § 41 Abs. 1 Nr. 4 EEG nur gemeint sei, dass sich das Zertifikat seinem Inhalt nach auf das letzte abgelaufene Geschäftsjahr beziehen, nicht aber in diesem Jahr ausgestellt sein müsse, lässt sich auch nicht unter Bezugnahme auf § 41 Abs. 2 Satz 2 EEG rechtfertigen, wonach die Voraussetzungen nach Absatz 1 Nr. 4 durch eine Bescheinigung der Zertifizierungsstelle nachzuweisen sind. Denn die Zertifizierung im Sinne des § 41 Abs. 1 Nr. 4 EEG besteht aus dieser Bescheinigung. § 41 Abs. 2 Satz 2 EEG besagt nur, dass es nicht ausreicht, dass die Zertifizierung erfolgt ist, und auch nicht, dass sie irgendwie nachgewiesen wird, sondern dass der Nachweis der Zertifizierung nicht anders als durch Vorlage des Zertifikats erbracht werden kann. Die Bedeutung der Regelung des § 41 Abs. 2 Satz 2 EEG erschließt sich im Lichte des § 43 Abs. 1 EEG, wonach der Antrag auf die Besondere Ausgleichsregelung "einschließlich der vollständigen Antragsunterlagen" bis zum 30. Juni des laufenden Jahres zu stellen ist. Was unter "vollständigen Antragsunterlagen" zu verstehen ist, ergibt sich aus der Aufzählung in § 41 Abs. 2 EEG und umfasst somit auch das Zertifikat zum Energieverbrauch und zu den Energieeinsparpotenzia-

len.

23 Die von der Klägerin präferierte Deutung lässt sich auch nicht durch die Merkblätter der Beklagten stützen. Jedenfalls ab der Version vom 19.03.2009 des "Merkblatts zur Darlegung der Voraussetzung nach § 41 Abs. 1 Nr. 4 i.V.m. Abs. 2 S. 2 Erneuerbare-Energien-Gesetz 2009" (Nr. 2.4) heißt es, dass das Zertifikat im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr ausgestellt worden sein muss. In Fällen bestimmter Zertifizierungen, die hier nicht einschlägig sind, kann das Zertifikat über die Registrierung zu einem Energieeinsparmanagement zwar aus einem früheren Jahr stammen. In diesen Fällen ist jedoch eine Umweltauditbescheinigung vorzulegen, die in dem letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr ausgestellt worden ist. Im Übrigen kommt es auf den Inhalt der Merkblätter auch nicht entscheidend an. Denn diese enthalten in jedem Fall nur Auskünfte über die Rechtsauffassung der Beklagten zur Auslegung des § 41 Abs. 1 Nr. 4 EEG, welche für das Gericht nicht bindend ist und den Regelungsgehalt des Gesetzes weder modifizieren noch verbindlich interpretieren kann.

24 Das Gericht darf sich nicht zugunsten der Klägerin über den eindeutigen Wortlaut des Gesetzes hinwegsetzen. Denn der Wortlaut ist, wie das Bundesverfassungsgericht erst kürzlich wieder festgestellt hat, die Grenze der Auslegung (BVerfG, B. v. 25.01.2011 – 1 BvR 918/10 –, BVerfGE 128, 193,TZ 53 [Halbteilungsgrundsatz]). Es gibt allerdings auch Äußerungen des Bundesverfassungsgerichts, die zu dem Missverständnis führen können, das (Instanz)Gericht dürfe sich bei der Auslegung über den Wortlaut einer Norm hinwegsetzen, sofern dies durch andere Auslegungsmethoden innerhalb des herkömmlichen juristischen Methodenkanons nahegelegt werde. So hat es in einem Urteil aus dem Jahre 2002 ausgeführt, für die Auslegung einer Gesetzesbestimmung seien alle herkömmlichen Auslegungsmethoden anzuwenden, unter denen jedoch keine einen unbedingten Vorrang vor anderen habe. Das gelte insbesondere auch für die so genannte grammatikalische Auslegung, der nur im Strafrecht eine herausgehobene Bedeutung zukomme. Ansonsten bilde der mögliche Wortsinn einer Vorschrift keine unübersteigbare Grenze der Auslegung (BVerfG, Urt. v. 20.03.2002 – 2 BvR 794/95 –, BVerfGE 105, 135 [157] = juris TZ 79). Hierzu lässt sich zunächst feststellen, dass es sich bei dieser Äußerung nicht um einen tragenden Grund, sondern um ein obiter dictum handelt, dem schon deshalb keine Verbindlichkeit zukommt. Die Entscheidung befasst sich im Kern mit der Frage der Auslegung von Strafrechtsnormen im Lichte des Art. 103 Abs. 3 GG und nicht mit dem Begriff der Bindung an das Gesetz im Sinne des Art. 20 Abs. 3 GG und des Art. 97 Abs. 1 GG. Im Übrigen spricht das Bundesverfassungsgericht in dieser Entscheidung auch nur davon, dass außerhalb des Strafrechts keiner der herkömmlichen Auslegungsmethoden ein *unbedingter* Vorrang zukomme. Das lässt sich, was die Beachtung des Wortlautes angeht, auch so verstehen, dass dieser zwar nicht unbedingt verbindlich ist, aber andererseits doch nur dann überschritten werden darf, wenn dies durch besondere Gründe gerechtfertigt ist. Im wesentlichen kann das nur der Grund sein, dass dem Gesetzgeber bei der Wahl des Wortlauts ein offensichtliches Redaktionsversehen unterlaufen ist, so dass sich zweifelsfrei feststellen lässt, dass er etwas anderes sagen wollte, als er tatsächlich gesagt hat.

25 In der heutigen juristischen Methodenlehre in Deutschland ist allerdings die Auffassung weit verbreitet, dass der Wortlaut schon deshalb der Auslegung keine Grenze bietet, weil sich Worten als solchen stets und unhintergehbar keine hinreichend bestimmte Bedeutung entnehmen lasse. Diese Auffassung wird gegenwärtig unter der Bezeichnung "Piano-Theorie" diskutiert. Dieser Ausdruck geht auf den ehemaligen Präsidenten des BGH Günter Hirsch zurück (Hirsch ZRP 2006, 161). Gemeint ist damit die Auffassung, dass Gesetzesbegriffe unaufhebbar vage und "porös" sind, so dass sich nicht objektiv feststellen lässt, was sie bedeuten. Deshalb sei es, so die Vertreter dieser Theorie, "widersinnig […] darauf zu beharren, der Richter müsse sich streng an das Gesetz halten. Er kann es nicht." (Hassemer, Rechtssystem und Kodifikation. In: Kaufmann/Hassemer/Neumann, Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegen-

wart, 7. Auf. 2004, S. 260). Konsequenz dieser Tatsache sei, dass sich die Gerichte nicht an die gesetzlichen Vorschriften halten, was unmöglich sei, sondern nur so tun, als folgten sie dem Gesetz (Hassemer a.a.O). Hirsch leitet daraus ab, dass das Verhältnis von Richter und Gesetz dem des Pianisten zum Komponisten entspricht. Der Pianist interpretiert die Vorgaben "mehr oder weniger virtuos, er hat Spielräume, darf aber das Stück nicht verfälschen." (Hirsch a.a.O.). Der Richter sei kein Techniker, sondern ein Künstler. Die Kunst der Rechtsfindung ließe sich letztlich nicht durch Regeln mitteilen, sondern müsse dem Richter "gegeben" sein (Hirsch, NJW 2006, 3255 [3256]).

26 Die Piano-Theorie beruht auf der Prämisse, dass dem Wortlaut der Gesetzesbegriffe grundsätzlich kein sicherer Sinn entnommen werden kann. Diese Prämisse trifft nicht zu. So kann es schlechterdings keinem Zweifel unterliegen, dass mit einem Zertifikat stets eine Urkunde gemeint ist, und dass Zertifizierung der Vorgang des Ausstellens dieser Urkunde ist. Eine Interpretation des Begriffs der Zertifizierung in dem Sinne, dass damit der Vorgang der Feststellung des Sachverhalts gemeint ist, und nicht die Ausstellung der Urkunde über den Sachverhalt, ist mit der Wortbedeutung schlechterdings unvereinbar. Das schließt nicht aus, dass der Begriff des Zertifikats vage oder porös ist. Im Rahmen der Porösität wäre es beispielsweise möglich, nicht nur schriftliche Dokumente, sondern auch elektronische Dateien unter den Begriff des Zertifikats zu fassen. Im Rahmen der Vagheit könnte es fraglich sein, ob ein als Zertifikat ausgewiesenes Dokument auch dann den Begriff des Zertifikats erfüllt, wenn es dem Aussteller nachweislich an der erforderlichen Sachkunde fehlte. Fragen dieser Art stellen sich jedoch im vorliegenden Fall nicht.

27 Ebenso wenig ist der Begriff des letzten abgeschlossenen Geschäftsjahres dunkel oder zweifelhaft. Es handelt sich um einen kalendermäßig bestimmten Zeitraum, dessen Anfang und Ende durch den Gesellschaftsvertrag der Klägerin festgelegt ist. Vagheiten im Hinblick darauf, ob der gregorianische, der julianische oder der islamische Kalender Anwendung finden sollen, stellen sich im vorliegenden Fall ebenso wenig wie Probleme der Porösität im Hinblick auf völlig neue Zeitfixierungs- und Berechnungssysteme.

28 Auch das Wort "im" im Zusammenhang mit "im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr" ist an Eindeutigkeit und Klarheit nicht zu übertreffen. Es liefert die sichere Information, dass der Vorgang der Zertifizierung im Laufe des letzten abgeschlossenen Geschäftsjahrs zum Abschluss gebracht worden sein muss. Diese Bedingung ist eindeutig nicht erfüllt, wenn das Zertifikat entweder vor oder nach dem letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr ausgestellt worden ist.

29 Angesichts dieser Befunde trifft es einfach nicht zu, dass die Bindung des Richters an das Gesetz unmöglich ist. Ist sie aber möglich, so kann sie auch nicht unter Hinweis auf die Unmöglichkeit ignoriert werden. Es ist möglich, sich an die gesetzlichen Vorgaben zu halten und also muss das auch geschehen. An dem Regelungsgehalt des § 41 Abs. 1 Nr. 4 EEG ist nach alledem also nicht zu rütteln.

30 Die Klage könnte deshalb nur dann Erfolg haben, wenn die Bindung des Gerichts an das Gesetz (Art. 20Abs. 3, Art. 97 Abs. 1 GG) deshalb nicht zugleich als Bindung an den Wortlaut des Gesetzes angesehen werden kann, weil sich ohne ernstlichen Zweifel annehmen lässt, dass der Wortlaut nicht den tatsächlichen Regelungswillen des Gesetzgebers wiedergibt. Das ist indessen nicht schon dann der Fall, wenn der Gesetzgeber etwas geregelt hat, das er bei hinreichend sorgfältiger Überlegung nicht geregelt hätte oder nicht hätte regeln sollen. Der Wortlaut gibt nur dann den Regelungswillen des Gesetzgebers nicht wider, wenn man von einer "verunglückten" Formulierung oder einem Redaktionsversehen sprechen kann. Das ist der Fall, wenn sich aus dem Gesamtzusammenhang mit der Systematik des Gesetzes oder mit der Gesetzesbegründung erkennen lässt, dass eindeutig etwas anderes gemeint war, als gesagt, bzw. ge-

schrieben worden ist. Eine solche "verunglückte" Formulierung lässt sich jedoch im Falle des § 41 Abs. 1 Nr. 4 EEG nicht mit der erforderlichen Sicherheit feststellen.

31 Die Gesetzgebungsgeschichte bietet keinen ausreichenden Nachweis für ein Redaktionsversehen. Im ursprünglichen Referentenentwurf vom 09.10.2007, den die Beklagte dem Gericht vorgelegt hat, war vorgesehen, dass das Unternehmen nachweisen muss, im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr ein zertifiziertes Energiemanagementsystem zu besitzen. Unter einem zertifizierten Energiemanagementsystem sollte dabei eine EMAS-Registration im Sinne des Art. 6 i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Nr. 1 VO (EG) Nr. 761/2001 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 19.03.2011 über die freiwillige Beteiligung von Organisationen an einem Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und die Umweltprüfung – EMAS – (ABl EG Nr. L 114 v. 24.04.2001, S. 1) oder ein vergleichbares System verstanden werden (§ 45 Abs. 1 Nr. 4 des Referentenentwurfs). EMAS bezeichnet ein Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und die Umweltbetriebsprüfung zur Bewertung und Verbesserung der Umweltleistung von Organisationen und zur Unterrichtung der Öffentlichkeit und anderer interessierter Kreise, an dem sich Organisationen freiwillig beteiligen können. Unternehmen, die sich an EMAS beteiligen wollen, können sich bei der zuständigen nationalen Stelle registrieren lassen. Sie verpflichten sich damit u.a. zu einer kontinuierlichen Verbesserung der Umweltleistung durch jährliche Verbesserungen (Art. 2 lit. b), die einer Betriebsprüfung zu unterziehen sind. Zur Aufrechterhaltung der EMAS-Registrierung müssen die Unternehmen das Umweltmanagementsystem und das Programm für die Umweltbetriebsprüfung begutachten lassen (Art. 3 Abs. 3 a)). Diese Begutachtung muss alle 36 Monate erfolgen, Aktualisierungen der Umwelterklärung müssen alle 12 Monate für gültig erklärt werden (Anhang 5.6). Der Referentenentwurf zum EEG sah also nicht etwa vor, dass diese Begutachtung im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr erfolgen muss, sondern nur, dass die EMAS-Registrierung, die überhaupt erst die Verpflichtung zu jährlichen Verbesserungen der Umweltleistung und zu regelmäßigen Begutachtungen begründet, bereits im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr vorgelegen haben musste, wobei diese Registrierung nicht zwingend innerhalb des Geschäftsjahres, sondern auch schon früher erfolgt sein konnte. Wie die Beklagte vorgetragen hat, stieß dieser Entwurf auf den Widerstand des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie mit der Folge, dass die Bundesregierung dem Bundestag schließlich einen Gesetzentwurf vorlegte, in dem die Nummer 4 aus dem Referentenentwurf ersatzlos gestrichen war (BT-Drs 16/8148). Erst der Bundestagsausschuss für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit schlug dann die Formulierung der Nummer 4 vor, die schließlich Gesetz geworden ist. Darin findet sich keine Bezugnahme auf die VO (EG) Nr. 761/2001 und es wird auch keine EMAS-Registrierung oder ein vergleichbares System verlangt, sondern nur eine nicht näher spezifizierte Zertifizierung, mit der der Energieverbrauch und die Potenziale zur Verminderung des Energieverbrauchs erhoben und bewertet worden sind.

32 Diese Gesetzgebungsgeschichte lässt sich nicht mit der erforderlichen Sicherheit dahingehend deuten, dass es dem Bundestagsausschuss für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit darum gegangen sei, die Intervention des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie ungeschehen zu machen und dem ursprünglichen Referentenentwurf zum Durchbruch zu verhelfen, wobei man es – unglücklicherweise – unterließ, einfach den Wortlaut des Referentenentwurfs zu übernehmen, sondern stattdessen einen davon abweichenden Wortlaut wählte, der gemessen an diesem Ziel als verunglückt angesehen werden müsste. Denn nach dem schließlich Gesetz gewordenen Formulierungsvorschlag des Bundestagsausschusses ging es um ein von der ursprünglichen Konzeption abweichendes Ziel. Es sollte nicht mehr sichergestellt werden, dass ein Unternehmen die Besondere Ausgleichsregelung nur dann sollte in Anspruch nehmen können, wenn es jährliche konkrete Verbesserungen der Umweltleistungen erbracht hat, sondern es sollte nur noch auf den durch das Zertifikat zu erbringenden Nachweis ankommen,

dass sich das Unternehmen durch Betreiben des Zertifizierungsverfahrens in gewissem – möglicherweise sehr bescheidenem – Umfang theoretische Gedanken über seinen Energieverbrauch und die vorhandenen Energieeinsparpotenziale gemacht hat. Es ist deshalb nicht ausgeschlossen, dass der Gesetzgeber erreichen wollte, dass sich die Unternehmen in jedem abgeschlossenen Geschäftsjahr, auf das die Beantragung der Besonderen Ausgleichsregelung erfolgt, diese theoretischen Gedanken gemacht haben. Dieser Zielsetzung würde es entsprechen, ein Zertifikat zu verlangen, das im letzten abgelaufenen Geschäftsjahr ausgestellt worden ist.

33 Für ein Redaktionsversehen könnte weiterhin die systematische Auffälligkeit sprechen, dass in § 41 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 EEG ausschließlich materielle Voraussetzungen aufgelistet werden, die im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr erfüllt sein müssen, während allein nach § 41 Abs. 1 Nr. 4 ein Nachweisdokument innerhalb des letzten abgeschlossenen Geschäftsjahrs erstellt sein muss, das sich zudem noch auf Fakten bezieht, die selbst nicht innerhalb des letzten abgeschlossenen Geschäftsjahrs vorgelegen haben müssen. Indessen hat diese Auffälligkeit nicht das Gewicht eines eindeutigen Nachweises dafür, dass der Gesetzgeber etwas anderes gesagt hat als er sagen wollte. Deshalb kann es dieser Umstand allein nicht rechtfertigen, sich über den Wortlaut des Gesetzes hinwegzusetzen.

34 Es gibt also schon keine hinreichend tragfähigen Gründe für die Annahme eines Redaktionsversehens. Darüber hinaus steht die weitere Entwicklung des Gesetzes einer derartigen Annahme sogar noch ausdrücklich entgegen. Die hier maßgebliche Fassung des § 41 Abs. 1 EEG wurde nämlich mit dem Änderungsgesetz vom 28.07.2011 (BGBl 2011 I 1634 [1649] – EEG 2012) geändert. Nach dieser neuen Regelung, die am 01.01.2012 in Kraft trat, setzt die Begrenzung der Strommenge nur noch voraus, dass überhaupt eine Zertifizierung erfolgt ist. Es kommt weder darauf an, auf welchen Zeitraum sich die Erhebung des Energieverbrauchs und der Einsparpotenziale bezieht, noch darauf, zu welchem Zeitpunkt oder in welchem Zeitraum das Zertifikat ausgestellt worden ist. Diese Neuregelung ist nicht weniger weit von der Formulierung des ursprünglichen Referentenentwurfs entfernt als die Formulierung in der hier maßgeblichen Fassung des EEG. Deshalb kann in der Neuformulierung keine bloße "Klarstellung" dessen gesehen werden, was schon nach der alten Regelung galt (so aber: Kachel ZUR 2012, 32 [35]). Vielmehr ist die Regelung im EEG 2012 als eine echte Neuregelung aufzufassen, wonach ab dem Antragsjahr 2012 etwas anderes gelten soll als zuvor (ebenso: Poppe, ZNER 2012, 47 [51]). Das wird auch durch die amtliche Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung bestätigt. Dort heißt es: "Nach Nummer 2 muss das Zertifizierungserfordernis zukünftig nicht mehr für das letzte abgeschlossene Geschäftsjahr nachgewiesen werden. Es reicht vielmehr aus, wenn die Zertifizierung im Zeitpunkt der Antragstellung gültig ist. Hintergrund der Änderung sind zahlreiche gescheiterte Anträge, weil Unternehmen in dem Zeitpunkt, in dem sie feststellten, dass sie die Antragsvoraussetzungen im Übrigen erfüllen, die Zertifizierung wegen des Ablaufs des letzten abgeschlossenen Geschäftsjahrs nicht mehr nachholen konnten." (BT Drs 17/6071, S. 84). Diese Begründung der Gesetzesänderung macht deutlich, dass der bis zum 01.01.2012 geltende Wortlaut für die Vergangenheit den Willen des Gesetzgebers zutreffend zum Ausdruck bringt. Erst für die Zukunft soll aufgrund der mit dieser Regelung gemachten Erfahrungen etwas anderes geregelt werden.

35 Die vorstehenden Überlegungen dürfen zwar nicht dahin verstanden werden, dass die Auslegung eines Gesetzes anhand der Gesetzesmaterialien zu einem in einer späteren Legislaturperiode erlassenen Gesetz denselben Stellenwert hätte wie die Gesetzesmaterialien zu dem auszulegenden Gesetz. Denn es handelt sich dabei nur um eine Interpretation der bisher bestehenden Rechtslage und nicht um die Motive der Gesetzgebung. Indessen ist anerkannt, dass das Verhalten eines späteren Gesetzgebers zu einem früheren Gesetz für dessen Auslegung nicht gänzlich ohne Bedeutung ist. So wird etwa aus dem Schweigen und der Untätigkeit des Gesetzgebers hinsichtlich einer bestehenden Rechtslage unter Umständen geschlossen, dass

der aktuelle Gesetzgeber die bisherige Rechtslage in seinen Willen aufgenommen hat. Das kann beispielsweise einer Anpassung des Gesetzes an aktuelle Lebensumstände im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung entgegenstehen (Beispiel: BGH, B. v. 08.02.2010 – II ZR 54/09 –, NJW-RR 2010, 1047-1048 = juris TZ 5).

36 Eine "verunglückte" Formulierung lässt sich auch nicht deshalb annehmen, weil die Regelung dem Wortlaut nach etwas Unmögliches verlangt. Zwar ist es richtig, dass eine Zertifizierung von Daten, die in einem bestimmten Zeitraum anfallen, nur nach dem Ende dieses Zeitraums zertifiziert werden können (a. A. Frenz/Müggenborg, EEG, 2. Aufl. 2011, § 41 Rn 64). Indessen sieht § 41 Abs. 1 Nr. 4 EEG keinen bestimmten Zeitraum vor, dessen Daten zertifiziert sein müssen. Das Gesetz verlangt nur, dass die Zertifizierung im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr erfolgt sein muss; es verlangt nicht, dass auch die Daten im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr angefallen sein müssen und auch nicht, dass Daten, die außerhalb des abgeschlossenen Geschäftsjahrs angefallen sind, außer Betracht bleiben müssen. Auch die Beschlussempfehlung des Ausschusses für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, auf die die Einfügung der Nr. 4 des § 41 Abs. 1 EEG zurückgeht, sieht das letzte abgeschlossene Geschäftsjahr nicht als Referenzzeitraum für die zu zertifizierenden Daten vor (BT Drs 16/9477, S. 27).

37 Die Beklagte geht davon aus, dass der Gesetzgeber im Hinblick auf die Zertifizierung die Regelungen der bereits erwähnten VO (EG) Nr. 761/2001 im Sinn hatte. Abgesehen davon, dass es hierfür nach der Abkehr vom ursprünglichen Referentenentwurf gerade keine Anhaltspunkte mehr gibt, sehen auch diese Regelungen keinen bestimmten Referenzzeitraum vor, insbesondere auch nicht das letzte abgeschlossene Geschäftsjahr. In Art. 2 lit b) der Verordnung ist nur von einem Prozess jährlicher Verbesserungen der messbaren Ergebnisse die Rede. Das kann sich sowohl auf das Geschäftsjahr als auch auf das Kalenderjahr beziehen. Der Betriebsprüfungszyklus ist ein Zeitraum, den die Organisation selbst bestimmen kann (vgl. Art. 2 lit m i.V.m. Anhang II Nr. 2.3).

38 Von einer "verunglückten Formulierung" kann auch nicht deshalb ausgegangen werden, weil die Regelung, wie sie sich aus dem Wortlaut ergibt, keinen vernünftigen Grund erkennen lässt. Der Klägerin ist allerdings zuzugeben, dass sich ein Grund, der sich als vernünftig bezeichnen ließe, für die Regelung nicht finden lässt. Die Beklagte hat zwar derartige Gründe vorgetragen. Diese sind jedoch nicht überzeugend. Die Beklagte sieht den entscheidenden Grund in der Regelung darin, dass die Unternehmen, die die Besondere Ausgleichsregelung in Anspruch nehmen wollen, sich kontinuierlich, also Jahr für Jahr erneut Gedanken über ihre Energieeffizienz und ihre Energieeinsparpotenziale machen (ebenso: Altrock/Oschmann/Theobald, EEG, 3. Auf. 2011 § 41 Rn 30; Salje, EEG, 5. Aufl. 2011, § 41 Rn 53). Dieser Zweck wird zwar sichergestellt, wenn das Zertifikat im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr erstellt sein muss, weil auf diese Weise Jahr für Jahr neue Zertifikate erforderlich sind. Indessen ließe sich dieses Ergebnis auch und besser durch das Erfordernis von Zertifikaten erreichen, die sich auf die Energiedaten des letzten abgeschlossenen Geschäftsjahrs oder eines anderen geeigneten Zeitraums vor der Antragstellung beziehen.

39 Im Übrigen lässt die Neuregelung im EEG 2012 erhebliche Zweifel daran aufkommen, ob es dem Gesetzgeber tatsächlich um kontinuierlich aktuelle Zertifikate geht. Denn nach der Neuregelung scheitert der Antrag schon dann nicht, wenn ein Zertifikat vorgelegt wird, wobei es unerheblich ist, wann dieses erstellt worden ist und auf welchen Zeitraum es sich bezieht. Es ist jetzt somit möglich, Jahr für Jahr immer wieder dasselbe Zertifikat vorzulegen. Es genügt also, wenn das Unternehmen sich zumindest einmal Gedanken über seine Energieeffizienz gemacht hat; es muss dies nicht alle Jahre wieder tun. Dies spricht dafür, dass mit dem ins Gesetz aufgenommenen Erfordernis der Zertifizierung keine ernsthafte ökologische Zielsetzung verfolgt

werden soll, sondern dass es bei der Regelung eher um bloße Symbolpolitik geht, mit der die Wirklichkeit nicht verändert, sondern für umweltpolitisch interessierte Kreise nur erträglicher gemacht werden soll.

40 Dafür spricht auch, dass nach der Logik des Systems die Bewusstmachung von Einsparpotenzialen durch entsprechende Zertifizierung selbst da, wo ihre Realisierung eigentlich wirtschaftlich wäre, unterbleiben wird, wenn der Genuss der Besonderen Ausgleichsregelung sich als betriebswirtschaftlich profitabler erweist als die Investition in energiesparende Techniken (Frenz/Müggenborg, EEG, 2. Aufl. 2011, § 41 Rn 58; Altrock/Roschmann/ Theobald, EEG, 3. Aufl. 2011, § 41 Rn 29). Erst wenn die Realisierung von Energieeinsparpotenzialen zu einer finanziellen Ersparnis führt, die höher ist als die Begünstigung durch die Besondere Ausgleichsregelung, werden sich die Unternehmen dafür entscheiden, sie auch zu nutzen. In einem solchen Fall täten sie dies allerdings ohnehin schon aus betriebswirtschaftlichen Gründen, ohne dass dem gesetzlich vorgesehenen Zertifizierungserfordernis dabei ausschlaggebende Bedeutung zukäme.

41 Indessen rechtfertigt es dieses Vernunftdefizit des Gesetzes nicht, sich über seinen Wortlaut hinwegzusetzen. Dies wäre vielmehr nur dann der Fall, wenn die von Verfassungs wegen vorgegebene Bindung des Richters an das Gesetz (Art. 20Abs. 3, Art. 97 Abs. 1 GG) unter einem Vernunftvorbehalt stünde, so dass der Richter von dieser Bindung befreit wäre, sofern dies erforderlich ist, um vernünftige Ergebnisse zu erzielen. Dies setzt jedoch voraus, dass die Vernunft eine Rechtsquelle höherer Ordnung darstellt, so dass der Richter in einem solchen Fall zwar nicht an das Gesetz, wohl aber an die Vernunft gebunden wäre, bei der es sich dann um (höherrangiges) Recht im Sinne des Art. 20 Abs. 3 GG handeln würde.

42 Dass die Vernunft eine höherrangige Rechtsquelle eigener Art darstellt, entspricht der Vorstellungswelt des Vernunftrechts des 18. Jahrhunderts (Kaufmann: Problemgeschichte der Rechtsphilosophie. In: Kaufmann/Hassemer/Neumann: a.a.O S. 49ff; Ellscheid: Strukturen naturrechtlichen Denkens. In: Kaufmann/Hassemer/Neumann a.a.O, S. 164). Sie gilt heute als obsolet. Die Vernunft ist kein Gesetzbuch, dem wir zwar nicht mit unseren Augen, wohl aber mit unserem Verstand das Gebotene und das Verbotene ebenso entnehmen könnten wie einem geschriebenen Gesetz. Hinter jeder normativen Vorstellung stehen vielmehr Wertungen, die nicht auf der Einsicht in eine der Vernunft zugänglichen objektiven Wertordnung beruhen, sondern auf äußerst kontingenten Präferenzen, also auf autonomen Entscheidungen des Normgebers darüber, wie die von der Norm Betroffenen leben sollen. An die Stelle der Vorstellung von einer substanziellen Vernunft, der wir entnehmen könnten, was richtig und was falsch ist, ist heute die Vorstellung einer rein prozeduralen Vernunft getreten, derzufolge vernünftig ist, was aus (möglichst herrschaftsfreien) Diskursen als gemeinsamer Wille aller Betroffenen hervorgegangen ist (Habermas, Faktizität und Geltung, 3. Aufl. 1993, S. 192). Verfassungsrechtlich ist dieses Ideal durch das Demokratieprinzip verwirklicht (Maihofer in: Benda/Maihofer/Vogel: Handbuch des Verfassungsrechts 1983, S. 181). Eine Norm gilt daher nicht deshalb als vernünftig, weil sie den Vorgaben einer objektiven substanziellen Vernunft entspricht, sondern deshalb, weil sie aus demokratischen Entscheidungsprozessen hervorgegangen ist, deren Einzelheiten sich aus der demokratischen Verfassung ergeben. Der Wortlaut des § 41 Abs. 1 Nr. 4 EEG kann deshalb nicht unter Hinweis darauf ignoriert werden, dass er unvernünftig sei. Vielmehr ist darauf hinzuweisen, dass er demokratisch legitimiert ist und deshalb gilt.

43 Das von der Klägerin vertretene Verständnis des Gesetzes kann auch nicht im Wege richterlicher Rechtsfortbildung erreicht werden. Das Bundesverfassungsgericht hat allerdings die Befugnis der Gerichte zu einer "schöpferischen" Rechtsfortbildung anerkannt. Diese Befugnis ist dem Umstand geschuldet, dass sich die gesellschaftlichen Verhältnisse bisweilen derartig schnell wandeln, dass der Gesetzgeber damit nicht Schritt halten kann und die Anpassung des

geltenden Rechts an die veränderten Verhältnisse deshalb zur Aufgabe der Dritten Gewalt gemacht werden muss ((BVerfG, B. v. 25.01.2011 – 1 BvR 918/10 –, BVerfGE 128, 193,TZ 53 [Halbteilungsgrundsatz]) m.w.N.). Indessen gibt es keine Änderung der gesellschaftlichen Verhältnisse, kraft deren das gesetzliche Erfordernis der Zertifizierung im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr gemessen an den ursprünglichen Intentionen des Gesetzgebers dysfunktional geworden wäre und deshalb einer Nachjustierung im Rahmen richterlicher Rechtsfortbildung bedürfte. Die von der Klägerin mit nachvollziehbaren Gründen gegen die Regelung vorgebrachten Argumente stellen deren Sinnhaftigkeit von Anfang an in Frage und haben nichts mit gewandelten gesellschaftlichen Verhältnissen zu tun.

44 Angesichts dessen könnte das fehlende Zertifikat im Sinne des § 41 Abs. 1 Nr. 4 EEG der Bewilligung der Besonderen Ausgleichsregelung nur dann nicht entgegenstehen, wenn diese Norm mit höherrangigem Recht unvereinbar und deshalb unanwendbar oder nichtig wäre. Als höherrangige Rechtsquellen kommen insoweit das Recht der Europäischen Union und das Grundgesetz in Betracht. Eine Inkompatibilität mit Europarecht ist weder von der Klägerin behauptet worden, noch für das Gericht ersichtlich. Aber auch im Hinblick auf das Grundgesetz bestehen keine Zweifel an der Gültigkeit der Norm.

45 Die Regelung verletzt keine besonderen Grundrechte der Klägerin. Eine Verletzung des Grundrechts der Wettbewerbsfreiheit ist nicht ersichtlich, wobei offenbleiben kann, ob man dieses in Art. 12 GG, in Art. 2 Abs. 1 GG oder in Art. 3 Abs. 1 GG oder in einer Kombination dieser Grundrechte verortet (zur grundrechtlichen Verortung der Wettbewerbsfreiheit (vgl. Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner: Verwaltungsgerichtsordnung 13. Erg.Lfg. § 42 Rn 291ff.).

46 Die grundrechtlich garantierte Wettbewerbsfreiheit schützt weder vor Konkurrenz noch garantiert sie im Hinblick auf eine bestimmte Wettbewerbsposition einen bestimmten Besitzstand. Sie garantiert nur, dass die jeweilige Wettbewerbsposition aus nichts anderem hervorgehen darf als aus dem freien Spiel der Kräfte, also aus dem Verhältnis der unterschiedlichen Leistungen, die die Konkurrenten für den Markt erbringen. Nur die Marktteilnehmer, also Angebot und Nachfrage, sollen darüber bestimmen, welche Wettbewerbsposition ein Anbieter auf diesem Markt im Vergleich zu seinen Konkurrenten hat (BVerfG, Urt. v. 20.07.1954 - 1 BvR 459/54 u.a. -, BVerfGE 4, 7 [19]; Urt. v. 22.05.1980 - 3 C 2.80 -, BVerwGE 60, 154 [159f.]). In dieses freie Spiel der Kräfte greift der Staat beispielsweise dadurch ein, dass er bestimmten Unternehmen Subventionen verweigert, die er ihren Konkurrenten gewährt.

47 Ein Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit liegt hier schon deshalb nicht vor, weil alle Unternehmen im Antragsjahre 2011, um das es hier geht, gleich behandelt worden sind und die Klägerin im Verhältnis zu ihren Mitbewerbern deshalb keine Benachteiligung erleidet, die den Wettbewerb verzerrt. Auf einen Vergleich der Antragsteller für das Jahr 2009, in dem die Beklagte das Erfordernis der Zertifizierung im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr offenbar ignoriert hat, mit den Antragstellern für das Jahr 2012 kommt es nicht an, weil diese Antragsteller nicht miteinander im Wettbewerb stehen. Wettbewerb findet nämlich immer nur in der nämlichen Zeitspanne statt.

48 Die Klägerin kann sich auch nicht auf eine Verletzung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit berufen. Dieser Grundsatz ist den besonderen und auch dem allgemeinen Freiheitsgrundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG immanent. Er besagt, dass in die durch die Grundrechte geschützte Freiheitssphäre des Bürgers oder Unternehmens nur eingegriffen werden darf, wenn dies tatsächlich notwendig ist. Deshalb ist ein solcher Eingriff nur gerechtfertigt, wenn er einem legitimen Zweck dient, der Eingriff geeignet und erforderlich ist, um den Zweck zu erreichen und zwischen Zielsetzung und Beschwer für den Betroffenen ein angemessenes Verhältnis besteht. Eine Verletzung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit kommt deshalb nur dann in Frage,

wenn ein Akt der Eingriffsverwaltung vorliegt. Denn anders wird der Freiheitsraum des Betroffenen nicht tangiert. Mit der Verweigerung der Besonderen Ausgleichsregelung nach §§ 40ff. EEG vollzieht die Beklagte jedoch keinen Akt der Eingriffsverwaltung, sondern sie verweigert eine Wohltat. Sie schränkt den dem Betroffenen grundrechtlich verbürgten Freiheitsraum nicht ein, sondern verweigert nur dessen Erweiterung. Deshalb ist hier für die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips kein Raum.

49 Die Klägerin kann auch nicht geltend machen, durch die Regelung des § 41 Abs. 1 Nr. 4 EEG in ihrem Recht auf Gleichheit vor dem Gesetz im Hinblick auf das Willkürverbot verletzt zu sein. Aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) folgt allerdings nicht nur, dass alle Betroffenen nach denselben Kriterien gleich zu behandeln sind, sondern auch, dass diese Kriterien nicht willkürlich sein dürfen. Eine Verletzung des Willkürverbotes liegt nur dann vor, wenn die maßgeblichen Kriterien unter keinem denkbaren Aspekt rechtlich vertretbar sind und sich daher der Schluss aufdrängt, dass sie auf sachfremden Erwägungen beruhen (BVerfG Urt. v. 08.07.1997 – 1 BvR 1934/93 –, BVerfGE 96, 198, TZ 49). Im Unterschied zu behördlichen Ermessensentscheidungen ist für die Frage, ob das Gesetz auf Kriterien beruht, die unter keinem Aspekt rechtlich vertretbar sind, nicht auf tatsächliche Überlegungen des Gesetzgebers abzustellen, die häufig unbekannt sind, sondern es ist vielmehr zu fragen, ob sich objektiv keine rechtlich vertretbaren Kriterien finden lassen.

50 Das Erfordernis der Zertifizierung im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr ist jedenfalls unter dem denkbaren Aspekt rechtlich vertretbar, dass damit eine jährlich erneute Zertifizierung sichergestellt werden soll, die ihrerseits unter dem Aspekt rechtlich vertretbar ist, das Bewusstsein der Unternehmen für Energieeinsparungspotenziale zu schärften und sie zu entsprechenden Maßnahmen anzuregen. Dass ist ausreichend, um eine Verletzung des Willkürverbots auszuschließen.

51 Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 167 VwGO i.V.m. § 708Nr. 11, 711 ZPO. Die Berufung war nicht zuzulassen, weil die Berufungszulassungsgründe des § 124 Abs. 2 Nr. 3 und 4 VwGO nicht vorliegen (§ 124a Abs. 1 S. 1 VwGO).

52 **BESCHLUSS**

53 Der Wert des Streitgegenstandes wird auf 1.102.275,19 EUR festgesetzt (§ 52 Abs. 3 GKG).

Gericht:	VG Frankfurt 1. Kammer
Entscheidungsdatum:	15.11.2012
Aktenzeichen:	1 K 843/12.F
ECLI:	ECLI:DE:VGFFM:2012:1115.1K843.12.F.0A
Dokumenttyp:	Urteil
Quelle:	juris
Normen:	§ 41 Abs 1 Nr 4 EEG 2009, Art 20 Abs 3 GG, Art 97 Abs 1 GG
Zitiervorschlag:	VG Frankfurt, Urteil vom 15. November 2012 – 1 K 843/12.F –, juris

(Zur Auslegung des Begriffs der Zertifizierung in § 41 Abs 1 Nr 4 EEG)

Leitsatz

1. Der Wortsinn ist die Grenze der Auslegung.(Rn.27)
2. Zur Kritik der "Piano-Theorie".(Rn.28)
3. Ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers lässt sich nur dann annehmen, wenn sich aus dem Gesamtzusammenhang mit der Systematik des Gesetzes oder mit der Gesetzesbegründung und der Gesetzgebungsgeschichte hinreichend sicher erkennen lässt, dass eindeutig etwas anderes gemeint war, als im Wortlaut des Gesetzes zum Ausdruck kommt.(Rn.33)
4. Äußerungen zur bestehenden Rechtslage in der amtlichen Begründung eines Gesetzentwurfs haben im Hinblick auf die Auslegung der bestehenden Rechtslage nicht den Stellenwert von Gesetzesmaterialien, sondern stellen bloß eine Interpretation der bestehenden Rechtslage dar. Sie sind für die Auslegung der bestehenden Rechtslage durch den Richter gleichwohl nicht ohne Bedeutung.(Rn.38)
5. Allein die mangelnde Vernünftigkeit eines Gesetzes rechtfertigt nicht, dass sich der Richter über den Wortlaut hinwegsetzt.(Rn.44)
6. Zertifizierung bedeutet den Vorgang der Ausstellung einer Zertifikatsurkunde.(Rn.23)

Orientierungssatz

Zu Leitsatz 1: Vergleiche BVerfG, Beschluss vom 25.01.2011 – 1 BvR 918/10 – BVerfGE 128, 193-224. (Rn.27)

Fundstellen

CuR 2012, 179-185 (red. Leitsatz und Gründe)
ZNER 2013, 80-84 (Leitsatz und Gründe)
REE 2013, 60-66 (red. Leitsatz und Gründe)

Verfahrensgang

nachgehend BVerwG 8. Senat, 24. Februar 2016, 8 C 3/15, Urteil

Diese Entscheidung wird zitiert

Literaturnachweise

Andreas Große, ZNER 2013, 84-85 (Anmerkung)

Diese Entscheidung zitiert

Rechtsprechung
Vergleiche BVerfG 1. Senat, 25. Januar 2011, 1 BvR 918/10

Tenor

1. Die Klage wird abgewiesen.

2. Die Kosten des Verfahrens hat die Klägerin zu tragen.

3. Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe der festgesetzten Kosten abwenden, wenn die Beklagte nicht zuvor Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Tatbestand

1 Gegenstand des Rechtsstreits ist die *Besondere Ausgleichsregelung* nach §§ 40ff. des Erneuerbare-Energien-Gesetzes in der Fassung vom 25.10.2008 (BGBl 2008 I 2074 – EEG 2009).

2 Das Erneuerbare-Energien-Gesetz dient der Förderung von Investitionen in erneuerbare Energien mit dem Ziel, den Anteil der erneuerbaren Energien an der Stromversorgung in Deutschland bis zum Jahre 2050 auf 80 Prozent zu erhöhen. Es verpflichtet die Netzbetreiber, zur Zahlung eines garantierten Mindestabnahmepreises an die Erzeuger von Strom aus erneuerbaren Energien, der höher ist als der Marktpreis für Strom, so dass die Amortisation der Investition in erneuerbare Energien trotz der höheren Produktionskosten rentabel wird. Die Netzbetreiber geben diese Mehrkosten an die Endverbraucher weiter. Dies führt zu erhöhten Energiekosten der Endverbraucher, die bei stromintensiven Unternehmen des produzierenden Gewerbes zu einem internationalen Wettbewerbsnachteil führen können. Um diesen Nachteil zumindest teilweise auszugleichen sieht das Gesetz eine *Besondere Ausgleichsregelung* für stromintensive Unternehmen vor. Auf entsprechenden Antrag begrenzt die Beklagte den Anteil der Strommenge aus erneuerbaren Energien, die von Energieversorgungsunternehmen an das stromintensive Unternehmen weitergegeben und in Rechnung gestellt wird. Der Antrag muss jährlich bis zum 30. Juni für das darauf folgende Kalenderjahr gestellt werden. Dem Antrag sind eine Reihe von Nachweisen beizufügen, die in § 41 EEG 2009 geregelt sind.

3 Die Klägerin stellte bei der Beklagten am 11.06.2010 einen Antrag zur *Besonderen Ausgleichsregelung* für das Jahr 2011 und fügte dem ein Konvolut von Nachweisen bei. Darunter befand sich auch eine Bescheinigung des TÜV Nord gemäß § 41 Abs. 1 Nr. 4 i.V.m. Abs. 2 S. 2 EEG 2009, mit der bestätigt wird, dass die für die Klägerin erhobenen Energiedaten und Einsparpotentiale sowie deren Bewertung überprüft und Abweichungen von den Anforderungen gemäß § 41 Abs. 1 Nr. 4 i.V.m. Abs. 2 EEG 2009 nicht festgestellt worden sind. Dieses Zertifikat datiert vom 21.04.2010.

4 Mit Bescheid vom 09.03.2011 lehnte die Beklagte den Antrag zur *Besonderen Ausgleichsregelung* ab. In den Gründen ist ausgeführt, dass die Klägerin nicht nachgewiesen habe, dass, wie in § 41 Abs. 1 Nr. 4 EEG gefordert werde, im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr eine Zertifizierung erfolgt sei, mit der der Energieverbrauch und die Potentiale zur Verminderung des Energieverbrauchs erhoben und bewertet worden seien. Das vorgelegte Zertifikat weise aus, dass die Zertifizierung nicht *im* letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr, also im Zeitraum vom 01.10.2008 bis 30.09.2009 erfolgt sei, sondern erst am 21.04.2010.

5 Den hiergegen erhobenen Widerspruch wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 09.02.2012, zugestellt am 10.02.2012, zurück. Am Montag, den 12.03.2012 hat die Klägerin Klage erhoben.

6 Die Klägerin hält die angefochtenen Bescheide für rechtswidrig, weil sie auf einer fehlerhaften Auslegung der maßgeblichen Vorschrift des § 41 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2009 beruhten. Dem strikten Wortlaut dieser Vorschrift zufolge sei es zwar richtig, dass zu den Anspruchsvoraussetzungen für die *Besondere Ausgleichsregelung* der Umstand gehöre, dass „im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr […] eine Zertifizierung erfolgt ist, […]". Indessen sei der Wortlaut des Gesetzes hier nicht verbindlich, weil ihm Sinn und Zweck der Regelung entgegenstünden. Danach und im Interesse einer verfassungskonformen Auslegung müsse die Norm so verstanden werden, dass sich nur die Daten des Energieverbrauchs und die Potenziale zur Verminderung des Energieverbrauchs auf das letzte abgeschlossene Geschäftsjahr beziehen müssten, nicht jedoch die Ausstellung des Zertifikates, das diese Daten zum Gegenstand habe. Die Klägerin beruft sich für diese Auslegung des Gesetzes auf die Kommentarliteratur und macht weiter geltend, dass es technisch gar nicht möglich sei, eine Bescheinigung über den Stromverbrauch in einem bestimmten Zeitraum innerhalb desselben Zeitraums zu erstellen. Vielmehr könne der Stromverbrauch innerhalb eines Zeitraums erst nach dessen Ablauf erfasst werden. Sollte der Gesetzgeber indessen gewollt haben, dass das Zertifikat noch innerhalb des maßgeblichen Zeitraums erstellt werde, so würde das Gesetz etwas Unmögliches verlangen und deshalb verfassungswidrig sein.

7 Für die klägerische Auslegung des Gesetzes spreche weiter die Systematik des Gesetzes. Insoweit verweist sie auf § 41 Abs. 2 Satz 2 EEG 2009, wonach „die Voraussetzung nach Absatz 1 Nr. 4 […] durch die Bescheinigung der Zertifizierungsstelle nachzuweisen" sei. Aus dem systematischen Zusammenhang beider Regelungen ergäbe sich, dass mit dem Wort „Zertifizierung" in § 41 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2009 nicht die Erstellung der Bescheinigung über die Zertifizierung gemeint sein könne, weil die Regelung des § 41 Abs. 2 Satz 2 EEG 2009 dann überflüssig oder sinnlos wäre. Dies zeige, dass mit dem Wort „Zertifizierung" in § 41 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2009 nicht die Ausstellung des Zertifikats gemeint sei, sondern der Gegenstand der Zertifizierung, nämlich die Daten zum Stromverbrauch und zu den Einsparungspotenzialen im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr. In systematischer Hinsicht sei auch darauf zu verweisen, dass die anderen Anspruchsvoraussetzungen des § 41 Abs. 1 EEG 2009 sich jeweils auf Daten des letzten abgeschlossenen Geschäftsjahrs bezögen, nicht aber auf die Erstellung der Nachweise für diese Daten.

8 Für die klägerische Auslegung spreche ferner die Gesetzgebungshistorie. Schon der Referentenentwurf habe nur auf den Besitz eines zertifizierten Energiemanagementsystems im letzten abgelaufenen Geschäftsjahr abgestellt und nicht auf das Ausstellungsdatum des Zertifikats. Im ursprünglichen Regierungsentwurf des EEG 2009 sei der spätere § 41 Abs. 1 Nr. 4 noch nicht enthalten gewesen. Er sei erst auf Vorschlag des Ausschusses für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit aufgenommen worden. Zur Begründung für diesen Ergänzungsvorschlag habe der Ausschuss ausgeführt, es solle die Verpflichtung zu einer zertifizierten Erhebung des Energieverbrauchs unter Ermittlung der Einsparpotenziale verlangt werden. Zum Zeitpunkt der Ausstellung des Zertifikats habe sich der Ausschuss nicht geäußert, woraus zu folgen sei, dass es ihm darauf auch nicht angekommen sei. Der Gesetzgeber habe bei der Forderung der Zertifizierung das Zertifizierungsverfahren nach der VO (EG) Nr. 761/2001 v. 24.04.2001 (EMAS II) vor Augen gehabt. Diese Verordnung sehe ebenfalls nicht vor, dass das Zertifikat innerhalb des Zeitraums ausgestellt werden müsse, für den die maßgeblichen Daten erhoben werden.

9 Die Auslegung der Klägerin werde weiterhin dadurch bestätigt, dass der Gesetzgeber selbst im EEG 2012 den Wortlaut des § 41 Abs. 1 Nr. 4 geändert habe, so dass jetzt weder die relevante

Datenbasis noch das Zertifikat aus dem letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr stammen müssten. Dies zeige, dass es dem Gesetzgeber keineswegs darauf angekommen sei, dass das Zertifikat innerhalb des letzten abgeschlossenen Geschäftsjahrs erstellt werde.

10 Auch der Sinn und Zweck der Regelung bestätige, dass es auf die Ausstellung des Zertifikats innerhalb des letzten abgeschlossenen Geschäftsjahrs nicht ankommen könne. Der Zweck der Regelung erschöpfe sich nämlich darin, den Unternehmen Einsparpotenziale aufzuzeigen und sie zu einem nachhaltigeren Umgang mit Energien zu bewegen. Ob die Unternehmen aus den Ergebnissen der Zertifizierung entsprechende Konsequenzen zögen oder nicht, sei jedoch für die Anwendung der *Besonderen Ausgleichsregelung* unerheblich. Deshalb komme es nur darauf an, dass eine entsprechende Zertifizierung erfolgt sei und die Unternehmen dadurch angeregt würden, über mehr Energieeffizienz nachzudenken. Zu welchem Zeitpunkt das entsprechende Zertifikat erstellt worden sei, sei dafür aber gänzlich irrelevant, solange es jedenfalls zum Zeitpunkt der Beantragung der *Besonderen Ausgleichsregelung* vorliege.

11 Angesichts dieses sehr beschränkten Gesetzeszwecks sei es auch gänzlich unverhältnismäßig, die besondere Ausgleichsregelung daran scheitern zu lassen, dass das Zertifikat nach § 41 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2009 nicht im Geschäftsjahr 2008/09 erstellt worden sei, sondern erst später. Das führe auch nicht etwa dazu, dass sich die Unternehmen, wie die Beklagte im Widerspruchsbescheid meine, einem kontinuierlichen Verbesserungsprozess unterzögen. Die Auslegung der Beklagten führe im Ergebnis zu einem unzulässigen Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit, denn sie verletze die Chancengleichheit aller stromintensiven Unternehmen. Die Beklagte habe nämlich für das Antragsjahr 2009 selbst darauf verzichtet, die Erstellung des Zertifikats innerhalb des letzten abgeschlossenen Geschäftsjahrs zu fordern. So würden die Antragsteller für das Antragsjahr 2010 grundlos besser gestellt als die für das Antragsjahr 2011.

12 Die Klägerin beantragt,

13 den Bescheid der Beklagten vom 09.03.2011 und den Widerspruchsbescheid vom 09.02.2012 aufzuheben und die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin die am 09.06.2010 beantragte Begrenzung der weitergeleiteten Strommenge am Umspannwerk A-Stadt, Werk X. in A-Stadt zu erteilen.

14 Die Beklagte beantragt,

15 die Klage abzuweisen.

16 Die Beklagte beruft sich auf den Wortlaut des § 41 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2009. Dieser entspreche den Anforderungen des Handbuchs der Rechtsförmlichkeiten. Danach müsse die Zertifizierung eindeutig innerhalb des letzten abgeschlossenen Geschäftsjahrs erfolgt sein. Unter Zertifizierung sei zwar ein Prozess zu verstehen, der die Ermittlung und Bewertung der Daten umfasse, aber auch die Ausstellung der Zertifikatsurkunde. Zumindest Letzteres sei hier erst nach dem Ende des letzten abgeschlossenen Geschäftsjahrs 2008/09 erfolgt, so dass die Voraussetzung des § 41 Abs. 1 Nr. 4 EEG 2009 nicht erfüllt sei. Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus § 41 Abs. 2 Satz 2 EEG 2009. Dort sei nur geregelt, in welcher Weise der Nachweis geführt werden müsse, bzw. welche Anforderungen an das Zertifikat zu stellen sind, insbesondere, dass die ausstellende Stelle hierfür akkreditiert sein müsse.

17 Auch die Gesetzgebungsgeschichte zeige, dass der Wortlaut nicht auf einem Redaktionsversehen beruhe, sondern der beabsichtigten Regelung entspreche.

18 Der Wortlaut entspreche auch dem Sinn und Zweck der Vorschrift. Das Erfordernis der Ausstellung der Zertifizierungsbescheinigung innerhalb des letzten abgeschlossenen Geschäftsjahrs solle nämlich sicherstellen, dass ein kontinuierlicher Verbesserungsprozess bezüglich der Ener-

gieeffizienz stromintensiver Unternehmen angestoßen werde, und zwar unabhängig davon, ob sich das Unternehmen mit der konkreten Absicht einer Antragstellung nach §§ 40ff. EEG trage. Das liege im Interesse der anteilig belasteten Letztverbraucher. Dadurch dass die Zertifizierungsbescheinigung aus dem letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr stammen müsse, würden die Unternehmen dazu angehalten, sich kontinuierlich, nämlich jedes Jahr ihrer Energiesparpotenziale bewusst zu machen. Denn ohne jährliche Zertifizierung könne sich ein Unternehmen nicht die Möglichkeit sichern, im jeweils nachfolgenden Antragsjahr von der besonderen Ausgleichsregelung zu profitieren. Die Gesetzessystematik spreche nicht für eine andere Auslegung. Sie belege nur, dass die Zertifizierung die Ausstellung einer Zertifizierungsbescheinigung umfasse.

19 Die Regelung führe auch nicht zu einem Eingriff in Grundrechte der Klägerin. Das scheitere schon daran, dass es hier nicht um einen Eingriff gehe, sondern um die Gewährung einer Begünstigung. Eine Verletzung des Gleichheitssatzes sei nicht ersichtlich und die Regelung sei mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip vereinbar. Die geforderte Zertifizierung sei jedenfalls das mildere Mittel im Vergleich zur Auferlegung von Stromeinsparpflichten. Der Umstand, dass diese Regelung mit dem EEG 2012 gestrichen worden sei, ändere nichts an der Rechtmäßigkeit der früheren Regelung. Denn der Gesetzgeber verfüge insoweit über ein weites Gestaltungsermessen, das sowohl die eine als auch die andere Regelung erfasse. Die Klägerin könne sich auch nicht auf Vertrauensschutz berufen, denn die Regelung sei seit Verkündung des EEG 2009 am 31.10.2008 bekannt gewesen und habe deshalb im Geschäftsjahr 2008/09 ohne Weiteres noch berücksichtigt werden können.

20 Die Gesetzeshistorie stehe der Auslegung der Beklagten ebenfalls nicht entgegen. Der Gesetzgeber habe sich, was das Zertifizierungsverfahren angeht, von der VO (EG) Nr. 761/2001 vom 24.04.2001 leiten lassen. Diese Verordnung verlange einen Prozess kontinuierlicher Verbesserung.

21 Das Gericht hat einen Hefter Behördenakten beigezogen und zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht.

Entscheidungsgründe

22 Die Klage ist zulässig, aber nicht begründet. Die angefochtenen Bescheide sind rechtmäßig. Die Beklagte hat es zu Recht abgelehnt, eine Begrenzung des Anteils der Strommenge nach § 37 EEG für das Jahr 2012 vorzunehmen. Denn die Klägerin hat die gesetzlichen Antragsvoraussetzungen nicht vollständig erfüllt.

23 Nach § 41 Abs. 1 Nr. 4 EEG erfolgt die Begrenzung nämlich nur dann, wenn das den Antrag stellende Unternehmen nachweist, dass *im* letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr eine Zertifizierung erfolgt ist, mit der der Energieverbrauch und die Potenziale zur Verminderung des Energieverbrauchs erhoben und bewertet worden sind. Der Begriff der Zertifizierung meint den Vorgang der Ausstellung eines Zertifikats. Ein Zertifikat (von lateinisch *certus*: *sicher, gewiss* und *facere: machen*) ist ein schriftliches Dokument, in dem ein bestimmter Sachverhalt als durch den Aussteller wahrgenommen oder festgestellt bestätigt wird, wobei es sich bei dem Aussteller um eine Person handeln muss, die im Hinblick auf den Gegenstand der Zertifizierung fachkundig ist oder als fachkundig gilt. Das Gesetz macht hinsichtlich der Qualifikation der Zertifizierungsstelle keine Vorgaben. Es kann, aber muss sich nicht um einen Umweltgutachter im Sinne des § 3 Nr. 12 EEG handeln (Schäfermeier in Resthöft, HK-EEG, 3. Aufl. 2009, § 41 Rn 12; Altrock/Oschmann/Theobald, EEG, 3. Aufl. 2011, § 41 Rn 30; a.A. Salje, EEG, 5. Aufl. 2009, § 41 Rn 54).

24 Der Vorgang der Zertifizierung bezieht sich jedenfalls nicht auf den der Beurkundung vorauslie-

genden Vorgang der Feststellung des betreffenden Sachverhalts, sondern auf die Ausstellung des Dokuments, in dem dieser Sachverhalt bestätigt wird. Denn es ist möglich, (regelwidrig) ein Zertifikat auszustellen, ohne den darin bestätigten Sachverhalt je geprüft zu haben. Ebenso ist es möglich über einen Sachverhalt ein Zertifikat auszustellen, der gar nicht existiert. Obwohl das ausgestellte Zertifikat in diesem Fall eine schriftliche Lüge beinhaltet, muss auch dieser Vorgang als *Zertifizierung* bezeichnet werden. Das Gesetz verlangt damit seinem eindeutigen Wortlaut nach, dass das Dokument selbst (Zertifikat) *im* letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr erstellt worden sein muss. Es genügt nicht, dass es sich auf einen Sachverhalt aus diesem Geschäftsjahr bezieht und auch nicht, dass der Vorgang der diesbezüglichen Feststellungen in diesem Geschäftsjahr erfolgt ist.

25 Die Deutung, dass unter dem Begriff der erfolgten Zertifizierung in § 41 Abs. 1 Nr. 4 EEG nur gemeint sei, dass sich das Zertifikat seinem Inhalt nach auf das letzte abgelaufene Geschäftsjahr beziehen, nicht aber in diesem Jahr ausgestellt sein müsse, lässt sich auch nicht unter Bezugnahme auf § 41 Abs. 2 Satz 2 EEG rechtfertigen, wonach die Voraussetzungen nach Absatz 1 Nr. 4 durch eine Bescheinigung der Zertifizierungsstelle nachzuweisen sind. Denn die Zertifizierung im Sinne des § 41 Abs. 1 Nr. 4 EEG besteht aus dieser Bescheinigung. § 41 Abs. 2 Satz 2 EEG besagt nur, dass es nicht ausreicht, dass die Zertifizierung erfolgt ist, und auch nicht, dass sie irgendwie nachgewiesen wird, sondern dass der Nachweis der Zertifizierung nicht anders als durch Vorlage des Zertifikats erbracht werden kann. Die Bedeutung der Regelung des § 41 Abs. 2 Satz 2 EEG erschließt sich im Lichte des § 43 Abs. 1 EEG, wonach der Antrag auf die Besondere Ausgleichsregelung „einschließlich der vollständigen Antragsunterlagen" bis zum 30. Juni des laufenden Jahres zu stellen ist. Was unter „vollständigen Antragsunterlagen" zu verstehen ist, ergibt sich aus der Aufzählung in § 41 Abs. 2 EEG und umfasst somit auch das Zertifikat zum Energieverbrauch und zu den Energieeinsparpotenzialen.

26 Die von der Klägerin präferierte Deutung lässt sich auch nicht durch die Merkblätter der Beklagten stützen. Jedenfalls ab der Version vom 19.03.2009 des „Merkblatts zur Darlegung der Voraussetzung nach § 41 Abs. 1 Nr. 4 i.V.m. Abs. 2 S. 2 Erneuerbare-Energien-Gesetz 2009" (Nr. 2.4) heißt es, dass das Zertifikat im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr ausgestellt worden sein muss. In Fällen bestimmter Zertifizierungen, die hier nicht einschlägig sind, kann das Zertifikat über die Registrierung zu einem Energieeinsparmanagement zwar aus einem früheren Jahr stammen. In diesen Fällen ist jedoch eine Umweltauditbescheinigung vorzulegen, die in dem letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr ausgestellt worden ist. Im Übrigen kommt es auf den Inhalt der Merkblätter auch nicht entscheidend an. Denn diese enthalten in jedem Fall nur Auskünfte über die Rechtsauffassung der Beklagten zur Auslegung des § 41 Abs. 1 Nr. 4 EEG, welche für das Gericht nicht bindend ist und den Regelungsgehalt des Gesetzes weder modifizieren noch verbindlich interpretieren kann.

27 Das Gericht darf sich nicht zugunsten der Klägerin über den eindeutigen Wortlaut des Gesetzes hinwegsetzen. Denn der Wortlaut ist, wie das Bundesverfassungsgericht erst kürzlich wieder festgestellt hat, die Grenze der Auslegung (BVerfG, B. v. 25.01.2011 – 1 BvR 918/10 –, BVerfGE 128, 193,TZ 53 [Halbteilungsgrundsatz]). Es gibt allerdings auch Äußerungen des Bundesverfassungsgerichts, die zu dem Missverständnis führen können, das (Instanz)Gericht dürfe sich bei der Auslegung über den Wortlaut einer Norm hinwegsetzen, sofern dies durch andere Auslegungsmethoden innerhalb des herkömmlichen juristischen Methodenkanons nahegelegt werde. So hat es in einem Urteil aus dem Jahre 2002 ausgeführt, für die Auslegung einer Gesetzesbestimmung seien alle herkömmlichen Auslegungsmethoden anzuwenden, unter denen jedoch keine einen unbedingten Vorrang vor anderen habe. Das gelte insbesondere auch für die so genannte grammatikalische Auslegung, der nur im Strafrecht eine herausgehobene Bedeutung zukomme. Ansonsten bilde der mögliche Wortsinn einer Vorschrift keine unüber-

steigbare Grenze der Auslegung (BVerfG, Urt. v. 20.03.2002 – 2 BvR 794/95 –, BVerfGE 105, 135 [157] = juris TZ 79). Hierzu lässt sich zunächst feststellen, dass es sich bei dieser Äußerung nicht um einen tragenden Grund, sondern um ein obiter dictum handelt, dem schon deshalb keine Verbindlichkeit zukommt. Die Entscheidung befasst sich im Kern mit der Frage der Auslegung von Strafrechtsnormen im Lichte des Art. 103 Abs. 3 GG und nicht mit dem Begriff der Bindung an das Gesetz im Sinne des Art. 20 Abs. 3 GG und des Art. 97 Abs. 1 GG. Im Übrigen spricht das Bundesverfassungsgericht in dieser Entscheidung auch nur davon, dass außerhalb des Strafrechts keiner der herkömmlichen Auslegungsmethoden ein *unbedingter* Vorrang zukomme. Das lässt sich, was die Beachtung des Wortlautes angeht, auch so verstehen, dass dieser zwar nicht unbedingt verbindlich ist, aber andererseits doch nur dann überschritten werden darf, wenn dies durch besondere Gründe gerechtfertigt ist. Im wesentlichen kann das nur der Grund sein, dass dem Gesetzgeber bei der Wahl des Wortlauts ein offensichtliches Redaktionsversehen unterlaufen ist, so dass sich zweifelsfrei feststellen lässt, dass er etwas anderes sagen wollte, als er tatsächlich gesagt hat.

28 In der heutigen juristischen Methodenlehre in Deutschland ist allerdings die Auffassung weit verbreitet, dass der Wortlaut schon deshalb der Auslegung keine Grenze bietet, weil sich Worten als solchen stets und unhintergehbar keine hinreichend bestimmte Bedeutung entnehmen lasse. Diese Auffassung wird gegenwärtig unter der Bezeichnung „Piano-Theorie" diskutiert. Dieser Ausdruck geht auf den ehemaligen Präsidenten des BGH Günter Hirsch zurück (Hirsch ZRP 2006, 161). Gemeint ist damit die Auffassung, dass Gesetzesbegriffe unaufhebbar vage und „porös" sind, so dass sich nicht objektiv feststellen lässt, was sie bedeuten. Deshalb sei es, so die Vertreter dieser Theorie, „widersinnig […] darauf zu beharren, der Richter müsse sich streng an das Gesetz halten. Er kann es nicht." (Hassemer, Rechtssystem und Kodifikation. In: Kaufmann/Hassemer/Neumann, Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 7. Auf. 2004, S. 260). Konsequenz dieser Tatsache sei, dass sich die Gerichte nicht an die gesetzlichen Vorschriften halten, was unmöglich sei, sondern nur so tun, als folgten sie dem Gesetz (Hassemer a.a.O). Hirsch leitet daraus ab, dass das Verhältnis von Richter und Gesetz dem des Pianisten zum Komponisten entspricht. Der Pianist interpretiert die Vorgaben „mehr oder weniger virtuos, er hat Spielräume, darf aber das Stück nicht verfälschen." (Hirsch a.a.O.). Der Richter sei kein Techniker, sondern ein Künstler. Die Kunst der Rechtsfindung ließe sich letztlich nicht durch Regeln mitteilen, sondern müsse dem Richter „gegeben" sein (Hirsch, NJW 2006, 3255 [3256]).

29 Die Piano-Theorie beruht auf der Prämisse, dass dem Wortlaut der Gesetzesbegriffe grundsätzlich kein sicherer Sinn entnommen werden kann. Diese Prämisse trifft nicht zu. So kann es schlechterdings keinem Zweifel unterliegen, dass mit einem Zertifikat stets eine Urkunde gemeint ist, und dass Zertifizierung der Vorgang des Ausstellens dieser Urkunde ist. Eine Interpretation des Begriffs der Zertifizierung in dem Sinne, dass damit der Vorgang der Feststellung des Sachverhalts gemeint ist, und nicht die Ausstellung der Urkunde über den Sachverhalt, ist mit der Wortbedeutung schlechterdings unvereinbar. Das schließt nicht aus, dass der Begriff des Zertifikats vage oder porös ist. Im Rahmen der Porosität wäre es beispielsweise möglich, nicht nur schriftliche Dokumente, sondern auch elektronische Dateien unter den Begriff des Zertifikats zu fassen. Im Rahmen der Vagheit könnte es fraglich sein, ob ein als Zertifikat ausgewiesenes Dokument auch dann den Begriff des Zertifikats erfüllt, wenn es dem Aussteller nachweislich an der erforderlichen Sachkunde fehlte. Fragen dieser Art stellen sich jedoch im vorliegenden Fall nicht.

30 Ebenso wenig ist der Begriff des letzten abgeschlossenen Geschäftsjahres dunkel oder zweifelhaft. Es handelt sich um einen kalendermäßig bestimmten Zeitraum, dessen Anfang und Ende durch den Gesellschaftsvertrag der Klägerin festgelegt ist. Vagheiten im Hinblick darauf, ob der gregorianische, der julianische oder der islamische Kalender Anwendung finden sollen, stellen

sich im vorliegenden Fall ebenso wenig wie Probleme der Porosität im Hinblick auf völlig neue Zeitfixierungs- und Berechnungssysteme.

31 Auch das Wort „im" im Zusammenhang mit „im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr" ist an Eindeutigkeit und Klarheit nicht zu übertreffen. Es liefert die sichere Information, dass der Vorgang der Zertifizierung im Laufe des letzten abgeschlossenen Geschäftsjahrs zum Abschluss gebracht worden sein muss. Diese Bedingung ist eindeutig nicht erfüllt, wenn das Zertifikat entweder vor oder nach dem letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr ausgestellt worden ist.

32 Angesichts dieser Befunde trifft es einfach nicht zu, dass die Bindung des Richters an das Gesetz unmöglich ist. Ist sie aber möglich, so kann sie auch nicht unter Hinweis auf die Unmöglichkeit ignoriert werden. Es ist möglich, sich an die gesetzlichen Vorgaben zu halten und also muss das auch geschehen. An dem Regelungsgehalt des § 41 Abs. 1 Nr. 4 EEG ist nach alledem also nicht zu rütteln.

33 Die Klage könnte deshalb nur dann Erfolg haben, wenn die Bindung des Gerichts an das Gesetz (Art. 20Abs. 3, Art. 97 Abs. 1 GG) deshalb nicht zugleich als Bindung an den Wortlaut des Gesetzes angesehen werden kann, weil sich ohne ernstlichen Zweifel annehmen lässt, dass der Wortlaut nicht den tatsächlichen Regelungswillen des Gesetzgebers wiedergibt. Das ist indessen nicht schon dann der Fall, wenn der Gesetzgeber etwas geregelt hat, das er bei hinreichend sorgfältiger Überlegung nicht geregelt hätte oder nicht hätte regeln sollen. Der Wortlaut gibt nur dann den Regelungswillen des Gesetzgebers nicht wider, wenn man von einer „verunglückten" Formulierung oder einem Redaktionsversehen sprechen kann. Das ist der Fall, wenn sich aus dem Gesamtzusammenhang mit der Systematik des Gesetzes oder mit der Gesetzesbegründung erkennen lässt, dass eindeutig etwas anderes gemeint war, als gesagt, bzw. geschrieben worden ist. Eine solche „verunglückte" Formulierung lässt sich jedoch im Falle des § 41 Abs. 1 Nr. 4 EEG nicht mit der erforderlichen Sicherheit feststellen.

34 Die Gesetzgebungsgeschichte bietet keinen ausreichenden Nachweis für ein Redaktionsversehen. Im ursprünglichen Referentenentwurf vom 09.10.2007, den die Beklagte dem Gericht vorgelegt hat, war vorgesehen, dass das Unternehmen nachweisen muss, im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr ein zertifiziertes Energiemanagementsystem zu besitzen. Unter einem zertifizierten Energiemanagementsystem sollte dabei eine EMAS-Registration im Sinne des Art. 6 i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Nr. 1 VO (EG) Nr. 761/2001 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 19.03.2011 über die freiwillige Beteiligung von Organisationen an einem Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und die Umweltprüfung – EMAS – (ABl EG Nr. L 114 v. 24.04.2001, S. 1) oder ein vergleichbares System verstanden werden (§ 45 Abs. 1 Nr. 4 des Referentenentwurfs). EMAS bezeichnet ein Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und die Umweltbetriebsprüfung zur Bewertung und Verbesserung der Umweltleistung von Organisationen und zur Unterrichtung der Öffentlichkeit und anderer interessierter Kreise, an dem sich Organisationen freiwillig beteiligen können. Unternehmen, die sich an EMAS beteiligen wollen, können sich bei der zuständigen nationalen Stelle registrieren lassen. Sie verpflichten sich damit u.a. zu einer kontinuierlichen Verbesserung der Umweltleistung durch jährliche Verbesserungen (Art. 2 lit. b), die einer Betriebsprüfung zu unterziehen sind. Zur Aufrechterhaltung der EMAS-Registrierung müssen die Unternehmen das Umweltmanagementsystem und das Programm für die Umweltbetriebsprüfung begutachten lassen (Art. 3 Abs. 3 a)). Diese Begutachtung muss alle 36 Monate erfolgen, Aktualisierungen der Umwelterklärung müssen alle 12 Monate für gültig erklärt werden (Anhang 5.6). Der Referentenentwurf zum EEG sah also nicht etwa vor, dass diese Begutachtung im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr erfolgen muss, sondern nur, dass die EMAS-Registrierung, die überhaupt erst die Verpflichtung zu jährlichen Verbesserungen der Umweltleistung und zu regelmäßigen Begutachtungen begründet, bereits im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr vorgelegen haben musste, wobei diese Regis-

trierung nicht zwingend innerhalb des Geschäftsjahres, sondern auch schon früher erfolgt sein konnte. Wie die Beklagte vorgetragen hat, stieß dieser Entwurf auf den Widerstand des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie mit der Folge, dass die Bundesregierung dem Bundestag schließlich einen Gesetzentwurf vorlegte, in dem die Nummer 4 aus dem Referentenentwurf ersatzlos gestrichen war (BT-Drs 16/8148). Erst der Bundestagsausschuss für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit schlug dann die Formulierung der Nummer 4 vor, die schließlich Gesetz geworden ist. Darin findet sich keine Bezugnahme auf die VO (EG) Nr. 761/2001 und es wird auch keine EMAS-Registrierung oder ein vergleichbares System verlangt, sondern nur eine nicht näher spezifizierte Zertifizierung, mit der der Energieverbrauch und die Potenziale zur Verminderung des Energieverbrauchs erhoben und bewertet worden sind.

35 Diese Gesetzgebungsgeschichte lässt sich nicht mit der erforderlichen Sicherheit dahingehend deuten, dass es dem Bundestagsausschuss für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit darum gegangen sei, die Intervention des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie ungeschehen zu machen und dem ursprünglichen Referentenentwurf zum Durchbruch zu verhelfen, wobei man es – unglücklicherweise – unterließ, einfach den Wortlaut des Referentenentwurfs zu übernehmen, sondern stattdessen einen davon abweichenden Wortlaut wählte, der gemessen an diesem Ziel als verunglückt angesehen werden müsste. Denn nach dem schließlich Gesetz gewordenen Formulierungsvorschlag des Bundestagsausschusses ging es um ein von der ursprünglichen Konzeption abweichendes Ziel. Es sollte nicht mehr sichergestellt werden, dass ein Unternehmen die Besondere Ausgleichsregelung nur dann sollte in Anspruch nehmen können, wenn es jährliche konkrete Verbesserungen der Umweltleistungen erbracht hat, sondern es sollte nur noch auf den durch das Zertifikat zu erbringenden Nachweis ankommen, dass sich das Unternehmen durch Betreiben des Zertifizierungsverfahrens in gewissem – möglicherweise sehr bescheidenem – Umfang theoretische Gedanken über seinen Energieverbrauch und die vorhandenen Energieeinsparpotenziale gemacht hat. Es ist deshalb nicht ausgeschlossen, dass der Gesetzgeber erreichen wollte, dass sich die Unternehmen in jedem abgeschlossenen Geschäftsjahr, auf das die Beantragung der Besonderen Ausgleichsregelung erfolgt, diese theoretischen Gedanken gemacht haben. Dieser Zielsetzung würde es entsprechen, ein Zertifikat zu verlangen, das im letzten abgelaufenen Geschäftsjahr ausgestellt worden ist.

36 Für ein Redaktionsversehen könnte weiterhin die systematische Auffälligkeit sprechen, dass in § 41 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 EEG ausschließlich materielle Voraussetzungen aufgelistet werden, die im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr erfüllt sein müssen, während allein nach § 41 Abs. 1 Nr. 4 ein Nachweisdokument innerhalb des letzten abgeschlossenen Geschäftsjahrs erstellt sein muss, das sich zudem noch auf Fakten bezieht, die selbst nicht innerhalb des letzten abgeschlossenen Geschäftsjahrs vorgelegen haben müssen. Indessen hat diese Auffälligkeit nicht das Gewicht eines eindeutigen Nachweises dafür, dass der Gesetzgeber etwas anderes gesagt hat als er sagen wollte. Deshalb kann es dieser Umstand allein nicht rechtfertigen, sich über den Wortlaut des Gesetzes hinwegzusetzen.

37 Es gibt also schon keine hinreichend tragfähigen Gründe für die Annahme eines Redaktionsversehens. Darüber hinaus steht die weitere Entwicklung des Gesetzes einer derartigen Annahme sogar noch ausdrücklich entgegen. Die hier maßgebliche Fassung des § 41 Abs. 1 EEG wurde nämlich mit dem Änderungsgesetz vom 28.07.2011 (BGBl 2011 I 1634 [1649] – EEG 2012) geändert. Nach dieser neuen Regelung, die am 01.01.2012 in Kraft trat, setzt die Begrenzung der Strommenge nur noch voraus, dass überhaupt eine Zertifizierung erfolgt ist. Es kommt weder darauf an, auf welchen Zeitraum sich die Erhebung des Energieverbrauchs und der Einsparpotenziale bezieht, noch darauf, zu welchem Zeitpunkt oder in welchem Zeitraum das Zertifikat ausgestellt worden ist. Diese Neuregelung ist nicht weniger weit von der Formulierung des ursprünglichen Referentenentwurfs entfernt als die Formulierung in der hier maßgeblichen Fas-

sung des EEG. Deshalb kann in der Neuformulierung keine bloße „Klarstellung" dessen gesehen werden, was schon nach der alten Regelung galt (so aber: Kachel ZUR 2012, 32 [35]). Vielmehr ist die Regelung im EEG 2012 als eine echte Neuregelung aufzufassen, wonach ab dem Antragsjahr 2012 etwas anderes gelten soll als zuvor (ebenso: Poppe, ZNER 2012, 47 [51]). Das wird auch durch die amtliche Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung bestätigt. Dort heißt es: „Nach Nummer 2 muss das Zertifizierungserfordernis zukünftig nicht mehr für das letzte abgeschlossene Geschäftsjahr nachgewiesen werden. Es reicht vielmehr aus, wenn die Zertifizierung im Zeitpunkt der Antragstellung gültig ist. Hintergrund der Änderung sind zahlreiche gescheiterte Anträge, weil Unternehmen in dem Zeitpunkt, in dem sie feststellten, dass sie die Antragsvoraussetzungen im Übrigen erfüllen, die Zertifizierung wegen des Ablaufs des letzten abgeschlossenen Geschäftsjahrs nicht mehr nachholen konnten." (BT Drs 17/6071, S. 84). Diese Begründung der Gesetzesänderung macht deutlich, dass der bis zum 01.01.2012 geltende Wortlaut für die Vergangenheit den Willen des Gesetzgebers zutreffend zum Ausdruck bringt. Erst für die Zukunft soll aufgrund der mit dieser Regelung gemachten Erfahrungen etwas anderes geregelt werden.

38 Die vorstehenden Überlegungen dürfen zwar nicht dahin verstanden werden, dass die Auslegung eines Gesetzes anhand der Gesetzesmaterialien zu einem in einer späteren Legislaturperiode erlassenen Gesetz denselben Stellenwert hätte wie die Gesetzesmaterialien zu dem auszulegenden Gesetz. Denn es handelt sich dabei nur um eine Interpretation der bisher bestehenden Rechtslage und nicht um die Motive der Gesetzgebung. Indessen ist anerkannt, dass das Verhalten eines späteren Gesetzgebers zu einem früheren Gesetz für dessen Auslegung nicht gänzlich ohne Bedeutung ist. So wird etwa aus dem Schweigen und der Untätigkeit des Gesetzgebers hinsichtlich einer bestehenden Rechtslage unter Umständen geschlossen, dass der aktuelle Gesetzgeber die bisherige Rechtslage in seinen Willen aufgenommen hat. Das kann beispielsweise einer Anpassung des Gesetzes an aktuelle Lebensumstände im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung entgegenstehen (Beispiel: BGH, B. v. 08.02.2010 – II ZR 54/09 –, NJW-RR 2010, 1047-1048 = juris TZ 5).

39 Eine „verunglückte" Formulierung lässt sich auch nicht deshalb annehmen, weil die Regelung dem Wortlaut nach etwas Unmögliches verlangt. Zwar ist es richtig, dass eine Zertifizierung von Daten, die in einem bestimmten Zeitraum anfallen, nur nach dem Ende dieses Zeitraums zertifiziert werden können (a. A. Frenz/Müggenborg, EEG, 2. Aufl. 2011, § 41 Rn 64). Indessen sieht § 41 Abs. 1 Nr. 4 EEG keinen bestimmten Zeitraum vor, dessen Daten zertifiziert sein müssen. Das Gesetz verlangt nur, dass die Zertifizierung im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr erfolgt sein muss; es verlangt nicht, dass auch die Daten im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr angefallen sein müssen und auch nicht, dass Daten, die außerhalb des abgeschlossenen Geschäftsjahrs angefallen sind, außer Betracht bleiben müssen. Auch die Beschlussempfehlung des Ausschusses für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, auf die die Einfügung der Nr. 4 des § 41 Abs. 1 EEG zurückgeht, sieht das letzte abgeschlossene Geschäftsjahr nicht als Referenzzeitraum für die zu zertifizierenden Daten vor (BT Drs 16/9477, S. 27).

40 Die Beklagte geht davon aus, dass der Gesetzgeber im Hinblick auf die Zertifizierung die Regelungen der bereits erwähnten VO (EG) Nr. 761/2001 im Sinn hatte. Abgesehen davon, dass es hierfür nach der Abkehr vom ursprünglichen Referentenentwurf gerade keine Anhaltspunkte mehr gibt, sehen auch diese Regelungen keinen bestimmten Referenzzeitraum vor, insbesondere auch nicht das letzte abgeschlossene Geschäftsjahr. In Art. 2 lit b) der Verordnung ist nur von einem Prozess jährlicher Verbesserungen der messbaren Ergebnisse die Rede. Das kann sich sowohl auf das Geschäftsjahr als auch auf das Kalenderjahr beziehen. Der Betriebsprüfungszyklus ist ein Zeitraum, den die Organisation selbst bestimmen kann (vgl. Art. 2 lit m i.V.m. Anhang II Nr. 2.3).

41 Von einer „verunglückten Formulierung" kann auch nicht deshalb ausgegangen werden, weil die Regelung, wie sie sich aus dem Wortlaut ergibt, keinen vernünftigen Grund erkennen lässt. Der Klägerin ist allerdings zuzugeben, dass sich ein Grund, der sich als vernünftig bezeichnen ließe, für die Regelung nicht finden lässt. Die Beklagte hat zwar derartige Gründe vorgetragen. Diese sind jedoch nicht überzeugend. Die Beklagte sieht den entscheidenden Grund in der Regelung darin, dass die Unternehmen, die die Besondere Ausgleichsregelung in Anspruch nehmen wollen, sich kontinuierlich, also Jahr für Jahr erneut Gedanken über ihre Energieeffizienz und ihre Energieeinsparpotenziale machen (ebenso: Altrock/Oschmann/Theobald, EEG, 3. Auf. 2011 § 41 Rn 30; Salje, EEG, 5. Aufl. 2011, § 41 Rn 53). Dieser Zweck wird zwar sichergestellt, wenn das Zertifikat im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr erstellt sein muss, weil auf diese Weise Jahr für Jahr neue Zertifikate erforderlich sind. Indessen ließe sich dieses Ergebnis auch und besser durch das Erfordernis von Zertifikaten erreichen, die sich auf die Energiedaten des letzten abgeschlossenen Geschäftsjahrs oder eines anderen geeigneten Zeitraums vor der Antragstellung beziehen.

42 Im Übrigen lässt die Neuregelung im EEG 2012 erhebliche Zweifel daran aufkommen, ob es dem Gesetzgeber tatsächlich um kontinuierlich aktuelle Zertifikate geht. Denn nach der Neuregelung scheitert der Antrag schon dann nicht, wenn ein Zertifikat vorgelegt wird, wobei es unerheblich ist, wann dieses erstellt worden ist und auf welchen Zeitraum es sich bezieht. Es ist jetzt somit möglich, Jahr für Jahr immer wieder dasselbe Zertifikat vorzulegen. Es genügt also, wenn das Unternehmen sich zumindest einmal Gedanken über seine Energieeffizienz gemacht hat; es muss dies nicht alle Jahre wieder tun. Dies spricht dafür, dass mit dem ins Gesetz aufgenommenen Erfordernis der Zertifizierung keine ernsthafte ökologische Zielsetzung verfolgt werden soll, sondern dass es bei der Regelung eher um bloße Symbolpolitik geht, mit der die Wirklichkeit nicht verändert, sondern für umweltpolitisch interessierte Kreise nur erträglicher gemacht werden soll.

43 Dafür spricht auch, dass nach der Logik des Systems die Bewusstmachung von Einsparpotenzialen durch entsprechende Zertifizierung selbst da, wo ihre Realisierung eigentlich wirtschaftlich wäre, unterbleiben wird, wenn der Genuss der Besonderen Ausgleichsregelung sich als betriebswirtschaftlich profitabler erweist als die Investition in energiesparende Techniken (Frenz/Müggenborg, EEG, 2. Aufl. 2011, § 41 Rn 58; Altrock/Roschmann/ Theobald, EEG, 3. Aufl. 2011, § 41 Rn 29). Erst wenn die Realisierung von Energieeinsparpotenzialen zu einer finanziellen Ersparnis führt, die höher ist als die Begünstigung durch die Besondere Ausgleichsregelung, werden sich die Unternehmen dafür entscheiden, sie auch zu nutzen. In einem solchen Fall täten sie dies allerdings ohnehin schon aus betriebswirtschaftlichen Gründen, ohne dass dem gesetzlich vorgesehenen Zertifizierungserfordernis dabei ausschlaggebende Bedeutung zukäme.

44 Indessen rechtfertigt es dieses Vernunftdefizit des Gesetzes nicht, sich über seinen Wortlaut hinwegzusetzen. Dies wäre vielmehr nur dann der Fall, wenn die von Verfassungs wegen vorgegebene Bindung des Richters an das Gesetz (Art. 20Abs. 3, Art. 97 Abs. 1 GG) unter einem Vernunftvorbehalt stünde, so dass der Richter von dieser Bindung befreit wäre, sofern dies erforderlich ist, um vernünftige Ergebnisse zu erzielen. Dies setzt jedoch voraus, dass die Vernunft eine Rechtsquelle höherer Ordnung darstellt, so dass der Richter in einem solchen Fall zwar nicht an das Gesetz, wohl aber an die Vernunft gebunden wäre, bei der es sich dann um (höherrangiges) Recht im Sinne des Art. 20 Abs. 3 GG handeln würde.

45 Dass die Vernunft eine höherrangige Rechtsquelle eigener Art darstellt, entspricht der Vorstellungswelt des Vernunftrechts des 18. Jahrhunderts (Kaufmann: Problemgeschichte der Rechtsphilosophie. In: Kaufmann/Hassemer/Neumann: a.a.O S. 49ff; Ellscheid: Strukturen naturrechtlichen Denkens. In: Kaufmann/Hassemer/Neumann a.a.O, S. 164). Sie gilt heute als ob-

solet. Die Vernunft ist kein Gesetzbuch, dem wir zwar nicht mit unseren Augen, wohl aber mit unserem Verstand das Gebotene und das Verbotene ebenso entnehmen könnten wie einem geschriebenen Gesetz. Hinter jeder normativen Vorstellung stehen vielmehr Wertungen, die nicht auf der Einsicht in eine der Vernunft zugänglichen objektiven Wertordnung beruhen, sondern auf äußerst kontingenten Präferenzen, also auf autonomen Entscheidungen des Normgebers darüber, wie die von der Norm Betroffenen leben sollen. An die Stelle der Vorstellung von einer substanziellen Vernunft, der wir entnehmen könnten, was richtig und was falsch ist, ist heute die Vorstellung einer rein prozeduralen Vernunft getreten, derzufolge vernünftig ist, was aus (möglichst herrschaftsfreien) Diskursen als gemeinsamer Wille aller Betroffenen hervorgegangen ist (Habermas, Faktizität und Geltung, 3. Aufl. 1993, S. 192). Verfassungsrechtlich ist dieses Ideal durch das Demokratieprinzip verwirklicht (Maihofer in: Benda/Maihofer/Vogel: Handbuch des Verfassungsrechts 1983, S. 181). Eine Norm gilt daher nicht deshalb als vernünftig, weil sie den Vorgaben einer objektiven substanziellen Vernunft entspricht, sondern deshalb, weil sie aus demokratischen Entscheidungsprozessen hervorgegangen ist, deren Einzelheiten sich aus der demokratischen Verfassung ergeben. Der Wortlaut des § 41 Abs. 1 Nr. 4 EEG kann deshalb nicht unter Hinweis darauf ignoriert werden, dass er unvernünftig sei. Vielmehr ist darauf hinzuweisen, dass er demokratisch legitimiert ist und deshalb gilt.

46 Das von der Klägerin vertretene Verständnis des Gesetzes kann auch nicht im Wege richterlicher Rechtsfortbildung erreicht werden. Das Bundesverfassungsgericht hat allerdings die Befugnis der Gerichte zu einer „schöpferischen" Rechtsfortbildung anerkannt. Diese Befugnis ist dem Umstand geschuldet, dass sich die gesellschaftlichen Verhältnisse bisweilen derartig schnell wandeln, dass der Gesetzgeber damit nicht Schritt halten kann und die Anpassung des geltenden Rechts an die veränderten Verhältnisse deshalb zur Aufgabe der Dritten Gewalt gemacht werden muss ((BVerfG, B. v. 25.01.2011 – 1 BvR 918/10 –, BVerfGE 128, 193,TZ 53 [Halbteilungsgrundsatz]) m.w.N.). Indessen gibt es keine Änderung der gesellschaftlichen Verhältnisse, kraft deren das gesetzliche Erfordernis der Zertifizierung im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr gemessen an den ursprünglichen Intentionen des Gesetzgebers dysfunktional geworden wäre und deshalb einer Nachjustierung im Rahmen richterlicher Rechtsfortbildung bedürfte. Die von der Klägerin mit nachvollziehbaren Gründen gegen die Regelung vorgebrachten Argumente stellen deren Sinnhaftigkeit von Anfang an in Frage und haben nichts mit gewandelten gesellschaftlichen Verhältnissen zu tun.

47 Angesichts dessen könnte das fehlende Zertifikat im Sinne des § 41 Abs. 1 Nr. 4 EEG der Bewilligung der Besonderen Ausgleichsregelung nur dann nicht entgegenstehen, wenn diese Norm mit höherrangigem Recht unvereinbar und deshalb unanwendbar oder nichtig wäre. Als höherrangige Rechtsquellen kommen insoweit das Recht der Europäischen Union und das Grundgesetz in Betracht. Eine Inkompatibilität mit Europarecht ist weder von der Klägerin behauptet worden, noch für das Gericht ersichtlich. Aber auch im Hinblick auf das Grundgesetz bestehen keine Zweifel an der Gültigkeit der Norm.

48 Die Regelung verletzt keine besonderen Grundrechte der Klägerin. Eine Verletzung des Grundrechts der Wettbewerbsfreiheit ist nicht ersichtlich, wobei offenbleiben kann, ob man dieses in Art. 12 GG, in Art. 2 Abs. 1 GG oder in Art. 3 Abs. 1 GG oder in einer Kombination dieser Grundrechte verortet (zur grundrechtlichen Verortung der Wettbewerbsfreiheit (vgl. Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner: Verwaltungsgerichtsordnung 13. Erg.Lfg. § 42 Rn 291ff.).

49 Die grundrechtlich garantierte Wettbewerbsfreiheit schützt weder vor Konkurrenz noch garantiert sie im Hinblick auf eine bestimmte Wettbewerbsposition einen bestimmten Besitzstand. Sie garantiert nur, dass die jeweilige Wettbewerbsposition aus nichts anderem hervorgehen darf als aus dem freien Spiel der Kräfte, also aus dem Verhältnis der unterschiedlichen Leistungen, die die Konkurrenten für den Markt erbringen. Nur die Marktteilnehmer, also Angebot und

Nachfrage, sollen darüber bestimmen, welche Wettbewerbsposition ein Anbieter auf diesem Markt im Vergleich zu seinen Konkurrenten hat (BVerfG, Urt. v. 20.07.1954 - 1 BvR 459/54 u.a. -, BVerfGE 4, 7 [19]; Urt. v. 22.05.1980 - 3 C 2.80 -, BVerwGE 60, 154 [159f.]). In dieses freie Spiel der Kräfte greift der Staat beispielsweise dadurch ein, dass er bestimmten Unternehmen Subventionen verweigert, die er ihren Konkurrenten gewährt.

50 Ein Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit liegt hier schon deshalb nicht vor, weil alle Unternehmen im Antragsjahre 2011, um das es hier geht, gleich behandelt worden sind und die Klägerin im Verhältnis zu ihren Mitbewerbern deshalb keine Benachteiligung erleidet, die den Wettbewerb verzerrt. Auf einen Vergleich der Antragsteller für das Jahr 2009, in dem die Beklagte das Erfordernis der Zertifizierung im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr offenbar ignoriert hat, mit den Antragstellern für das Jahr 2012 kommt es nicht an, weil diese Antragsteller nicht miteinander im Wettbewerb stehen. Wettbewerb findet nämlich immer nur in der nämlichen Zeitspanne statt.

51 Die Klägerin kann sich auch nicht auf eine Verletzung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit berufen. Dieser Grundsatz ist den besonderen und auch dem allgemeinen Freiheitsgrundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG immanent. Er besagt, dass in die durch die Grundrechte geschützte Freiheitssphäre des Bürgers oder Unternehmens nur eingegriffen werden darf, wenn dies tatsächlich notwendig ist. Deshalb ist ein solcher Eingriff nur gerechtfertigt, wenn er einem legitimen Zweck dient, der Eingriff geeignet und erforderlich ist, um den Zweck zu erreichen und zwischen Zielsetzung und Beschwer für den Betroffenen ein angemessenes Verhältnis besteht. Eine Verletzung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit kommt deshalb nur dann in Frage, wenn ein Akt der Eingriffsverwaltung vorliegt. Denn anders wird der Freiheitsraum des Betroffenen nicht tangiert. Mit der Verweigerung der Besonderen Ausgleichsregelung nach §§ 40ff. EEG vollzieht die Beklagte jedoch keinen Akt der Eingriffsverwaltung, sondern sie verweigert eine Wohltat. Sie schränkt den dem Betroffenen grundrechtlich verbürgten Freiheitsraum nicht ein, sondern verweigert nur dessen Erweiterung. Deshalb ist hier für die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips kein Raum.

52 Die Klägerin kann auch nicht geltend machen, durch die Regelung des § 41 Abs. 1 Nr. 4 EEG in ihrem Recht auf Gleichheit vor dem Gesetz im Hinblick auf das Willkürverbot verletzt zu sein. Aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) folgt allerdings nicht nur, dass alle Betroffenen nach denselben Kriterien gleich zu behandeln sind, sondern auch, dass diese Kriterien nicht willkürlich sein dürfen. Eine Verletzung des Willkürverbotes liegt nur dann vor, wenn die maßgeblichen Kriterien unter keinem denkbaren Aspekt rechtlich vertretbar sind und sich daher der Schluss aufdrängt, dass sie auf sachfremden Erwägungen beruhen (BVerfG Urt. v. 08.07.1997 – 1 BvR 1934/93 –, BVerfGE 96, 198, TZ 49). Im Unterschied zu behördlichen Ermessensentscheidungen ist für die Frage, ob das Gesetz auf Kriterien beruht, die unter keinem Aspekt rechtlich vertretbar sind, nicht auf tatsächliche Überlegungen des Gesetzgebers abzustellen, die häufig unbekannt sind, sondern es ist vielmehr zu fragen, ob sich objektiv keine rechtlich vertretbaren Kriterien finden lassen.

53 Das Erfordernis der Zertifizierung im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr ist jedenfalls unter dem denkbaren Aspekt rechtlich vertretbar, dass damit eine jährlich erneute Zertifizierung sichergestellt werden soll, die ihrerseits unter dem Aspekt rechtlich vertretbar ist, das Bewusstsein der Unternehmen für Energieeinsparungspotenziale zu schärften und sie zu entsprechenden Maßnahmen anzuregen. Dass ist ausreichend, um eine Verletzung des Willkürverbots auszuschließen.

54 Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 167 VwGO i.V.m. § 708Nr. 11, 711 ZPO. Die Berufung war nicht

zuzulassen, weil die Berufungszulassungsgründe des § 124 Abs. 2 Nr. 3 und 4 VwGO nicht vorliegen (§ 124a Abs. 1 S. 1 VwGO).

Gericht:	Oberverwaltungsgericht des Landes Sachsen-Anhalt 3. Senat
Entscheidungsdatum:	08.11.2011
Aktenzeichen:	3 M 464/11
ECLI:	ECLI:DE:OVGST:2011:1108.3M464.11.0A
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	
Normen:	Art 79 Verf ST, § 1 SekIAbschlV ST
Zitiervorschlag:	Oberverwaltungsgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 08. November 2011 – 3 M 464/11 –, juris

Verfassungswidrigkeit der SekIAbschlV ST; Korrektur des unterlassenen Hinweises auf die Verordnungsermächtigung

Leitsatz

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(juris: Verf ST) als verfassungswidrig anzusehen ist und deshalb die Vorschrift im Verhältnis zwischen den Verfahrensbeteiligten keine Rechtswirkungen entfaltet.(Rn.4)

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.(Rn.4)

Verfahrensgang

vorgehend VG Magdeburg, 30. September 2011, 7 B 342/11, Beschluss

Gründe

1 Die Beschwerde bleibt ohne Erfolg.

2 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.).

3 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.

4 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)

5 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.).

6 Der Beschluss ist unanfechtbar (§§ 152 Abs. 1 VwGO).

Gericht:	BSG 9. Senat
Entscheidungsdatum:	06.10.2011
Rechtskraft:	ja
Aktenzeichen:	B 9 SB 7/10 R
Dokumenttyp:	Urteil
Quelle:	juris
Normen:	§ 145 Abs 1 S 5 Nr 2 Alt 2 SGB 9 vom 22.12.2008, § 145 Abs 1 S 1 SGB 9 vom 22.12.2008, § 145 Abs 1 S 3 SGB 9 vom 22.12.2008, § 145 Abs 1 S 4 SGB 9 vom 22.12.2008, § 2 Abs 1 AsylbLG... mehr
Zitiervorschlag:	BSG, Urteil vom 06. Oktober 2011 – B 9 SB 7/10 R –, BSGE 109, 154-176, SozR 4-3250 § 145 Nr 2

(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)

Leitsatz

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.

Orientierungssatz

1. Zur Auslegung des Begriffs "erhalten" iS des § 145 Abs 1 S 5 Nr 2 SGB 9 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 sachlich-rechtlichen 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). (Rn.58)

2. Der erkennende Senat ist der Auffassung, dass bei § 145 Abs 1 S 5 Nr 2 SGB 9 eine dem engeren Wortsinn entsprechende Auslegung vorzugswürdig ist, nach der es allein auf den tatsächlichen Zufluss der Leistungen ankommt. (Rn.58)

Fundstellen

BSGE 109, 154-176 (Leitsatz und Gründe)
SozR 4-3250 § 145 Nr 2 (Leitsatz und Gründe)
RegNr 30184 (BSG-Intern)
Breith 2012, 668-688 (Leitsatz und Gründe)
SGb 2012, 718-728 (Leitsatz und Gründe)

Verfahrensgang

vorgehend SG Aachen 18. Kammer, 11. Januar 2010, S 18 SB 235/09, Urteil

vorgehend Landessozialgericht für das Land Nordrhein-Westfalen 13. Senat, 3. September 2010, L 13 SB 58/10, Urteil

Diese Entscheidung wird zitiert

Rechtsprechung
Vergleiche BVerfG 1. Senat 1. Kammer, 5. März 2018, 1 BvR 2926/14
Vergleiche BSG 9. Senat, 12. Mai 2014, B 9 SB 81/13 B
Vergleiche Landessozialgericht für das Land Nordrhein-Westfalen 10. Senat, 16. Oktober 2013, L 10 SB 80/13
Anschluss Landessozialgericht Berlin-Brandenburg 13. Senat, 26. September 2013, L 13 SB 139/10

Literaturnachweise
Reza F Shafaei, SGb 2012, 728-730 (Anmerkung)

Diese Entscheidung zitiert

Rechtsprechung
Vergleiche BSG 9. Senat, 17. Juli 2008, B 9/9a SB 11/06 R

Tenor

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.

Tatbestand

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 (AufenthG), 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 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 Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vom 3. September 2010 zurückzuweisen.

13 Er hält das Urteil des LSG für zutreffend und macht ergänzend geltend, ein 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 einverstanden erklärt *(§ 124 Abs 2 SGG)*.

Entscheidungsgründe

15 Die Revision der Beklagten ist zulässig, aber nicht begründet.

16 1. Die Voraussetzungen für eine Sachentscheidung des erkennenden Senats liegen vor.

17 a) Im Laufe des Gerichtsverfahrens ist auf der Beklagtenseite ein 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 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) Leistungsklage liegen vor.

24 Im Hinblick auf die Ablehnungsentscheidung der Beklagten vom 20.7.2009 ist das 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 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 Zu-

ständigkeitsregelung 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-Ladewig/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 §§ 27aund 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 (teleologische 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 erfass-

ten Beziehern von Leistungen "nach" den §§ 27aund 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 materiell-rechtlich 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 Gleichbehandlungsgrundsatz 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.

67 Dies gilt insbesondere für das Erste Änderungsgesetz des AsylbLG vom 26.5.1997 *(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.

68 Entsprechendes gilt auch für die Änderungen und Anpassungen des persönlichen 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 Auf-*

enthalts 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)*.

69 (c) Systematisch regelt § 9 Abs 1 AsylbLG nach Art einer Konkurrenznorm das 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 §§ 3bis 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).

74 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 asylbewerberleistungsrechtliche 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)*.

75 (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 sozialhilferechtlichem Niveau vorgesehen. Entsprechendes gilt für die Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung nach dem Vierten Kapitel des SGB XII *(§§ 41bis 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)*.

76 Zwar erstreckt sich der Rechtsanspruch damit grundsätzlich nicht auf die Leistungen der übrigen Kapitel des SGB XII, insbesondere nicht auf die Eingliederungshilfe für behinderte Menschen *(§§ 53bis 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.

77 Aus den Besonderheiten des AsylbLG ergibt sich keine andere Bewertung. Vielmehr 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)*.

78 Auch bei der Anhebung der Vorbezugszeit iS des § 2 Abs 1 AsylbLG auf 48 Monate 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.

79 c) Die Beklagte war nach alledem gemäß § 145 Abs 1 Satz 5 Nr 2 Alt 2 SGB IX 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.

80 3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.

Gericht:	Oberverwaltungsgericht für das Land Schleswig-Holstein 2. Senat
Entscheidungsdatum:	11.08.2011
Aktenzeichen:	2 LB 2/11
ECLI:	ECLI:DE:OVGSH:2011:0811.2LB2.11.0A
Dokumenttyp:	Urteil
Quelle:	juris
Normen:	§ 4 NeustädterBuchtFzgV, Art 6a EGRL 25/94, § 5 Abs 3 UrhG, § 1 NeustädterBuchtFzgV
Zitiervorschlag:	Oberverwaltungsgericht für das Land Schleswig-Holstein, Urteil vom 11. August 2011 – 2 LB 2/11 –, juris

Doppelt-dynamische Verweisung nationalen Gesetzes auf EU-Richtlinie; technische Norm

Leitsatz

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.(Rn.45)

Verfahrensgang

vorgehend Schleswig-Holsteinisches Verwaltungsgericht, 7. Dezember 2010, 3 A 162/09, Urteil
nachgehend BVerwG 3. Senat, 29. Juni 2012, 3 B 85/11, ..., Beschluss
nachgehend BVerwG 3. Senat, 27. Juni 2013, 3 C 21/12, Urteil

Tenor

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 Neustädter 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 Neustädter Bucht mit bestimmten Wasserfahrzeugen (veröffentlicht im Verkehrsblatt 2009, S. 143, im Folgenden: NeustädterBuchtFzgV) erlassenen Regelung ist das Befahren der Neustädter 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 NeustädterBuchtFzgV wird zur Feststellung des Schalldruckpegels des Fahrzeugs auf eine EU-Richtlinie in deren jeweils geltender Fassung verwiesen. Gemäß § 2 Abs. 1 NeustädterBuchtFzgV 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 Neustädter Bucht erst einsetzen, wenn er dem Wasser- und Schifffahrtsamt Lübeck die künftige Einhaltung des Grenzwertes nachweist (§ 3 Abs. 1 NeustädterBuchtFzgV).

3 Die in § 4 NeustädterBuchtFzgV 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 Neustädter 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 Neustädter Bucht. Daraufhin teilte die Beklagte mit Schreiben vom 11.05.2009 mit, dass die NeustädterBuchtFzgV 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 NeustädterBuchtFzgV 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 Neustädter 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 iVm § 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 Neustädter Bucht mit bestimmten Fahrzeugen vom 09.02.2009 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 15.07.2009 aufzuheben,

10 hilfsweise,

11 festzustellen, dass die Verordnung über das Verbot des Befahrens der Neustädter Bucht mit bestimmten Fahrzeugen vom 09.02.2009 auf den Kläger keine Anwendung findet.

12 Die Beklagte hat beantragt,

13 die Klage abzuweisen.

14 Die angegriffene Rechtsverordnung sei ordnungsgemäß bekanntgemacht worden. 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.

15 Das Verwaltungsgericht hat die Klage mit Urteil vom 07.12.2010 als teilweise 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 NeustädterBuchtFzgV. 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 NeustädterBuchtFzgV) klären zu lassen.

16 Die Klage sei jedoch unbegründet, da sich die Verordnung sowohl in formeller als 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 NeustädterBuchtFzgV 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 Neustädter 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 Neustädter 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 NeustädterBuchtFzgV nicht um eine Verordnung, sondern um eine Allgemeinverfügung handele und somit die Anfechtungsklage zulässig sei. Das Verwaltungsgericht habe eine Vorgänger-„Verordnung" (Geschwindigkeitsbegrenzung in der Neustädter 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 NeustädterBuchtFzgV 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 NeustädterBuchtFzgV 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 NeustädterBuchtFzgV 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 NeustädterBuchtFzgV zu beanstanden. Grundsätzlich habe gemäß § 5 WaStrG jedermann ein Recht zum Befahren von Gewässern, abgesehen von Nationalpark- und Naturschutzgebieten. Zunächst stelle die NeustädterBuchtFzgV 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.

23 Auch sei im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes die Erforderlichkeit der NeustädterBuchtFzgV 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 Neustädter Bucht zu erreichen, in denen es die streitbe-

fangene Verordnung nicht gebe. Im Übrigen bestehe das Risiko, dass die Verordnung auch auf andere Bereiche erweitert werden solle, möglicherweise letztlich auf die gesamte Ostseeküste.

24 Schließlich sei auch die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne nicht gewahrt. Das 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.

25 Der Kläger beantragt,

26 das erstinstanzliche Urteil zu ändern und die Verordnung über das Verbot des Befahrens der Neustädter Bucht mit bestimmten Fahr-zeugen vom 09.02.2009 in der Gestalt des Widerspruchsbeschei-des vom 15.07.2009 aufzuheben,

27 hilfsweise

28 festzustellen, dass die Verordnung über das Verbot des Befahrens der Neustädter Bucht mit bestimmten Fahrzeugen vom 09.02.2009 auf den Kläger keine Anwendung findet.

29 Die Beklagte beantragt,

30 die Berufung zurückzuweisen.

31 Sie hält den Hauptantrag für unzulässig, da das Verbot des Befahrens der Neustädter Bucht 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 Neustädter 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 und2003/44/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 ver-

schaffen, 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 Neustädter 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 Neustädter 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 NeustädterBuchtFzgV 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 NeustädterBuchtFzgV 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 NeustädterBuchtFzgV 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 zu-

treffend hinsichtlich des Hauptantrages als unzulässig und hinsichtlich des Hilfsantrages als unbegründet abgewiesen.

41 Der Hauptantrag ist gerichtet auf Aufhebung der NeustädterBuchtFzgV 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 NeustädterBuchtFzgV 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 iVm § 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 NeustädterBuchtFzgV nichts zu ändern. Es geht dem Kläger auch nicht um Rechtsschutz gegen eine Anordnung nach der NeustädterBuchtFzgV, 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 NeustädterBuchtFzgV 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 NeustädterBuchtFzgV 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 NeustädterBuchtFzgV 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 NeustädterBuchtFzgV 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 NeustädterBuchtFzgV selbst und damit statisch – wenn auch dem geltenden europäischen Recht gleichlautend – definiert, bedient er sich hinsichtlich des technischen Verfahrens zur Ermittlung einer etwaigen Grenzwertüber-

schreitung 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 NeustädterBuchtFzgV vornehmen können. Auch können bereits erteilte Konformitätsbescheinigungen der Hersteller in diesem Rahmen akzeptiert werden, ohne dass es eines weiteren eventuell abweichenden Prüfverfahrens bedürfte.

50 Die durch die Verweisungstechnik bedingte Erschwerung des Auffindens des 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.

51 Der gesetzgeberische Verweis auf technische Normen selbst erscheint dem Senat als im Ergebnis unbedenklich. Zwar ist der eingeschränkte und in aller Regel nur engeltpflichtig 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.

52 In den Gesetzesmaterialien heißt es dazu (Hervorhebungen durch den Senat):

53 **BT-Drucks. 15/38, S. 16**:, bezüglich einer nicht beschlossenen Fassung, die noch keine Zwangslizenz vorsah:

54 „Die vorgeschlagene Regelung zu § 5 entspricht keinem Gebot der Richtlinie. Der 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 öf-**

fentlichen 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."

56 **BT-Drucks. 15/837, S. 33**, zur letztlich beschlossenen Fassung:

57 „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://hdr.bmj.de)

60 Hätte sich die Beklagte an diese Empfehlung gehalten, hätte die 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 NeustädterBuchtFzgV 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 NeustädterBuchtFzgV 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 NeustädterBuchtFzgV 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 NeustädterBuchtFzgV 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 Neustädter 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 zu Lasten 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 Neustädter 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 Neustädter 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.

72 Beschluss

73 Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Berufungsverfahren gemäß § 52 Abs. 2 GKG auf **5.000,– Euro** festgesetzt.

74 Es war der Auffangstreitwert festzusetzen. Dagegen war nicht an der vorl. Streitwertfestsetzung i.H.v. 20.000,– € festzuhalten, da diese angesichts des klägerischen Interesses, die Nutzung seines Speed-Bootes in einem bestimmten Revier (Neustädter Bucht) weiterhin aufrechterhalten zu dürfen, zu hoch angesetzt war.

75 Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§§ 68Abs. 1 S. 5, 66 Abs. 3 S. 3 GKG).

Gericht:	VG Frankfurt 6. Kammer
Entscheidungsdatum:	19.04.2011
Aktenzeichen:	6 K 3753/09.F
ECLI:	ECLI:DE:VGFFM:2011:0419.6K3753.09.F.0A
Dokumenttyp:	Urteil
Quelle:	juris
Normen:	§ 10 Abs 5 StrG HE, § 3 Abs 2 KAG HE, Art 20 Abs 3 GG
Zitiervorschlag:	VG Frankfurt, Urteil vom 19. April 2011 – 6 K 3753/09.F –, juris

Aufhebung von Straßenreinigungsgebührenbescheiden wegen Unwirksamkeit der zugrunde gelegten Satzung

Leitsatz

Eine aufgehobene Straßenreinigungssatzung tritt nur dann wieder in Kraft, wenn der Satzungsgeber eine Satzungsbestimmung beschließt, die das Inkraftsetzen bestimmt.

(Rn.21)

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. (Rn.23)

Orientierungssatz

Zitierung: entgegen VGH Kassel Beschluss vom 27.09.2006, Az.: 5 N 1086/06

Fundstellen

LKRZ 2011, 278 (Leitsatz und Gründe)

Verfahrensgang

nachgehend Hessischer Verwaltungsgerichtshof 5. Senat, 17. Dezember 2013, 5 A 1343/11, Urteil

Diese Entscheidung zitiert

Rechtsprechung

Entgegen Hessischer Verwaltungsgerichtshof 5. Senat, 27. September 2006, 5 N 1086/06

Tenor

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

1 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.

2 Die Stadtverordnetenversammlung der Beklagten beschloss am 27.02.1992 die „Satzung über die Straßenreinigung in der Stadt Frankfurt am Main" (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).

3 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 Frankfurt am Main vom 27. Februar 1992 außer Kraft gesetzt." Diese Satzung wurde am 09.11.2004 im Amtsblatt der Stadt Frankfurt am Main bekannt gegeben.

4 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 XXX Euro festlegte. Gegen diesen Bescheid legten die Kläger Widerspruch ein.

5 Die Stadtverordnetenversammlung der Stadt Frankfurt am Main beschloss am 12.05. und 13.10.2005 die „Satzung zur Aufhebung der Straßenreinigungssatzung" (Aufhebungssatzung 2005), die im Amtsblatt der Stadt Frankfurt am Main vom 15.11.2005 bekannt gemacht wurde. Diese Satzung hat folgenden Wortlaut:

6 „§ 1
Die Satzung über die Straßenreinigung in der Stadt Frankfurt am Main vom 16.09.2004 (Amtsblatt S. 1693) wird mit Wirkung zum 01.01.2005 aufgehoben.

7 §2
Die Festsetzung der sich nach der Satzung über die Straßenreinigung in der Stadt Frankfurt am Main 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 Frankfurt am Main 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."

8 Weitere Änderungssatzungen der Straßenreinigungssatzung in der Folgezeit sollten jeweils eine Änderung der Straßenreinigungssatzung von 1992 bewirken.

9 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 XXX 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 Ge-

bührenbescheide für die Straßenreinigung in Höhe von jeweils XXX 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.

10 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.

11 Die Kläger beantragen,

12 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.

13 Die Beklagte beantragt,

14 die Klage abzuweisen.

15 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.

16 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.

17 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

18 Die Entscheidung ergeht gemäß § 87 a Abs. 2 VwGO durch den Vorsitzenden anstelle der Kammer. Die Beteiligten haben dazu ihr Einverständnis erklärt.

19 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).

20 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.

21 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.

22 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 Frankfurt am Main 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 Frankfurt am Main, so dass die im folgenden Zeitraum ergangenen Bescheide über die Heranziehung zu Straßenreinigungsgebühren ohne rechtliche Grundlage ergangen sind und deshalb rechtswidrig sind.

23 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 Aufhebungssat-

zung 2005 hat deshalb keinerlei rechtliche Bedeutung mehr, sie geht ins Leere und stellt lediglich einen Akt der Rechtsbereinigung dar.

24 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.

25 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.

26 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.

27 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.

28 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.

29 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.

30 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.

31 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.

32 Als unterliegender Beteiligter hat die Beklagte gemäß § 154 Abs. 1 VwGO die Kosten des Verfahrens zu tragen.

33 Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 167 Abs. 1 VwGO, 708 Nr. 11, 711 ZPO.

34 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.

Gericht: VG Frankfurt 6. Kammer
Entscheidungsdatum: 19.04.2011
Aktenzeichen: 6 K 510/10.F
ECLI: ECLI:DE:VGFFM:2011:0419.6K510.10.F.0A
Dokumenttyp: Urteil

Quelle: juris

Normen: Art 20 Abs 3 GG, § 10 Abs 5 StrG HE, § 3 Abs 2 KAG HE
Zitiervorschlag: VG Frankfurt, Urteil vom 19. April 2011 – 6 K 510/10.F –, juris

Kommunales Abgabenrecht: Aufhebung von Straßenreinigungsgebührenbescheiden wegen Unwirksamkeit der zugrunde gelegten Satzung

Leitsatz

Eine aufgehobene Straßenreinigungssatzung tritt nur dann wieder in Kraft, wenn der Satzungsgeber eine Satzungsbestimmung beschließt, die das Inkraftsetzen bestimmt. (Rn.22)

Die Aufhebung einer Straßenreinigungssatzung führt nicht dazu, dass als "faktische Folge" der Aufhebung ohne weiteres die außer Kraft getretene Vorgängersatzung wieder wirksam wird. (Rn.26)

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. (Rn.27)

Verfahrensgang

nachgehend Hessischer Verwaltungsgerichtshof 5. Senat, 17. Dezember 2013, 5 A 1402/11, Urteil

Tenor

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

1 Die Kläger sind Eigentümer der Liegenschaft A-Straße im Stadtgebiet der Beklagten. Bei dem Grundstück handelt es sich um ein so genanntes „Hinterliegergrundstück".

2 Die Stadtverordnetenversammlung der Beklagten beschloss am 27.02.1992 die „Satzung über die Straßenreinigung in der Stadt Frankfurt am Main" (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).

3 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 Frankfurt am Main vom 27. Februar 1992 außer Kraft gesetzt." Diese Satzung wurde am 09.11.2004 im Amtsblatt der Stadt Frankfurt am Main bekannt gegeben.

4 Die Stadtverordnetenversammlung der Stadt Frankfurt am Main beschloss am 12.05. und 13.10.2005 die „Satzung zur Aufhebung der Straßenreinigungssatzung" (Aufhebungssatzung 2005), die im Amtsblatt der Stadt Frankfurt am Main vom 15.11.2005 bekannt gemacht wurde. Diese Satzung hat folgenden Wortlaut:

5 „§ 1

6 Die Satzung über die Straßenreinigung in der Stadt Frankfurt am Main vom 16.09.2004 (Amtsblatt S. 1693) wird mit Wirkung zum 01.01.2005 aufgehoben.

§2

7 Die Festsetzung der sich nach der Satzung über die Straßenreinigung in der Stadt Frankfurt am Main 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 Frankfurt am Main 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."

8 Weitere Änderungssatzungen der Straßenreinigungssatzung in der Folgezeit sollten jeweils eine Änderung der Straßenreinigungssatzung von 1992 bewirken.

9 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.

10 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.

11 Die Kläger beantragen,

12 die Abgabenbescheide der Beklagten vom 25.06.2007 und den Widerspruchsbescheid vom 01.02.2010 aufzuheben.

13 Die Beklagte beantragt,

14 die Klage abzuweisen.

15 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.

16 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.

17 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

18 Die Entscheidung ergeht gemäß § 87 a Abs. 2 VwGO durch den Vorsitzenden anstelle der Kammer. Die Beteiligten haben dazu ihr Einverständnis erklärt.

19 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).

20 Die Rechtswidrigkeit der Bescheide folgt entgegen der Ansicht der Kläger allerdings nicht daraus, dass der Frontlängenmaßstab zur Bemessung der Straßenreinigungsgebühr rechtswidrig wäre.

21 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).

22 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.

23 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 Frankfurt am Main 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 Frankfurt am Main, so dass die im folgenden Zeitraum ergangenen Bescheide über die Heranziehung zu Straßenreinigungsgebühren ohne rechtliche Grundlage ergangen sind und deshalb rechtswidrig sind.

24 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.

25 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.

26 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.

27 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.

28 Ein „faktisches" Inkrafttreten der aufgehobenen StrRS 1992 kann auch nicht durch eine entsprechende Auslegung des § 2 der Aufhebungssatzung 2005 begründet werden, dies würde ge-

gen 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.

29 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.

30 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.

31 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.

32 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.

33 Als unterliegender Beteiligter hat die Beklagte gemäß § 154 Abs. 1 VwGO die Kosten des Verfahrens zu tragen.

34 Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 167 Abs. 1 VwGO, 708 Nr. 11, 711 ZPO.

35 Das erkennende Gericht ist, ebenso wie der Hessische Verwaltungsgerichtshof, bisher von der Wirksamkeit der von der Beklagten angewandten Straßenreinigungssatzung ausgegangen. Die-

se Auffassung wird vom Gericht nicht weiter vertreten. Wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache ist die Berufung zuzulassen.

Gericht: VG Frankfurt 6. Kammer
Entscheidungsdatum: 19.04.2011
Aktenzeichen: 6 K 513/10.F
ECLI: ECLI:DE:VGFFM:2011:0419.6K513.10.F.0A
Dokumenttyp: Urteil

Quelle: juris

Normen: Art 20 Abs 3 GG, § 10 Abs 5 StrG HE, § 3 Abs 2 KAG HE
Zitiervorschlag: VG Frankfurt, Urteil vom 19. April 2011 – 6 K 513/10.F –, juris

Kommunales Abgabenrecht: Aufhebung von Straßenreinigungsgebührenbescheiden wegen Unwirksamkeit der zugrunde gelegten Satzung

Leitsatz

Eine aufgehobene Straßenreinigungssatzung tritt nur dann wieder in Kraft, wenn der Satzungsgeber eine Satzungsbestimmung beschließt, die das Inkraftsetzen bestimmt. (Rn.22)

Die Aufhebung einer Straßenreinigungssatzung führt nicht dazu, dass als "faktische Folge" der Aufhebung ohne weiteres die außer Kraft getretene Vorgängersatzung wieder wirksam wird. (Rn.26)

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. (Rn.24)

Verfahrensgang

nachgehend Hessischer Verwaltungsgerichtshof 5. Senat, 17. Dezember 2013, 5 A 1399/11, Urteil

Tenor

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

1 Der Kläger ist Eigentümer der Liegenschaft A-Straße im Stadtgebiet der Beklagten. Bei dem Grundstück handelt es sich um ein so genanntes „Hinterliegergrundstück".

2 Die Stadtverordnetenversammlung der Beklagten beschloss am 27.02.1992 die „Satzung über die Straßenreinigung in der Stadt Frankfurt am Main" (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).

3 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 Frankfurt am Main vom 27. Februar 1992 außer Kraft gesetzt." Diese Satzung wurde am 09.11.2004 im Amtsblatt der Stadt Frankfurt am Main bekannt gegeben.

4 Die Stadtverordnetenversammlung der Stadt Frankfurt am Main beschloss am 12.05. und 13.10.2005 die „Satzung zur Aufhebung der Straßenreinigungssatzung" (Aufhebungssatzung 2005), die im Amtsblatt der Stadt Frankfurt am Main vom 15.11.2005 bekannt gemacht wurde. Diese Satzung hat folgenden Wortlaut:

5 „§ 1

6 Die Satzung über die Straßenreinigung in der Stadt Frankfurt am Main vom 16.09.2004 (Amtsblatt S. 1693) wird mit Wirkung zum 01.01.2005 aufgehoben.

§2

7 Die Festsetzung der sich nach der Satzung über die Straßenreinigung in der Stadt Frankfurt am Main 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 Frankfurt am Main 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."

8 Weitere Änderungssatzungen der Straßenreinigungssatzung in der Folgezeit sollten jeweils eine Änderung der Straßenreinigungssatzung von 1992 bewirken.

9 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.

10 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.

11 Der Kläger beantragt,

12 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.

13 Die Beklagte beantragt,

14 die Klage abzuweisen.

15 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.

16 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.

17 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

18 Die Entscheidung ergeht gemäß § 87 a Abs. 2 VwGO durch den Vorsitzenden anstelle der Kammer. Die Beteiligten haben dazu ihr Einverständnis erklärt.

19 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).

20 Die Rechtswidrigkeit der Bescheide folgt entgegen der Ansicht des Klägers allerdings nicht daraus, dass der Frontlängenmaßstab zur Bemessung der Straßenreinigungsgebühr rechtswidrig wäre.

21 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).

22 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.

23 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 Frankfurt am Main 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 Frankfurt am Main, so dass die im folgenden

Zeitraum ergangenen Bescheide über die Heranziehung zu Straßenreinigungsgebühren ohne rechtliche Grundlage ergangen sind und deshalb rechtswidrig sind.

24 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.

25 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.

26 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.

27 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.

28 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.

29 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.

30 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.

31 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.

32 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.

33 Als unterliegender Beteiligter hat die Beklagte gemäß § 154 Abs. 1 VwGO die Kosten des Verfahrens zu tragen.

34 Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 167 Abs. 1 VwGO, 708

Nr. 11, 711 ZPO.

35 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.

Gericht:	Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen 15. Senat
Entscheidungsdatum:	01.03.2011
Rechtskraft:	ja
Aktenzeichen:	15 A 1643/10
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	juris
Normen:	§ 60 Abs 1 GemO NW, § 8 Abs 2 KAG NW, § 8 Abs 4 KAG NW, § 4 Abs 1 Buchst c BekV NW
Zitiervorschlag:	Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 01. März 2011 – 15 A 1643/10 –, juris

Straßenausbaubeitrag - hier: zur Festlegung der Anliegeranteile

Leitsatz

1. § 8 KAG (juris: KAG NW) verstößt im Hinblick auf die Regeln über die Festsetzung des Anliegeranteils nicht gegen den Bestimmtheitsgrundsatz.(Rn.45)(Rn.58)

2. Eine unvollständige Eingangsformel einer kommunalen Satzung führt nicht zu deren Unwirksamkeit. Die Eingangsformel ist nicht Teil des Gesetzestextes.(Rn.34) Ihr kommt lediglich eine Hinweisfunktion zu.(Rn.36)

3. Bei erfolgter Genehmigung eines Dringlichkeitsbeschlusses durch den Rat gemäß § 60 Abs 1 S 3 GO NRW (juris: GemO NW) findet keine Prüfung mehr statt, ob eine Entscheidung durch die Bürgermeisterin und ein Ratsmitglied tatsächlich dringlich war.(Rn.38)

Fundstellen

OVGE MüLü 53, 205-213 (Leitsatz und Gründe)
Mitt NWStGB 2011, 129-129 (red. Leitsatz und Gründe)
KStZ 2011, 174-177 (Leitsatz und Gründe)
NWVBl 2011, 434-435 (Leitsatz und Gründe)

Verfahrensgang

vorgehend VG Köln, 13. Juli 2010, 17 K 224/09

Diese Entscheidung wird zitiert

Literaturnachweise

Franz Otto, DVP 2013, 37-38 (Anmerkung)
Peter Queitsch, ZKF 2015, 247-254 (Aufsatz)

Tenor

Der Antrag wird abgelehnt.

Der Kläger trägt die Kosten des Zulassungsverfahrens.

Der Streitwert für das Zulassungsverfahren wird auf 2.171,18 Euro festgesetzt.

Gründe

1 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.

2 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.).

3 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.

4 OVG NRW, Beschlüsse vom 25. September 2008 - 15 A 3231/07 - und vom 28. August 2008 - 15 A 1702/07 -.

5 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.

6 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 -.

7 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.

8 Vgl. OVG NRW, Beschlüsse vom 13. April 2010 - 15 A 2914/09 - und vom 2. November 1999 - 15 A 4406/99 -.

9 Davon ausgehend sind ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils nicht ersichtlich.

10 1.) Dies gilt zunächst, soweit der Kläger meint, seine Heranziehung in erfolgter Höhe sei in Ermangelung einer dies tragenden, gültigen Straßenausbaubeitragsatzung rechtswidrig.

11 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.

12 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.

13 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.

14 Vgl. Handbuch der Rechtsförmlichkeit, Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), 3. Auflage, 2008, Rn. 520 ff.; vgl. auch die Vorauflage, dort Rn. 543.

15 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.

16 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.

17 2.) Soweit der Kläger die mit der 3. KAG-Änderungsatzung vom 2. Dezember 2008 angeordne-

te Rückwirkung aus Gründen des Vertrauensschutzes für rechtswidrig hält, folgen auch aus dem diesbezüglichen Vorbringen keine ernstlichen Zweifel an der Richtig des Urteils.

18 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.

19 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.

20 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.

21 Vgl. OVG NRW, Urteil vom 17. Mai 1990 - 2 A 500/88 -, NWVBl. 1991, 349; Dietzel/Kallerhoff, a. a. O., Rn. 250.

22 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.

23 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.

24 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.

25 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.

26 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.

27 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).

28 a) Die vom Kläger beanstandeten "Ungereimtheiten und Widersprüche" betreffend den Entstehungsvorgang der 3. Änderungsatzung nötigen nicht zu der Annahme, diese sei nichtig.

29 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.

30 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.

31 Vgl. OVG NRW, Urteil vom 12. Februar 2009 - 7 D 19/08.NE -, juris.

32 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.

33 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 zu-

zugestehen, 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.

34 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.

35 Vgl. Handbuch der Rechtsförmlichkeit, Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), 3. Auflage, 2008, Rn. 351.

36 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.

37 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.

38 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.

39 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.

40 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.

41 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 auf Grund des Zulassungsvorbringens bei summarischer Prüfung als offen erscheint.

42 Vgl. OVG NRW, Beschlüsse vom 28. August 2008 - 15 A 1702/07 - und vom 9. September

2008 - 15 A 1791/07 -.

43 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.

44 Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 1. September 2006 - 15 A 2884/06 -.

45 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.

46 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.

47 Vgl. OVG NRW, Urteil vom 15. März 2005 - 15 A 636/03 -, NWVBl. 2005, 317 m. w. N.

48 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.

49 Dietzel/Kallerhoff, a. a. O., Rn. 357.

50 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 zu Gunsten der Beitragspflichtigen.

51 Vgl. Dietzel/Kallerhoff, a. a. O., Rn. 8.

52 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.

53 Hier ist im Übrigen für die einschlägigen Anliegeranteile nicht ersichtlich, dass der Ortsgesetzgeber den Rahmen seines Beurteilungsspielraumes überschritten hätte.

54 Vgl. zur Höhe von Anliegeranteilen etwa Driehaus, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 8. Auflage, München 2007, § 34 Rn. 17.

55 Wenn der Kläger in diesem Zusammenhang geltend macht, vorliegend werde dem Vorteilsge-

danken 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 unselbständiges 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.

56 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.

57 OVG NRW, Beschluss vom 12. Juni 2007 - 15 A 1279/07 -.

58 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.

59 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.

60 Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 7. Februar 2007 - 15 A 4383/06 -.

61 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.

62 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.

63 Die Kostenentscheidung findet ihre Rechtsgrundlage in § 154 Abs. 2 VwGO. Die Entscheidung über den Streitwert ergibt sich aus §§ 47Abs. 1 und 3, 52 Abs. 3 GKG.

64 Dieser Beschluss ist unanfechtbar.

Gericht:	VG Sigmaringen 8. Kammer
Entscheidungsdatum:	26.07.2010
Rechtskraft:	ja
Aktenzeichen:	8 K 273/10
ECLI:	ECLI:DE:VGSIGMA:2010:0726.8K273.10.0A
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	juris
Normen:	§ 7 UKG, § 8 UKG, § 9 UKG, § 10 UKG, § 13 UKG... mehr
Zitiervorschlag:	VG Sigmaringen, Beschluss vom 26. Juli 2010 – 8 K 273/10 –, juris

Einstweiliger Rechtsschutz gegen eine Organisationsentscheidung

Leitsatz

Zur Unwirksamkeit einer Entwicklungs- und Anpassungsklausel in einem Chefarztvertrag zwischen Universitätsklinikum und beamteten Hochschulprofessor(Rn.8)

Orientierungssatz

1. Der Dienstherr ist zu einer unmittelbaren Anpassung oder Änderung der vertraglich geregelten Rechtsbeziehungen nur dann befugt, wenn ihm eine entsprechende einseitige Vertragsänderungsbefugnis zusteht. (Rn.10)

2. Auf öffentlich-rechtliche Verträge finden nach § 62 Satz 2 VwVfG die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs ergänzend entsprechende Anwendung, dieser Verweis auf das BGB ist dynamischer Natur. (Rn.12)

3. Die §§ 305 ff. BGB können nicht durch eine formularmäßige Klausel abbedungen werden. (Rn.16)

Tenor

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.

1 Die Antragstellerin begehrt einstweiligen Rechtsschutz gegen eine Organisationsentscheidung des Antragsgegners.

2 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).

3 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.

4 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).

5 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.

6 Der Antrag nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO ist zulässig und begründet.

7 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).

8 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. § 920Abs. 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.

9 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.

10 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 Be-

tracht. 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.

11 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 selbständigen 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 selbständige) 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.

12 Die in § 4 des Chefarztvertrags vom 22.02./14.03.2001 enthaltene Entwicklungs- und Anpassungsklausel verstößt gegen § 308Nr. 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 §§ 305bis 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.).

13 Die in § 4 des Chefarztvertrags vom 22.02./14.03.2001 enthaltene Entwicklungs- und Anpassungsklausel verstößt gegen § 308Nr. 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.).

14 Im vorliegenden Fall verstößt die vom Antragsgegner vorformulierte Entwicklungs- und Anpassungsklausel bereits deshalb gegen § 308Nr. 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.

15 Der Verstoß gegen § 308Nr. 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).

16 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).

17 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).

18 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.

19 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 Aufsichtsra-

tes 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).

20 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".

21 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.

22 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.

23 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.

24 Die Kostenentscheidung beruht auf § 154Abs. 1, § 162Abs. 3 i.V.m. § 154 Abs. 3 VwGO.

Ihre Suche nach: "Handbuch der Rechtsförmlichkeit" DATUM:"2004 bis 2018"
Diese Suche ergab 75 Treffer.

Gericht:	VG Hamburg 20. Kammer
Entscheidungsdatum:	18.05.2010
Aktenzeichen:	20 K 381/10
ECLI:	ECLI:DE:VGHH:2010:0518.20K381.10.0A
Dokumenttyp:	Urteil
Quelle:	juris
Normen:	Art 2 Abs 1 GG, Art 12 Abs 1 GG, Art 26 Abs 5 S 1 Verf HA, § 19 Abs 1 UAbgG HA, § 20 Abs 2 UAbgG HA... mehr
Zitiervorschlag:	VG Hamburg, Urteil vom 18. Mai 2010 – 20 K 381/10 –, juris

Teilnahmerecht eines als Zeugen benannten Rechtsanwalts an Beweisaufnahme eines parlamentarischen Untersuchungsausschusses der Hamburger Bürgerschaft; hier: HSH-Nordbank

Leitsatz

1. Im Verfahren eines von der Hamburgischen Bürgerschaft eingesetzten Untersuchungsausschusses ist eine Person, die Betroffener im Sinne von § 19 Abs. 1 HmbUAG (Juris: UAbgG HA) ist, gemäß § 19 Abs. 6 HmbUAG (Juris: UAbgG HA) in sinngemäßer Anwendung des für Zeugen geltenden § 20 Abs. 2 HmbUAG (Juris: UAbgG HA) befugt, einen Beistand hinzuziehen. Ist der Beistand ein Rechtsanwalt, steht ihm aus Art. 12 Abs. 1 GG ein eigenes Recht zur Anwesenheit zu (Anschluss an BVerfG, Beschl. v. 17.04.2000- 1 BvR 1331/99 -, NJW 2000, 2660 für den Zeugenbeistand).(Rn.52)

2. Ein Betroffener im Sinne von § 19 Abs. 1 HmbUAG (Juris: UAbgG HA) hat das grundsätzliche Recht zur Anwesenheit bei öffentlichen und nichtöffentlichen Beweisaufnahmen (weiteres Urteil der Kammer vom 18.05.2010, 20 K 817/10).(Rn.54)

3. Dieses Recht leitet sich - mangels einer ausdrücklichen Regelung durch das HmbUAG (Juris: UAbgG HA) - aufgrund der mit der Rechtsstellung des Betroffenen verbundenen hohen Intensität des Eingriffs in das allgemeine Persönlichkeitsrecht sowohl aus der allgemeinen Handlungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG als auch aus der durch § 35 HmbUAG (Juris: UAbgG HA) angeordneten "sinngemäßen" Anwendung der Vorschriften über den Strafprozess, hier §§ 168c Abs. 2, 230 StPO, ab.(Rn.55)

Orientierungssatz

Parlamentarischen Untersuchungsausschüssen kommt eine behördenähnliche Stellung zu. Es handelt sich um Verwaltungstätigkeit des Parlaments, deren Rechtmäßigkeit deshalb durch die Verwaltungsgerichte nachgeprüft werden kann (vgl. VGH Kassel, Beschl. v. 29.10.1995 - 11 TG 3617/95 -, NVwZ-RR 1996, 683). (Rn.45)

Diese Entscheidung zitiert

Rechtsprechung

Vergleiche VG Hamburg 20. Kammer, 18. Mai 2010, 20 K 817/10

Anschluss BVerfG 1. Senat 2. Kammer, 17. April 2000, 1 BvR 1331/99
Vergleiche Hessischer Verwaltungsgerichtshof 11. Senat, 29. Oktober 1995, 11 TG 3617/95, ...

Tenor

Es wird festgestellt, dass der Kläger grundsätzlich zur Teilnahme an öffentlichen und nichtöffentlichen Beweisaufnahmen des Beklagten zum Thema „HSH Nordbank" berechtigt ist.

Der Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens.

Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar. Der Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe der festzusetzenden Kosten abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Berufung wird zugelassen.

Tatbestand

1 Der Kläger begehrt die Feststellung, dass er zur Teilnahme an öffentlichen und nichtöffentlichen Beweisaufnahmen des – beklagten – Parlamentarischen Untersuchungsausschusses „HSH Nordbank" berechtigt ist.

2 Ein (späterer) Mandant des Klägers war seit Mai 2007 … der HSH Nordbank AG. Am 31.03.2009 erstattete Rechtsanwalt Dr. … bei der Staatsanwaltschaft Hamburg „gegen Verantwortliche der HSH Nordbank AG" Strafanzeige wegen des Verdachts der Untreue. Wegen der Einzelheiten wird auf die (im Internet unter http://www.strate.net/de/dokumentation/Strafanzeige-HSH.pdf in Kopie veröffentlichte) Anzeige verwiesen. Seit Anfang April 2009 ermittelt die Staatsanwaltschaft Hamburg gegen Mitarbeiter der Bank. Diese Ermittlungen richten sich auch gegen den Mandanten des Klägers. Die Bürgerschaft der Freien und Hansestadt Hamburg beschloss auf Grundlage der Bürgerschaftsdrucksache 19/3178 am 11.06.2009 die Einsetzung des Beklagten (Plenarprotokoll 19/30), der sich antragsgemäß u.a. mit folgenden Komplexen auseinandersetzt:

3 **1. Ziele, Vorgaben und Methoden, mit denen die Geschäfte der HSH Nordbank betrieben wurden**

4 …

5 **2. Verantwortlichkeiten innerhalb der HSH Nordbank für die Entwicklung und Ausrichtung der Geschäftspolitik der Bank, insbesondere für Ausbau und Betrieb des Kreditersatzgeschäfts und des internationalen Immobiliengeschäfts**

6 In diesem Zusammenhang sind vor allem folgende Fragen zu klären:

7 2.1. Wer ist im Einzelnen für den erheblichen Ausbau und das Management des internationalen Immobiliengeschäfts und des Kreditersatzgeschäftes (CIP) verantwortlich?

8 2.2. Welche Informationen lagen den handelnden Personen beim Kauf der Papiere des CIP vor? Kannten sie die rechtlichen Daten und Haftungsverhältnisse der Papiere?

9 2.3. Wer ist im Einzelnen für die Gründung der Zweckgesellschaften verantwortlich?

10 2.4. Wer war im Einzelnen für die Umsetzung der Mindestanforderungen der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht an das Risikomanagement (Rundschreiben 18/2005) verantwortlich und wie wurden die Mindestanforderungen in der HSH Nord-

bank und ihren Tochter- bzw. Zweckgesellschaften umgesetzt?

11 2.5. War den handelnden Personen bekannt, dass Risiken eingegangen wurden, die, wenn sie sich verwirklichen, zum Untergang des Unternehmens führen können?

12 2.6. Welche Bemühungen gab es – insbesondere von Seiten des Aufsichtsratsvorsitzenden –, angesichts der Fehlentwicklungen etwaigen Pflichtverletzungen oder anderem Fehlverhalten in der HSH Nordbank nachzugehen, welche Ergebnisse hatten diese und welche Konsequenzen wurden gezogen?

13 **3. Handeln, Einflussnahme und Wissen von Mitgliedern des Vorstands, des Aufsichtsrats, des Senats und Bediensteten der Hamburger Behörden**

14 Diesbezüglich sind insbesondere folgende Fragen zu klären:

15 3.1. Wann haben welche Mitglieder des Vorstands, des Aufsichtsrats, des Senats und Bedienstete der Hamburger Behörden

16 3.1.1. die Geschäftspolitik der HSH Nordbank auf welche Art und Weise und mit welchen Methoden veranlasst, begleitet oder befördert?

17 3.1.2. von den damit verbundenen Risiken und Haftungsverhältnissen aufgrund welcher Hinweise oder Erkenntnisse gewusst oder hätten davon wissen können?

18 3.1.3. welche Vorgaben zur Risikokontrolle gegeben und welche Maßnahmen zur Überwachung ihrer Einhaltung getroffen?

19 3.2. Sind insbesondere die auf Seiten der Bank handelnden Personen mit ausreichender Sorgfalt ausgewählt worden?

20 3.3. Wann war dem Vorstand die Gefahr einer bedrohlichen Liquiditätslage bewusst? Wann wurde der Aufsichtsrat hierüber unterrichtet? Wie wurde darauf reagiert?

21 3.4. Inwiefern hat es kritische Fragen hinsichtlich des Immobilien- und Kreditersatzgeschäfts sowie zur Gesamtertragslage der Bank seitens des Aufsichtsrates gegeben? Wie wurde darauf seitens des Vorstandes reagiert?

22 3.5. Welche Maßnahmen ergriff der Aufsichtsrat, um seiner Kontrollfunktion bezüglich der Geschäfte, insbesondere des Kreditersatzgeschäfts, der HSH Nordbank gerecht zu werden? Warum erfolgte keine Sonderprüfung nach §§ 142 ff. Aktiengesetz?

23 3.6. Welche Hinweise z.B. von Anteilseignern oder Abschlussprüfern gab es zu welcher Zeit und wie haben Vorstand und Aufsichtsrat darauf reagiert?

24 3.7. Welche Mitglieder des Aufsichtsrates waren bereits im Dezember 2007 über Schwächen im Risikomanagement informiert? Wann sind derartige Informationen ggf. an den Senat und Behörden weitergeleitet worden?

25 3.8. Wann wurde von wem bzw. welchem Gremium die so genannte Aktion „Wetterfest" entwickelt und beschlossen? War der Aufsichtsrat in die Aktion eingebunden, einschließlich der Umsetzung des Beschlusses, das Kreditersatzgeschäft vollständig abzubauen?

26 Der Beklagte benannte am 4.11.2009 den Mandanten des Klägers im Rahmen seiner Untersuchungen als „Zeugen". Nach dem Eingangsstempel ging am 5.11.2009 beim Kläger als Verfahrensbevollmächtigten ein Schreiben der Staatsanwaltschaft Hamburg (5550 Js 4/09) vom 30.10.2009 ein. Darin unterrichtete die Staatsanwaltschaft den Kläger davon, dass gegen des-

sen Mandanten wegen des Verdachts der Untreue gemäß § 266 StGB im Zusammenhang mit dem Kreditengagement „Omega 55" der HSH Nordbank AG ein Ermittlungsverfahren eingeleitet worden sei.

27 Mit Schreiben vom 23.11.2009 zeigte der Kläger gegenüber dem Beklagten die Vertretung seines Mandanten an. Auf Antrag des Klägers erkannte der Beklagte dem Mandanten durch Beschluss vom 4.12.2009 den Status als Betroffener im Sinne des § 19 HmbUAG zu. Am selben Tag schloss der Beklagte den anwesenden Kläger von der öffentlichen Vernehmung des Zeugen Senator a.D. Dr. W. P. aus. In der schriftlichen Begründung vom 7.12.2009 stützte der Beklagte den Ausschluss gemäß § 11 Abs. 2 HmbUAG vor allem darauf, dass auch der Mandant von der Beweisaufnahme ausgeschlossen worden wäre, weil seine Vernehmung noch nicht abgeschlossen sei und die betreffenden Aussagen sich inhaltlich überschneiden könnten. Eine entsprechende, für den Zeugen in § 23 Abs. 1 Satz 1 HmbUAG formulierte Regelung, die die Unbefangenheit seiner Aussage schützen solle, gelte für den Betroffenen gemäß § 19 Abs. 4 HmbUAG sinngemäß. Die Unbefangenheit der Aussage des Mandanten werde aber nicht nur durch seine eigene Anwesenheit, sondern auch durch die Anwesenheit seines Rechtsbeistands, des Klägers, während der Beweisaufnahme gefährdet. Ein Ausschluss des Mandanten persönlich – der nicht anwesend war – erfolgte nicht.

28 Von der ihm gemäß § 19 Abs. 3 HmbUAG gewährten Möglichkeit zu einer zusammenhängenden Darstellung in der Sitzung vom 18.12.2009 machte der Mandant des Klägers keinen Gebrauch; er erschien nicht.

29 Der Mandant des Klägers beantragte am 14.12.2009, den Beklagten im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes zu verpflichten, ihn selbst und den Kläger als seinen Rechtsbeistand zu dessen öffentlichen und nichtöffentlichen Sitzungen des Beklagten zuzulassen. Diesem Antrag des Mandanten entsprach die Kammer mit Beschluss vom 6.01.2010 (20 E 3486/09, juris). Diesen änderte das Hamburgische Oberverwaltungsgericht mit Beschluss vom 3.02.2010 (5 Bs 16/10, NordÖR 2010, 170) dahingehend ab, dass der Mandant des Klägers nur insoweit zur Teilnahme an öffentlichen Beweisaufnahmen des Beklagten berechtigt sei, als er nicht für die Dauer der Vernehmung von Zeugen in Bezug auf Beweisthemen ausgeschlossen werde, für die seine spätere Befragung beschlossen worden sei. Außerdem setze die Teilnahme des Mandanten des Klägers an nichtöffentlichen Beweisaufnahmen eine besondere Gestattung durch den Vorsitzenden des parlamentarischen Untersuchungsausschusses gemäß § 11 Abs. 3 HmbUAG voraus. Der darüber hinaus gestellte Antrag in Bezug auf die Zulassung des Klägers wurde als unzulässig abgelehnt. Der Betroffene könne gerichtlich nur eigene Rechte geltend machen.

30 Als der Beklagte zwei Tage nach dem Beschluss des Hamburgischen Oberverwaltungsgerichts tagte, um in öffentlicher Sitzung den Vorstandsvorsitzenden der HSH Nordbank, Prof. Dr. N., zu vernehmen, befand sich der Kläger als Teil des Publikums erneut im Zuschauerraum. Der Beklagte schloss ihn, nachdem er ihm zuvor die Möglichkeit zur Stellungnahme gegeben hatte, abermals mit der Begründung von der Sitzung aus, er sei Rechtsbeistand eines Betroffenen, der zu demselben Thema wie ein in dieser Sitzung zu vernehmender Zeuge vernommen werden solle. Er beschloss außerdem, den Mandanten als Betroffenen gemäß § 19 Abs. 4 HmbUAG zu befragen. Am 9.02.2010 begründete der Beklagte diesen Beschluss schriftlich und bezog sich dabei auf den Beschluss des Hamburgischen Oberverwaltungsgerichts vom 3.02.2010 und die dortigen Ausführungen über die Anwesenheitsrechte des Mandanten, über die diejenigen des Klägers als dessen Rechtsbeistand nicht hinausreichen könnten.

31 Der Kläger geht seither im eigenen Namen gegen seinen Ausschluss vom Beweiserhebungsverfahren des Beklagten vor. Mit Schriftsatz vom 12.02.2010 beantragte er einstweiligen Rechtsschutz (20 E 333/10).

32 Am 16.02.2010 hat er Klage in der Hauptsache erhoben, mit der er zunächst die Feststellung begehrt hat, dass sein Ausschluss von der Beweisaufnahme des Beklagten in der öffentlichen Sitzung am 5.02.2010 mit der Begründung, er sei Rechtsbeistand eines Betroffenen, der zu denselben Themen wie ein in dieser Sitzung zu vernehmender Zeuge vernommen werden solle, rechtswidrig gewesen sei. Zur Begründung führte er aus, dass er als „Bürger … …, Rechtsanwalt" an der Beweisaufnahme habe teilnehmen wollen. Er bekleide eine Doppelfunktion und sei deshalb nicht nur als Rechtsanwalt eines Betroffenen, sondern auch als Teil der Öffentlichkeit anzusehen. Auch der Rechtsbeistand eines Zeugen könne im Übrigen nicht unter Rückgriff auf § 243 StPO von der öffentlichen Sitzung gleich einem Zeugen ausgeschlossen werden. Dies sei vom Oberverwaltungsgericht Berlin (Beschl. v. 27.08.2001, NJW 2002, 313, 315) auch für das Recht des parlamentarischen Untersuchungsausschusses anerkannt worden.

33 Mit Beschluss vom 18.02.2010 untersagte die Kammer dem Beklagten, den Kläger bis zu einer abschließenden Entscheidung des Gerichts im Hauptsacheverfahren von Beweisaufnahmen in öffentlicher Sitzung mit der Begründung auszuschließen, der Kläger sei Rechtsbeistand eines Betroffenen, der zu denselben Themen wie ein in dieser Sitzung zu vernehmender Zeuge vernommen werden soll (20 E 333/10). Diesen Beschluss änderte das Hamburgische Oberverwaltungsgericht mit Beschluss vom 24.03.2010 (5 Bs 56/10) ab und lehnte den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung seinerseits ab. Der Kläger als Rechtsbeistand könne unter den gleichen Bedingungen ausgeschlossen werden wie sein Mandant; letzterer dürfe gemäß § 23 Abs. 1 i.V.m. § 19 Abs. 4 HmbUAG an solchen Beweisaufnahmen nicht teilnehmen, wolle man seine Unbefangenheit während seiner späteren eigenen Aussage nicht gefährden.

34 Der Mandant des Klägers erhob am 30.03.2010 Klage (20 K 817/10), mit der er sich seinerseits gegen einen Ausschluss von öffentlichen und nichtöffentlichen Beweisaufnahmen des Beklagten wehrt. Wegen der Einzelheiten der Begründung in jenem Verfahren wird auf die Klageschrift Bezug genommen.

35 Der Kläger beantragt nunmehr,

36 festzustellen, dass er grundsätzlich zur Teilnahme an öffentlichen und nicht öffentlichen Beweisaufnahmen zum Thema „HSH Nordbank" berechtigt ist.

37 Der Beklagte beantragt,

38 die Klage abzuweisen.

39 Zur Begründung verweist er insbesondere auf die schriftliche Fassung seines Beschlusses vom 9.02.2010 und führt hierzu u.a. ergänzend aus, dass der Kläger nicht als Teil der Öffentlichkeit im Sinne von § 11 HmbUAG anzusehen sei. Auch aus Art. 12 GG könne der Kläger kein Recht auf Anwesenheit herleiten. Der Ausschluss des Klägers lasse sich durch eine analoge Anwendung von §§ 58Abs. 1 Satz 1, 243 Abs. 2 Satz 1 StPO rechtfertigen.

40 Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Klageerwiderung und auf den Inhalt der Gerichtsakte dieses Verfahrens sowie den Inhalt der Akten 20 K 3388/09, 20 E 3389/09, 20 E 3486/09, 20 E 333/10 und 20 K 817/10 Bezug genommen, die zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht worden sind.

Entscheidungsgründe

41 Die Klage ist zulässig (I.) und begründet (II.).

I.

42 Die Klage ist zulässig.

43 Der Verwaltungsrechtsweg ist gegeben (1.). Der in der mündlichen Verhandlung am 18.05.2010 gestellte Feststellungsantrag ist gemäß § 43 VwGO statthaft (2.).

44 1. Der Verwaltungsrechtsweg ist gemäß § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO eröffnet.

45 Gemäß § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO ist der Verwaltungsrechtsweg in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben, soweit die Streitigkeiten nicht durch Bundesgesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen sind. Vorliegend handelt es sich nicht um eine verfassungsrechtliche Streitigkeit. Denn nur der Beklagte ist ein am Verfassungsleben mit Verfassungsrechten beteiligtes Organ (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 27.05.1986, NVwZ 1987, 610). Es besteht auch keine aufdrängende Sonderzuweisung zu den ordentlichen Gerichten nach § 13 GVG, weil gemäß Art. 26 Abs. 2 Satz 1 HV für die Beweiserhebung die Vorschriften über den Strafprozess sinngemäß gelten. Dies entspricht der einhelligen Auffassung in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. OVG Münster, Urt. v. 24.03.1998, NJW 1999, 80 m.w.N.). Ein Beschluss eines Untersuchungsausschusses, der einzelne Personen für die gesamte Dauer der Sitzung oder für einzelne Abschnitte der Beweiserhebung von der Anwesenheit ausschließt, stellt ungeachtet einer etwaigen Anwendung der Vorschriften der Strafprozessordnung keine Strafsache dar (ebenso für die Vorlage von Akten durch den Senat: HVerfG, Urt. v. 26.06.1995, 1/95, juris). Entscheidend ist nicht der Zweck, dem die Maßnahme dienen soll, sondern vielmehr die funktionelle Einordnung der Maßnahme im Rechtsgefüge (BGH, Beschl. v. 12.01.2001, BGHSt 46, 261). Parlamentarischen Untersuchungsausschüssen kommt insoweit eine behördenähnliche Stellung zu. Es handelt sich um Verwaltungstätigkeit des Parlaments, deren Rechtmäßigkeit deshalb durch die Verwaltungsgerichte nachgeprüft werden kann (vgl. u.a. VGH Kassel, Beschl. v. 29.10.1995, NVwZ-RR 1996, 683).

46 Auch Art. 26 Abs. 5 Satz 1 HV, wonach die Beschlüsse der Untersuchungsausschüsse der richterlichen Erörterung entzogen sind, ist hier nicht einschlägig. Durch die genannte Vorschrift soll die Unabhängigkeit der Bürgerschaft bei der Kontrolle der Exekutive gewährleistet werden (vgl. BVerfG, Beschl. v. 17.7.1995, BVerfGE 93, 195 zu Art. 25 Abs. 6 Satz 1 HV a.F.). Diese Bestimmung bezieht sich damit nur auf diejenigen Beschlüsse, die das Ergebnis der Untersuchung feststellen, nicht dagegen auf solche Maßnahmen, die unmittelbar Rechtswirkungen gegenüber den Staatsbürgern entfalten (VG Hamburg, Urt. v. 11.11.1986, NJW 1987, 1568).

47 2. Dem Kläger steht für eine Feststellungsklage nach § 43 Abs. 1 VwGO das erforderliche Feststellungsinteresse zur Seite. Aus der schriftlichen Begründung des Ausschlusses vom 7.12.2009 und 9.02.2010 sowie der Klageerwiderung ergibt sich gleichermaßen, dass der Beklagte auch den Kläger als Rechtsbeistand eines Beteiligten im Sinne von § 19 Abs. 1 HmbUAG und damit Träger des Grundrechts der Berufsfreiheit nicht zur Teilnahme an der Beweisaufnahme für berechtigt hält.

48 Die Feststellung ist nicht gemäß § 43 Abs. 2 Satz 1 VwGO unzulässig. Danach kann die Feststellung nicht begehrt werden, soweit der Kläger seine Rechte durch Gestaltungs- oder Leistungsklage verfolgen kann oder hätte verfolgen können. Dieser Ausschlusstatbestand greift nicht ein. § 43 Abs 2 Satz 1 VwGO steht der Zulässigkeit der Feststellungsklage schon deswegen nicht entgegen, weil die dort angeordnete Subsidiarität jedenfalls dann entfällt, wenn eine Umgehung der insbesondere für die Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen geltenden Sonderregeln nicht in Betracht kommt (vgl. BVerwG, Urt. v. 2.07.1976, BVerwGE 51, 69). So liegt es hier. Denn besondere, weitergehende Sachurteilsvoraussetzungen ergäben sich bei einer alternativ denkbaren (vorbeugenden) Unterlassungsklage nicht. Im Übrigen wäre eine solche Klage nicht rechtsschutzintensiver. Feststellungsklagen, die von Privatpersonen gegen den Bund, die Länder oder andere juristische Personen des öffentlichen Rechts anstelle einer an sich gemäß

§ 43 Abs. 2 Satz 1 VwGO vorrangigen Leistungsklage erhoben werden, sind regelmäßig zulässig. Bei solchen Beklagten kann angesichts ihrer verfassungsrechtlich verankerten Bindung an Gesetz und Recht nach Art. 20 Abs. 3 GG vermutet werden, dass sie das ergehende Feststellungsurteil unabhängig von dessen mangelnder Vollstreckbarkeit respektieren werden (BVerwG, Beschl. v. 12.07.2000, BVerwGE 111, 306). Der Beklagtenvertreter hat in der mündlichen Verhandlung am 18.05.2010 bestätigt, dass sich der Beklagte auch an ein (rechtskräftiges) Feststellungsurteil halten wird.

II.

49 Die Klage hat auch in der Sache Erfolg.

50 Der Kläger hat zwar nicht als Teil der Öffentlichkeit, wohl aber als Verfahrensbevollmächtigter seines Mandanten, seinerseits Betroffener im Sinne von § 19 HmbUAG und Kläger im Verfahren 20 K 817/10, ein Recht auf Anwesenheit an den öffentlichen und nichtöffentlichen Beweisaufnahmen des Beklagten.

51 Der Kläger kann nicht als Teil der Öffentlichkeit die Anwesenheit an den (öffentlichen) Beweisaufnahmen des Beklagten beanspruchen; insoweit folgt die Kammer der Rechtsansicht des Beklagten und der Auffassung des Hamburgischen Oberverwaltungsgerichts (Beschl. v. 24.03.2010, 5 Bs 56/10, BA S. 6 ff.). Ein Anwesenheitsrecht für die öffentlichen und nichtöffentlichen Beweisaufnahmen durch den Beklagten ergibt sich für ihn jedoch aus Art. 12 Abs. 1 GG (1.). Denn ein Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit ist nicht durch analoge Anwendung von §§ 58Abs. 1 Satz 1, 243 Abs. 2 Satz 1 StPO zu rechtfertigen (2.).

52 1. Das Anwesenheitsrecht des Klägers als Rechtsanwalt folgt in der Funktion des Rechtsbeistandes eines Betroffenen nach § 19 HmbUAG aus der durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufsausübungsfreiheit. Die anwaltliche Vertretung eines Betroffenen im Sinne von § 19 HmbUAG bei der Beweisaufnahme ist grundsätzlich durch dieses Recht geschützt; ein Ausschluss stellt folglich einen Eingriff dar, wie das Bundesverfassungsgericht (Beschl. v. 17.04.2000, NJW 2000, 2660) für den insoweit vergleichbaren Zeugenbeistand entschieden hat. Denn der Betroffene ist seinerseits gemäß § 19 Abs. 6 HmbUAG in sinngemäßer Anwendung des für Zeugen geltenden § 20 Abs. 2 HmbUAG befugt, einen Rechtsanwalt als Beistand hinzuziehen.

53 2. Der Eingriff ist nicht durch analoge Anwendung von §§ 58Abs. 1 Satz 1, 243 Abs. 2 Satz 1 StPO zu rechtfertigen. Denn, entgegen der vom Beklagten vertretenen Auffassung, ist der Mandant des Klägers selbst zur Anwesenheit berechtigt. Insoweit hat die Kammer mit Urteil vom 18.05.2010 im Verfahren 20 K 817/10 ausgeführt:

54 *„Dem Kläger als Betroffenen i.S.v. § 19 Abs. 1 HmbUAG steht ein grundsätzliches Recht auf Teilnahme an öffentlichen und nichtöffentlichen Beweisaufnahmen des Beklagten aus Art. 2 Abs. 1 GG (1.), auch aus § 35 HmbUAG in Verbindung mit den Vorschriften über den Strafprozess, §§ 168 cAbs. 2, 230 StPO (2.), zu. Dieses Recht besteht gegenüber dem beklagten Untersuchungsausschuss, nicht gegenüber der Freien und Hansestadt Hamburg bzw. der Hamburgischen Bürgerschaft (3.). Die im Tenor dieses Urteils vorgenommene Beschränkung auf ein „grundsätzliches" Recht zur Anwesenheit stellt klar, dass sich insbesondere aus § 12 HmbUAG und § 35 HmbUAG i.V.m. § 247 StPO Einschränkungen des grundrechtlichen Teilnahmerechts in Einzelfällen ergeben können (4.). Eine Verpflichtung zur Vorlage an ein Verfassungsgericht besteht entgegen der Ansicht des Beklagten nach alledem nicht (5.).*

55 *1. Dem Kläger als Betroffenen i.S.v. § 19 Abs. 1 HmbUAG steht ein – grundsätzliches – Recht auf Teilnahme an öffentlichen und nichtöffentlichen Beweisaufnahmen des Beklagten gemäß Art. 2 Abs. 1 GG zu.*

56 *Der Kläger hat ein aus seinem Grundrecht auf allgemeine Handlungsfreiheit folgendes Recht auf Teilnahme (a)). Eine diesem grundsätzlichen Recht auf Teilnahme entgegenstehende, im Hinblick auf die hohe Eingriffsintensität eines Ausschlusses erforderliche ausdrückliche gesetzliche Regelung besteht für Betroffene nach § 19 Abs. 1 HmbUAG nicht (b)).*

57 *a) Das Teilnahmerecht des Klägers als Betroffenem i.S.v. § 19 Abs. 1 HmbUAG ergibt sich aus Art. 2 Abs. 1 GG. Mit der freien Entfaltung der Persönlichkeit ist dort eine allgemeine Handlungsfreiheit gemeint (vgl. grundlegend BVerfG, Urt. v. 16.01.1957, BVerfGE 6, 32). Auf den Fall des Klägers bezogen bedeutet dies, dass er – in der Diktion des Bundesverfassungsgerichts (a.a.O.) – gemäß der „grundsätzlichen Freiheitsvermutung" des Art. 2 Abs. 1 GG als Betroffener im Sinne von § 19 Abs. 1 HmbUAG solange und soweit an den Beweisaufnahmen des Beklagten teilnehmen kann, als er hierdurch nicht gegen die „verfassungsmäßige Ordnung […] verstößt". Ein solcher Verstoß scheidet hier aus, weil die mit der „verfassungsmäßigen Ordnung" angesprochenen (formell und materiell mit dem Grundgesetz in Einklang stehenden) Rechtsnormen dem Kläger den Zugang nicht verbieten.*

58 *b) Eine im Hinblick auf die Eingriffsintensität notwendige ausdrückliche gesetzliche Einschränkung des grundrechtlich gewährleisteten Rechts auf Anwesenheit fehlt.*

59 *Gesetzliche Vorschriften müssen, wenn sie Grundrechtseingriffe vorsehen oder zulassen, den rechtsstaatlichen Grundsätzen der Normklarheit und -bestimmtheit entsprechen. Diese Grundsätze sollen sicherstellen, dass die Exekutive für ihr Verhalten steuernde und begrenzende Handlungsmaßstäbe vorfindet und dass die Gerichte die Rechtskontrolle durchführen können; ferner soll sich der betroffene Bürger auf mögliche belastende Maßnahmen einstellen können. Der Anlass, der Zweck und die Grenzen des Eingriffs müssen in der Ermächtigung bereichsspezifisch, präzise und normenklar festgelegt werden (vgl. BVerfG, Urt. v. 27.07.2005, BVerfGE 113, 348). Die konkreten Anforderungen sind dabei von der Eingriffsintensität abhängig (vgl. BVerfG, Beschl. v. 23.02.2007, 1 BvR 2368/06, DVBl 2007, 497). Dies zugrunde gelegt, ist wegen der Eingriffsintensität (aa)) eine ausdrückliche gesetzliche Regelung eines Ausschlusses erforderlich, an der es vorliegend fehlt (bb)).*

60 *aa) Ausgehend von der gesetzlichen Regelung über den Betroffenen in § 19 Abs. 1 HmbUAG ist generell von einer hohen Eingriffsintensität auszugehen.*

61 *Schon die Rechtsstellung als Betroffener i.S.v. § 19 Abs. 1 HmbUAG ist mit einer hohen Eingriffsintensität verbunden. Bereits hierin ist ein erheblicher Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG zu sehen. Indem tatsächliche oder eben auch nur vermeintliche „Verfehlungen" des Betroffenen vor einer Medienöffentlichkeit erörtert werden, nimmt § 19 Abs. 1 HmbUAG seinerseits nicht nur eine hohe Eingriffsintensität zur Erreichung der mit dem Gesetz verfolgten Ziele in Kauf, sondern beabsichtigt sie geradezu. Dies ergibt sich schon aus dem vom Gesetzgeber in § 19 Abs. 1 HmbUAG gewählten Begriff „Betroffener", also der Bezeichnung für eine Person, die den Untersuchungsgegenstand betrifft und von ihm betroffen wird. Bei der beabsichtigten „wertenden Äußerung" gemäß § 19 Abs. 1 HmbUAG handelt es sich um die öffentliche Kundgabe eines Werturteils durch staatliche Organe über einen Bürger.*

62 *Ein Ausschluss des Betroffenen von der Beweisaufnahme verstärkt noch den bereits bestehenden Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht. Denn damit spitzt sich die Situation für diesen in seiner gesellschaftlichen Stellung deutlich zu. Er kann allenfalls noch durch Dritte erfahren, ob und ggf. in welcher Weise sein Handeln oder Unterlassen untersucht und bewertet wird. Entsprechend verschlechtert sich seine Chance, sich gegen möglicherweise „ehrabschneidende" Äußerungen durch den Ausschuss selbst oder durch an dessen Tätigkeit anknüpfende Berichterstattung in den Medien zur Wehr setzen zu können. Er droht im Grenzbereich vom Politik und*

parlamentarischer Untersuchung zum bloßen Objekt staatlichen Handelns und Spielball politischer Akteure zu werden (vgl. hierzu auch unten 2.).

63 *Diese grundsätzlich mit der Stellung des Betroffenen einhergehenden möglichen erheblichen Beeinträchtigungen von grundgesetzlich geschützten Positionen sind auch konkret in der Person des Klägers selbst gegeben. Ausweislich des Einsetzungsbeschlusses des Untersuchungsausschusses „HSH Nordbank" erstreckt sich der Untersuchungsgegenstand auch und gerade auf das Verhalten der Vorstandsmitglieder der HSH Nordbank AG und damit ebenfalls auf den Kläger als (inzwischen ehemaliges) Vorstandsmitglied.*

64 *bb) Im Hinblick auf die Intensität des Eingriffs in die Rechte des Betroffenen bedarf es einer ausdrücklichen Regelung zum Ausschluss von der Beweisaufnahme. Eine solche Bestimmung enthält das HmbUAG nicht.*

65 *Ausgehend von der generell als hoch einzuschätzenden und auch im Fall des Klägers gegebenen Eingriffsintensität fehlt es an einer gesetzlichen Regelung, welche dem Kläger die Teilnahme an der Beweisaufnahme durch den Beklagten verbietet.*

66 *Ein genereller Ausschluss durch Gesetz lässt sich weder aus § 11 ((1)), § 19 ((2)), § 23 Abs. 1 ((3)) noch aus § 35 HmbUAG in Verbindung mit der Strafprozessordnung ((4)) ableiten. Auch die Entstehungsgeschichte des HmbUAG kann zu keinem anderen Auslegungsergebnis führen ((5)).*

67 *(1) Aus § 11 HmbUAG folgt ein Ausschluss nicht. Ein solcher ist weder § 11 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 ((a)) noch Abs. 3 ((b)) zu entnehmen. § 11 HmbUAG stellt auch unter Einbeziehung von dessen Abs. 4 und Abs. 5 keine Gesamtregelung dar, welche die Teilnahme unter anderem des Betroffenen an Sitzungen des parlamentarischen Untersuchungsausschusses abschließend normiert und damit gesetzlich begrenzt ((c)).*

68 *(a) § 11 Abs. 1 i.V.m Abs. 2 HmbUAG sind nicht einschlägig.*

69 *§ 11 HmbUAG findet auf Betroffene im Sinne von § 19 HmbUAG keine Anwendung. Nach Absatz 1 der Bestimmung sind die Beratungen und Beschlussfassungen des Untersuchungsausschusses öffentlich. Nach Absatz 2 Satz 1 kann der Untersuchungsausschuss die Öffentlichkeit oder einzelne Personen für die gesamte Dauer der Sitzung oder für einzelne Abschnitte der Beweiserhebung ausschließen. Der anschließende Satz 2 bestimmt, dass die Öffentlichkeit auszuschließen ist, wenn überragende Interessen der Allgemeinheit oder überwiegende Interessen eines einzelnen dies gebieten.*

70 *Diese Vorschriften sind für die Frage, ob der Kläger als Betroffener zur Anwesenheit befugt ist oder nicht, ohne Bedeutung. Denn der Kläger ist nicht als Teil der Öffentlichkeit nach § 11 Abs. 2 HmbUAG anzusehen. Zur Öffentlichkeit zählen allein die Personen, die nicht Verfahrensbeteiligte sind, wie der Beklagte mit Schriftsatz vom 4.01.2010, Seite 22, im parallelen Eilverfahren 20 E 3486/09 unter Hinweis auf den Rechtsgedanken des § 169 GVG zutreffend ausgeführt hat. Der Öffentlichkeitsgrundsatz dient dem Informationsinteresse der Allgemeinheit und dem Schutz vor Willkür. Er besagt damit, dass die Verhandlung in der möglichen Gegenwart eines unbeteiligten Personenkreises vor sich geht (vgl. BGH, Urt. v. 20.01.1953, BGHSt 3, 386). Unbeteiligt ist der Betroffene ebenso wie der Zeuge – letzterer bis zum Abschluss seiner Vernehmung – aber aufgrund seiner Funktion und seines Auftretens im Prozess nicht. Dem Betroffenen ist nämlich durch den Gesetzgeber in § 19 UAG eine besondere Rolle in einem Verfahren zugedacht worden, dessen Kontrolle die Öffentlichkeit gerade dienen soll (Wagner, NStZ 2004, 101, 102; vgl. auch OVG Hamburg, Beschl. v. 24.03.2010, 5 Bs 56/10, BA. S. 6).*

71 *(b) § 11 Abs. 3 Satz 1 HmbUAG ist für die hier entscheidende Frage einer gesetzlichen Zu-*

gangsbeschränkung für den Betroffenen unergiebig. Dies folgt schon aus dem eindeutigen Wortlaut der Norm:

72 *„Die oder der Vorsitzende kann bei nichtöffentlichen Sitzungen auch anderen als in diesem Gesetz genannten Personen die Anwesenheit gestatten, wenn der Untersuchungsausschuss nicht widerspricht."*

73 *Die Vorschrift bezieht sich ausdrücklich nur auf „andere[n] als in diesem Gesetz genannte[n] Personen" und damit neben anderen ausdrücklich genannten Personen nicht auf den in § 19 HmbUAG genannten Betroffenen.*

74 *Die Annahme, die Regelung in § 11 Abs. 3 Satz 1 HmbUAG solle „nicht allen überhaupt im Gesetz genannten Personen das Recht zur Teilnahme […] einräumen, sondern nur solchen, die das Gesetz als Teilnahmeberechtigte genannt hat", weshalb auch der Zugang von Betroffenen „von einer besonderen Zulassungsentscheidung des Vorsitzenden des Untersuchungsausschusses […] abhängig" sei (OVG Hamburg, Beschl. v. 3.02.2010, 5 Bs 16/10, NordÖR 2010, 170), findet im Gesetz keine Stütze. Ihr steht neben dem eindeutigen Wortlaut auch die Systematik des Gesetzes entgegen, wie ein Blick auf § 29 Abs. 2 Satz 2 HmbUAG zeigt:*

75 *Die einschränkende Interpretation des Oberverwaltungsgerichts ist mit § 29 Abs. 2 Satz 2 HmbUAG, wonach Beschlüsse nach Satz 1 über die Verpflichtung zur Geheimhaltung auch „Betroffene nach § 19, Zeuginnen und Zeugen, Sachverständige, Dolmetscherinnen und Dolmetscher, Übersetzerinnen und Übersetzer sowie die in § 11 Absatz 3 HmbUAG genannten Personen" binden, nicht vereinbar. Das Gesetz differenziert in 29 Abs. 2 Satz 2 HmbUAG unmissverständlich zwischen dem „Betroffenen nach § 19" einerseits und den „in § 11 Absatz 3 genannten Personen" andererseits. Es belegt damit, dass der Gesetzgeber die Formulierung in § 11 Abs. 3 HmbUAG so verstanden wissen will, wie er sie ausdrücklich verfasst hat. Eine teleologische Reduktion des § 11 Abs. 3 Satz 1 HmbUAG im Sinne des Oberverwaltungsgerichts, bei der das Auslegungsergebnis hinter dem Wortlaut des Gesetzes zurückbleibt, lässt sich nach dem Inhalt des HmbUAG nicht rechtfertigen. § 29 Abs. 2 Satz 2 HmbUAG bietet keinen Anhalt dafür, der Gesetzgeber habe hier einen bei Formulierung von § 11 Abs. 3 HmbUAG vermeintlich unterlaufenen „Irrtum" lediglich unreflektiert wiederholt. Vielmehr sind beide Normen präzise aufeinander abgestimmt und erkennbar das Ergebnis einer Auseinandersetzung mit den jeweiligen, teilweise aufeinander bezogenen Regelungsgegenständen.*

76 *§ 11 Abs. 3 Satz 2 HmbUAG,*

77 *„Dies gilt auch, wenn Verschwiegenheit zu bewahren ist.",*

78 *korrespondiert mit Beschlüssen über die Verpflichtung zur Geheimhaltung nach § 29 Abs. 2 HmbUAG. Deren Wirkung erstreckt § 29 Abs. 2 Satz 2 HmbUAG konsequenterweise nicht nur auf Betroffene und die weiter an dieser Stelle ausdrücklich angeführten „Zeuginnen und Zeugen, Sachverständige, Dolmetscherinnen und Dolmetscher, Übersetzerinnen und Übersetzer", sondern auch auf die – hiervon zu unterscheidenden – „in § 11 Absatz 3 genannten Personen". Das sind allein, auch wenn es sprachlich zunächst missverständlich erscheinen mag, „andere[n] als in diesem Gesetz genannte[n] Personen" und damit nicht die gesondert erwähnten Betroffenen.*

79 *Dem Argument des Hamburgischen Oberverwaltungsgerichts (a.a.O.) – „für ein anderes Verständnis dieser Vorschrift, wonach alle auch sonst genannten Personen, also neben den Betroffenen auch Mitglieder des Arbeitsstabes (§ 16 HmbUAG), Zeugen (§ 20 HmbUAG) und Sachverständige (§ 26 HmbUAG) regulär an nichtöffentlichen Sitzungen teilnehmen könnten, lassen sich keine vernünftigen Argumente finden" – vermag die Kammer nicht zu folgen:*

80 *- Mitglieder des Arbeitsstabes nach § 16 HmbUAG gehören schon bei einer dem Wortlaut des § 11 Abs. 3 HmbUAG verpflichteten Auslegung nicht zu „anderen als in diesem Gesetz genannten Personen". Sie sind nämlich ausdrücklich zur Teilnahme an allen Sitzungen des Untersuchungsausschusses befugt. Dies folgt aus § 16 Abs. 5 HmbUAG, wonach § 15 Abs. 3 HmbUAG, der den Ausschluss nach Absatz 2 zur Anwesenheit befugter Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter regelt, entsprechend anwendbar ist.*

81 *- Der Verweis auf die Regelung über die Zeugen in § 20 HmbUAG rechtfertigt die vom Oberverwaltungsgericht vorgenommene teleologische Reduktion ebenfalls nicht. Wie § 29 Abs. 2 Satz 2 HmbUAG belegt, gehören Zeugen zu den „genannten Personen" und wären deshalb grundsätzlich zur Anwesenheit berechtigt. Als bloße Auskunftspersonen sind Zeugen indes durch § 23 Abs. 1 Satz 1 HmbUAG in ihrer Anwesenheit ausdrücklich beschränkt, und zwar sowohl bei der öffentlichen (HS. 1) als auch bei der nichtöffentlichen Beweisaufnahme (HS. 2). § 23 Abs. 1 Satz 1 HS. 1 HmbUAG entspricht dabei dem auf die öffentliche Verhandlung vor dem Strafgericht zugeschnittenen § 58 Abs. 1 StPO. § 23 Abs. 1 Satz 1 HS. 2 HmbUAG stellt folgerichtig eine ergänzende Regelung für die nichtöffentliche Beweisaufnahme des Untersuchungsausschusses dar. Damit kann der Zeuge vor seiner Vernehmung entsprechend der zu § 58 Abs. 1 StPO ergangenen Rechtsprechung (BGH, Beschl. v. 09.09.2003, NStZ 2004, 453 m.w.N.) vom Vorsitzenden des Saals verwiesen werden. Nach seiner Vernehmung ist der Zeuge Teil der Öffentlichkeit und kann der öffentlichen Beweisaufnahme (vgl. § 19 Abs. 1, 2 HmbUAG) – entsprechend der gerichtlichen Praxis – beiwohnen. Der explizite Ausschluss von der nachfolgenden nichtöffentlichen Beweisaufnahme bestätigt nochmals den von der Kammer vertretenen Rechtsstandpunkt: Der Ausschluss von der weiteren Beweisaufnahme nach Abschluss der eigenen Vernehmung gemäß § 23 Abs. 1 Satz 1 HS. 2 HmbUAG ist die Konsequenz aus § 11 Abs. 3 HmbUAG. Der Zeuge gehört danach zu den „in diesem Gesetz genannten Personen" und wäre deshalb auch zur Anwesenheit an nichtöffentlichen Sitzungen berechtigt. Dies widerspräche aber der Intention der nichtöffentlichen Beweisaufnahme. Der Zeuge soll hier inhaltlich nicht mehr erfahren, als zu seiner Vernehmung zur Sache erforderlich ist. Ausgehend vom Rechtsstandpunkt des Oberverwaltungsgerichts in seinem Beschluss vom 3.02.2010 (5 Bs 16/10) ist § 23 Abs. 1 Satz 1 HS. 2 HmbUAG hingegen funktionslos, weil das Oberverwaltungsgericht ersichtlich dem Zeugen ebenso wenig wie dem Betroffenen ein für erforderlich gehaltenes einfachgesetzliches „Anwesenheitsrecht" zubilligt. Der Zeuge wäre danach ebenso wie der Betroffene kraft Gesetzes ausgeschlossen. § 23 Abs. 1 Satz 1 HS. 2 HmbUAG könnte somit nur „klarstellende" Funktion haben. Ein entsprechendes Klarstellungsbedürfnis besteht aber – anders als nach dem Dissens über die Normierung eines Anwesenheitsrechts für den Betroffenen im Verfassungsausschuss (vgl. unten S.) – an dieser Stelle nicht. Bei nichtöffentlichen gerichtlichen Verfahren (vgl. etwa § 170 GVG) hegt ebenfalls niemand Zweifel daran, dass der Zeuge nach Beendigung seiner Vernehmung – nunmehr als Teil der ausgeschlossenen Öffentlichkeit – den Saal verlassen muss.*

82 *- Nichts anderes gilt für Sachverständige nach § 26 HmbUAG. Dessen Absatz 2 verweist auf die für die Zeugen geltende Vorschrift des § 23 HmbUAG.*

83 *(c) § 11 HmbUAG stellt auch unter Einbeziehung von dessen Abs. 4 und Abs. 5 keine Gesamtregelung dar, welche die Teilnahme u.a. des Betroffenen an Sitzungen des parlamentarischen Untersuchungsausschusses abschließend normiert und gesetzlich begrenzt.*

84 *§ 11 Abs. 4 und 5 HmbUAG regeln allein die Anwesenheitsrechte von Mitgliedern des Senats und Mitgliedern der Bürgerschaft, die nicht zugleich Mitglieder des Untersuchungsausschusses sind. Regelungsgegenstand sind mithin Positionen von Organen der Exekutive und Legislative, die weder zu den „geborenen" (insb. Mitgliedern) noch „gekorenen" (insb. Betroffenen) Betei-*

ligten dieses Gremiums gehören. In diesen Fällen geht es nicht um die Zuweisung eines subjektiven Rechts, sondern um Fragen der Geschäftsordnung (Bericht des Verfassungsausschusses, Bü-Drs. 15/7700, zu § 11). Ebenso wenig lassen sich aus einer positiven Zuweisung eines Anwesenheitsrechts, wie dies für andere Beteiligte in § 6 Satz 1 HmbUAG (stellvertretende Mitglieder), § 15 Abs. 2 HmbUAG (Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter) und § 16 Abs. 5 HmbUAG (Mitglieder des Arbeitsstabes) geregelt ist, Rückschlüsse auf den Status des Betroffenen ziehen. Diese Bestimmungen haben wiederum eine andere Zielsetzung. Es geht auch hier nicht um subjektive Rechte des Bürgers im Verhältnis zum Staat, sondern um Fragen der Binnenorganisation der legislativen Gewalt in Hamburg.

85 *(2) Nichts anderes folgt aus § 19 Abs. 4 Satz 2 HmbUAG und der dort angeordneten „sinngemäßen" Anwendung von § 23 HmbUAG. Auch hieraus ergibt sich ein Ausschlussgrund nicht. Denn diese gesetzliche Regelung erstreckt sich nicht auf § 23 Abs. 1 Satz 1 HmbUAG, wonach Zeuginnen und Zeugen einzeln und in Abwesenheit der später zu hörenden Zeuginnen und Zeugen, bei nichtöffentlicher Beweiserhebung auch in Abwesenheit der bereits vernommenen Zeuginnen und Zeugen, zu vernehmen sind.*

86 *Einer schematischen Anwendung von § 23 HmbUAG steht der Wortlaut von § 19 Abs. 4 Satz 2 HmbUAG entgegen ((a)). Dass die „sinngemäße" Anwendung von § 23 HmbUAG sich nicht auf § 23 Abs. 1 Satz 1 HmbUAG erstreckt, folgt sodann gleichermaßen aus dem Wortlaut des § 23 Abs. 1 Satz 1 HmbUAG ((b)) sowie dem Sinn und Zweck dieser Vorschrift ((c)). Das Argument des Beklagten, die Anforderungen des Gerichts würden den Rechtsanwender überfordern, ist ohne rechtliche Relevanz ((d)). Dies gilt im Ergebnis auch für den Einwand, das Verfahren des Untersuchungsausschusses sei gemäß § 1 Abs. 1 HmbUAG „sachbezogen" und daher a priori nicht gegen eine (natürliche) Person gerichtet ((e)).*

87 *(a) Der Wortlaut des § 19 Abs. 4 Satz 2 HmbUAG verbietet die vom Beklagten befürwortete schematische Anwendung von § 23 HmbUAG, bei der lediglich die Worte „Zeuginnen und Zeugen" in § 23 Abs. 1 Satz 1 HmbUAG durch den Begriff „Betroffene" ausgetauscht werden.*

88 *Dies würde dem Gesetzeswortlaut nicht gerecht. Der Gesetzgeber des HmbUAG differenziert zwischen „entsprechender" und „sinngemäßer" Anwendung. Sie ergibt sich für das HmbUAG im Wesentlichen aus dem Wortlaut von Art. 26 Abs. 2 Satz 1 HV und im Übrigen aus dem unterschiedlichen Begriffskern beider Worte in der deutschen Sprache. „Sinngemäß" meint „dem Sinn nach, nicht wortwörtlich, sinnentsprechend […] analog" (Duden - Das Synonymwörterbuch, aktuelle Online-Ausgabe). In diesem Wort ist ein gewisser „Anpassungsspielraum" bei der Adaption anderer Regelungen angelegt (vgl. Rixen, Die Eidesleistung vor Untersuchungsausschüssen des Deutschen Bundestages, JZ 2002, 435, 436 Fn. 11). Hätte der Gesetzgeber bei § 19 Abs. 4 Satz 2 HmbUAG die vom Beklagten befürwortete Anwendung „1:1" erwogen, so hätte er die „entsprechende" Anwendung verfügt. „Entsprechend" meint „gemäß, in Entsprechung zu" (Duden - Das Synonymwörterbuch, aktuelle Online-Ausgabe) und stellt bei der gesetzlichen Verweisungstechnik – bezogen auf das gesamte Landesrecht – statistisch den Regelfall dar. Die „entsprechende" Anwendung bewegt sich im Bereich der Gesetzesauslegung, während es sich bei der „sinngemäßen" Anwendung um einen besonderen Fall gesetzlich angeordneter Analogie handelt (Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, 18. Auflage 2009, § 4 Rdnr. 4 und § 173 Rdnr. 57 f).*

89 *Zur „entsprechenden" und „sinngemäßen" Anwendung ergibt sich im HmbUAG, das seinerseits im Wesentlichen durch den Wortlaut von Art. 26 Abs. 2 Satz 1 HV*

90 *„Für die Beweiserhebung gelten die Vorschriften über den Strafprozess sinngemäß."*

91 *festgelegt ist, folgender Befund:*

92 | Anordnung einer „entsprechenden" Anwendung |

93 *Man kann aus dieser Aufstellung erkennen, dass der Gesetzgeber – auch jenseits der Vorgaben durch Art. 26 Abs. 2 Satz 1 HV, also einer pauschalen Verweisung auf die Vorschriften über den Strafprozess – dort, wo er nicht nur den Austausch von Begrifflichkeiten verlangt, sondern eine darüber hinausgehende rechtliche „Transferleistung" fordert, ausnahmslos das Wort „sinngemäß" wählt. Dies gilt insbesondere für die Anwendung der Regelungen über Zeugen in §§ 20 Abs. 2, 23 HmbUAG auf den Betroffenen.*

94 *Wie genau bei der Abfassung des Gesetzes differenziert wurde, macht die Anwendung der Geschäftsordnung der Hamburgischen Bürgerschaft (im Folgenden: GO) deutlich:*

95 *Nach § 9 Abs. 1 Satz 4 HmbUAG gelten die Regelungen „über die Reihenfolge der Fraktionen […] entsprechend". Dies ist terminologisch richtig, weil der Untersuchungsausschuss die Verhältnisse in der Bürgerschaft „widerspiegelt". Dem Grundsatz nach muss jeder Ausschuss ein verkleinertes Abbild des Parlamentsplenums in seinem durch die Fraktionen geprägten und auf die Volkswahl zurückgehenden politischen Stärkeverhältnis darstellen (Grundsatz der Spiegelbildlichkeit - Bayerischer Verfassungsgerichtshof, Entscheidung v. 26.11.2009, Vf. 32-IVa-09, juris). Hier ist keine weiterreichende Transferleistung des Rechtsanwenders zu erbringen. Nach § 23 Abs. 2 Satz 2 HmbUAG bestimmt der Vorsitzende die Reihenfolge der Fragestellerinnen und Fragesteller hingegen in „sinngemäßer" Anwendung von § 39 Abs. 3 GO. Auch dies ist terminologisch richtig. § 39 GO ist Teil der „Redeordnung" und regelt „Rederecht, Reihenfolge der Rednerinnen und Redner". Im Untersuchungsausschuss sollen aber die Fragestellerinnen und Fragesteller ihre Fragen stellen und nicht „reden". „Reden" – wenn auch nicht im Sinne der GO – soll vielmehr der Zeuge.*

96 *Selbst wenn man mit dem zur Abfassung von Bundgesetzen konzipierten „Handbuch der Rechtsförmlichkeiten vom 22. September 2008" (http://hdr.bmj.de/page_b.4.html) nicht zwischen „sinngemäßer" und „entsprechender" Anwendung differenzieren wollte, führte dies zu keinem anderen Ergebnis. Denn gemäß dem Handbuch wäre nach beiden Formen der Verweisung eine analoge Anwendung geboten (vgl. Rdnr. 232).*

97 *(b) Das Wort „sinngemäß" führt zu einer dem „Sinn" der Vorschrift verpflichteten Anwendung. Es dürfen nur diejenigen einschlägigen Vorschriften angewendet werden, die dem Sinn und Zweck eines Verfahrens entsprechen (Maunz/Dürig, GG, 40. EL 2002, Art. 44 Rdnr. 49). Dies heißt bezogen auf das Verfahren eines Untersuchungsausschusses, dass neben der Art gerade auch der Umfang der Anwendung der in Bezug genommenen Vorschrift dem Sinn parlamentarischer Kontrolle durch einen solchen Ausschuss entsprechen sollen (BVerfG, Urt. v. 17.07.1984, BVerfGE 67, 100).*

98 *(c) Nach dem danach zu ermittelnden Sinn und Zweck von § 23 Abs. 1 Satz 1 HmbUAG kann der Betroffene insoweit nicht wie ein Zeuge behandelt werden. § 23 Abs. 1 Satz 1 HmbUAG, wonach Zeuginnen und Zeugen einzeln und in Abwesenheit der später zu hörenden Zeuginnen und Zeugen, bei nichtöffentlicher Beweiserhebung auch in Abwesenheit der bereits vernommenen Zeuginnen und Zeugen zu vernehmen sind, findet auf Betroffene keine Anwendung.*

99 *Schon die im HmbUAG gewählte Begrifflichkeit zeigt, dass der Gesetzgeber mit der Anhörung von Zeugen und Betroffenen unterschiedliche Zwecke verfolgt:*

100 *Zeugen werden „vernommen" (§ 23 Abs. 1 Satz 1 HmbUAG);*

Betroffene können „befragt" werden (§ 19 Abs. 4 Satz 1 HmbUAG).

101 *Die unterschiedliche Wahl der Begrifflichkeit in § 19 Abs. 4 Satz 1 HmbUAG einerseits und in*

§ 23 Abs. 1 Satz 1 HmbUAG andererseits bleibt dabei auch mit Blick auf die gemäß § 35 HmbUAG subsidiär anzuwendende StPO, nach der sowohl der Beschuldigte / Angeklagte (§§ 163 a, 217 StPO) als auch der Zeuge (§§ 48 ff. StPO) „vernommen" werden, konsequent und systemgerecht. Die „Befragung" ist der StPO ebenfalls nicht fremd. Sie bleibt auch dort – entsprechend dem jeweiligen Wortsinn – hinter den Befugnissen einer „Vernehmung" zurück. Durch eine „Befragung" wird neben der Sachaufklärung (§ 240 StPO) auch „Grundrechtsschutz durch Verfahren" gewährleistet. Das „Befragen" dient in vielen Bestimmungen dem Schutz des Befragten durch Sicherstellung von Verfahrensrechten, arg. §§ 216, 233,257,258,265a StPO.

102 *„Der Sinn und Zweck einer Betroffenen-Feststellung liegt vor allem darin, der Person rechtliches Gehör zu gewähren, also ihr Gelegenheit zu geben auf Gang und Ergebnis des Verfahrens Einfluss zu nehmen" (so zutreffend der Parlamentarische Untersuchungsausschuss „Vergabe und Kontrolle von Aufträgen und Zuwendungen durch die Freie und Hansestadt Hamburg", BüDrs. 16/5000, 41). Der Grund für die Vernehmung eines Zeugen in Abwesenheit eines später zu vernehmenden Zeugen liegt hingegen im Allgemeinen darin, die „Unbefangenheit und die Selbständigkeit der Darstellung" bei letzterem zu erhalten (BGH, Urt. V. 20.01.1953, BGHSt 3, 386, 388). Die Qualität und der Beweiswert einer Zeugenaussage sind ganz erheblich herabgesetzt, wenn dem Zeugen die Angaben des Angeklagten, der Beteiligten oder der anderen Zeugen bekannt sind. Dieser Gesichtspunkt spielt beim Betroffenen nach § 19 HmbUAG keine Rolle.*

103 *Von einer „Unbefangenheit" des Betroffenen eines Untersuchungsausschusses kann a priori keine Rede sein. Denn anders als der Zeuge ist er schon vom Grundsatz her keine neutrale Auskunftsperson. Er muss vielmehr – per Definition, § 19 Abs. 1 HmbUAG – mit einer „wertenden Äußerung" über seine Person rechnen, die von ihm ein deutlich negatives Bild in der Öffentlichkeit prägen (sog. Prangerwirkung) und ihm auch sonst in der Rechtswirklichkeit erheblichen Schaden zufügen kann. Entsprechend „parteiisch" ist seine Position angelegt. Er hat ein elementares Interesse am Verlauf des Verfahrens, der öffentlichen Wahrnehmung und dem Inhalt des abschließenden Berichts nach § 31 Abs. 1 HmbUAG. Der „parteiische Zeuge" ist hingegen rechtlich und faktisch nicht die Regel, sondern die Ausnahme.*

104 *Die weiter angeführte „Selbständigkeit der Darstellung" der Aussage ist beim Betroffenen zunächst dann ausgeschlossen, wenn er – wie hier – „erst im Verlauf der Untersuchung" die Stellung als betroffene Person einnimmt. Diese ist nämlich über die wesentlichen Untersuchungshandlungen und deren Ergebnisse zusammengefasst zu unterrichten, soweit sie sich auf sie beziehen und überragende Interessen der Allgemeinheit oder überwiegende Interessen einzelner nicht entgegenstehen, § 19 Abs. 5 Satz 2 HmbUAG. Damit ist dem Betroffenen aber zumindest in dieser Fallkonstellation von Amts wegen dasjenige mitzuteilen, welches dem Zeugen an Erkenntnis zur Wahrung einer unvoreingenommenen Sachdarstellung gerade vorzuenthalten ist.*

105 *Zwar führt das Hamburgische Oberverwaltungsgericht mit Beschluss vom 3.02.2010 (a.a.O.) zu § 19 Abs. 5 Satz 2 HmbUAG aus:*

106

> *„Die Vorschrift räumt Betroffenen, die diese Stellung erst im Verlauf der Untersuchung durch einen entsprechenden Beschluss nach § 19 Abs. 2 HmbUAG erhalten, das Recht ein, „über die wesentlichen Untersuchungshandlungen und deren Ergebnisse zusammengefasst unterrichtet" zu werden. Diese Unterrichtung dient erkennbar dem Ziel, die Voraussetzungen für eine sinnvolle zusammenhängende Stellungnahme zu schaffen, zu der Betroffenen nach § 19 Abs. 3 HmbUAG Gelegenheit gegeben werden soll. Eine solche Stellungnahme hat in einem späteren Stadium des Verfahrens nur Sinn, wenn die Betroffenen nicht nur den Untersuchungsauftrag des Ausschusses kennen, sondern auch die bis zur Feststellung ihrer Betroffenheit gewonnenen Erkenntnisse."*

107 *Ergänzend begründet das Oberverwaltungsgericht mit Beschluss vom 24.03.2010 (a.a.O):*

108 *„Des Weiteren ergibt sich für den Antragsteller auch nichts aus der Regelung in § 19 Abs. 5 Satz 2 HmbUAG, wonach diejenigen, die erst im Verlauf der Untersuchung die Stellung als betroffene Person erhalten, über die wesentlichen Untersuchungshandlungen und deren Ergebnisse zusammengefasst zu unterrichten sind. Denn einer derartigen Zusammenfassung kommt nicht der gleiche Stellenwert wie der körperlichen Wahrnehmung gegebenenfalls sämtlicher der zuvor getätigten Zeugenaussagen zu. Darüber hinaus betrifft die Regelung in § 19 Abs. 5 Satz 2 HmbUAG einen Ausnahmefall. Es dürfte eher der Regel entsprechen, dass diejenigen, die Betroffene im Sinne des § 19 HmbUAG sind, bereits vor Beginn der Tätigkeit des Untersuchungsausschusses bzw. in einer relativ frühen Phase feststehen."*

109 *Beide Ansätze können jedoch nicht überzeugen. Zutreffend ist zunächst, dass § 19 Abs. 5 Satz 2 HmbUAG die Funktion hat, die Voraussetzungen für eine sinnvolle zusammenhängende Stellungnahme zu schaffen, zu der Betroffenen nach § 19 Abs. 3 HmbUAG Gelegenheit gegeben werden soll. Dies ändert aber nichts an der Tatsache, dass bei einem auf diese Weise „ins Bild gesetzten" Betroffenen weder eine Unbefangenheit noch eine Selbständigkeit der Darstellung angenommen werden kann.*

110 *Die Annahme, einer „derartigen Zusammenfassung kommt nicht der gleiche Stellenwert wie der körperlichen Wahrnehmung gegebenenfalls sämtlicher der zuvor getätigten Zeugenaussagen zu", mag sich als zutreffend erweisen. Allerdings stellt die Zusammenfassung „der wesentlichen Untersuchungshandlungen und deren Ergebnisse" ohne Ausnahme ein Gerüst dar, an das der Betroffene seine Erklärungen anpassen kann. Dies steht den Grundsätzen einer zeugenschaftlichen Vernehmung entgegen. Der Zeuge ist gemäß § 20 Abs. 1 Satz 2 HmbUAG in der Ladung lediglich über den Beweisgegenstand zu unterrichten; eine Unterrichtung des Zeugen entsprechend § 19 Abs. 5 Satz 2 HmbUAG ist dem Gesetz hingegen fremd.*

111 *Die weitere Annahme des Hamburgischen Oberverwaltungsgerichts, die Regelung in § 19 Abs. 5 Satz 2 HmbUAG betreffe einen Ausnahmefall, ist nicht belegt. Das Oberverwaltungsgericht ist davon ausgegangen, Betroffene im Sinne des § 19 HmbUAG dürften bereits „vor Beginn der Tätigkeit des Untersuchungsausschusses bzw. in einer relativ frühen Phase feststehen". Dies kann nicht überzeugen. Zunächst steht bei einer rechtsförmigen Untersuchung das Ergebnis nicht am Beginn, sondern am Ende des Prozesses der Wahrheitsfindung. Dies schließt es nicht aus, dass aufgrund des angenommenen Missstandes, der dem Einsetzungsbeschluss zugrunde liegt, ein Betroffener „von Anfang an" als solcher feststeht. Es kann aber genauso gut erst das Ergebnis der Ermittlungstätigkeit des Ausschusses sein, dass eine Person als möglicherweise „Verantwortlicher" namhaft gemacht wird. Rechtstatsächlich verhält es sich im Übrigen so, dass vom In-Kraft-Treten des HmbUAG im Jahre 1997 bis zum Einsetzungsbeschluss vom 11.06.2009 die Bürgerschaft insgesamt vier Untersuchungsausschüsse eingesetzt hat.*

112 *In zweien dieser vier Ausschüsse wurde einzelnen Personen die Betroffeneneigenschaft zuerkannt. Allerdings ist der Status jeweils erst nach der zeugenschaftlichen Vernehmung und kurz vor Abschluss der Ausschusstätigkeit mit dem Abschlussbericht eingeräumt worden, und zwar neun Personen im Ausschuss Nr. 35 (Bü-Drs. 16/5000, S.19 f) sowie 17 Personen im Ausschuss Nr. 38 (Bü-Drs. 18/6800, S.59 f.).*

113 *Schließlich widerlegt das vom Beklagten gebildete Beispiel – alle Vorstandsmitglieder der HSH Nordbank AG seien Betroffene; weitere Auskunftspersonen zum fiktiven Beweisthema gäbe es nicht (S. 29 der Klageerwiderung) – die Auffassung der Kammer nicht. Der Beklagte meint, dass die Aufklärungsmöglichkeiten des Untersuchungsausschusses unmittelbar eingeschränkt würden, wenn alle Vorstandsmitglieder als Betroffene bei der Befragung des jeweiligen anderen*

Mitgliedes dieses Gremiums anwesend sein könnten. Dieses Ergebnis ist eine Konsequenz aus dem Rechtsstaatsprinzip. So muss auch das Gericht im Strafprozess damit „leben", dass alle Mitangeklagten hören, was die anderen Angeklagten sowie Zeugen (möglicherweise) erklären oder verschweigen. Für den Untersuchungsausschuss gilt nichts anderes. Hier kommt ebenfalls der nemo-tenetur-Grundsatz zur Anwendung (BVerfG, Beschl. v. 14.12.2001, 2 BvR 1565/94, NVwZ 2002, 1499), wonach niemand gehalten ist, an seiner eigenen Überführung mitzuwirken. In diesem Zusammenhang verweist der Kläger zu Recht auf § 25 HmbUAG, der im Wesentlichen die Anwendung von Zwangsmitteln gegen Zeuginnen und Zeugen, die trotz ordnungsgemäßer Ladung ohne genügende Entschuldigung nicht erschienen sind oder die das Zeugnis oder die Eidesleistung ohne gesetzlichen Grund verweigern, regelt. Diese Bestimmung ist mangels entsprechender Verweisung in § 19 HmbUAG auf Betroffene – dies steht außer Streit (S. 11 der Klageerwiderung) – von vornherein nicht anwendbar. Damit ist die Beantwortung von Fragen durch Betroffene entweder schon nicht als gesetzliche Pflicht ausgestaltet oder, mangels Vollstreckbarkeit eines entsprechenden Gebots, jedenfalls bewusst als „lex imperfecta" im übertragenen Sinne – Gesetz ohne Rechtsfolgen – konzipiert worden.

114 *(d) Der Einwand des Beklagten, der Rechtsanwender werde mit einer Erforschung des Sinns der Bestimmung überfordert, ist nicht zu teilen. Das Bundesverfassungsgericht (Beschl. v. 1.10.1987, BVerfGE 77, 1) hat zu der von Art. 44Abs. 1, 2 Satz 1 GG gleichfalls angeordneten „sinngemäßen Anwendung" ausgeführt:*

115 *„Es ist Aufgabe der Rechtsanwendungsorgane, die Zweifelsfragen zu klären, die sich aus einer komplexe Sachverhalte erfassenden Regelung ergeben."*

116 *Dem tritt das Gericht bei.*

117 *(e) Für eine strikte Gleichbehandlung von Zeugen und Betroffenen – soweit es den Regelungsbereich von § 23 HmbUAG angeht – spricht auch nicht die vom Beklagten in der mündlichen Verhandlung am 18.05.2010 angeführte und in § 1 HmbUAG angelegte „Sachbezogenheit" des Untersuchungsauftrags. Wie § 19 HmbUAG zeigt, zieht eine solche Sachbezogenheit dem Gegenstand der Untersuchung keine personenbezogenen Grenzen. Der Untersuchungsauftrag richtet sich auch explizit auf die Feststellung einer Verantwortlichkeit von Vorstandsmitgliedern der HSH Nordbank AG (vgl. Nr. 3 des Einsetzungsantrags, Bü-Drs. 19/3178).*

118 *(3) § 23 HmbUAG findet auch keine unmittelbare Anwendung. Denn der Kläger kann nicht gleichermaßen als Betroffener und Zeuge angesehen werden.*

119 *Es dürfte viel dafür sprechen, dass mit Beschluss nach § 19 HmbUAG die Benennung als Zeuge vom 4.11.2009 konkludent aufgehoben worden ist, wenn es in der schriftlichen Begründung vom 9.02.2010 (vgl. Anlage K1 im Verfahren 20 K 381/10) heißt, der Kläger solle „befragt" werden. Nach der dort gegebenen Erklärung ist ein zuvor gefasster Beschluss, dieselbe Person als Zeugen zu „vernehmen" gemäß der Entscheidung des Hamburgischen Oberverwaltungsgerichts vom „03.03.2010" – gemeint ist 3.02.2010 – nicht ausreichend. Dies bedarf aber keiner näheren Überprüfung. Jedenfalls folgt aus der eigenständigen Regelung durch § 19 HmbUAG, der darin angelegten Verbesserung der Rechtsposition – 19 Abs. 3, Abs. 5 Satz 2 HmbUAG – gegenüber dem Zeugen und der dort weiter niedergelegten Verweisung auf lediglich einzelne Bestimmungen über den Zeugen – § 19 Abs. 4 Satz 2, Abs. 6 HmbUAG –, dass man nicht zeitgleich Zeuge und Betroffener sein kann. Das Hamburgische Oberverwaltungsgericht erkennt in seinem Beschluss vom 3.02.2010 (5 Bs 16/10, NordÖR 2010, 170) an, dass der Betroffene zumindest nicht insoweit Zeuge sein kann, als es um den Sachverhalt geht, aus dem seine Betroffenheit folgt. Der vom Beklagten in diesem Zusammenhang zitierte Satz aus der Bürgerschafts-Drucksache 16/1720 (Bericht des Verfassungsausschusses im Wege der Selbstbefassung gemäß § 53 Abs. 2 der Geschäftsordnung vom 7.12.1998), § 19 HmbUAG „lasse es*

zu, dass jemand sowohl Betroffener als auch Zeuge sein könne", stellt lediglich die (spätere) Auffassung einer in der Bürgerschaft vertretenen Fraktion dar. Sie hat in das bereits am 27.08.1997 ausgefertigte Gesetz keinen Eingang gefunden. Die Ansicht beruht erkennbar auf der (noch später) in das PUAG eingeflossenen Meinung des Bundesgesetzgebers, einer eigenständigen Rechtsfigur des Betroffenen bedürfe es nicht. Dieser Sichtweise ist der hamburgische Gesetzgeber aber gerade nicht gefolgt, wie die Schaffung von § 19 HmbUAG belegt und noch näher ausgeführt werden wird (vgl. unten S.).

120 *Unabhängig davon kommt es für die Frage, ob der Kläger als Zeuge oder Betroffener zu hören war, im Ergebnis nicht auf die Bezeichnung durch den Untersuchungsausschuss an, sondern darauf, welcher Kategorie – Zeuge oder Betroffener – die Auskunftsperson rechtlich zuzuordnen war. Die Kammer folgt insoweit der Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Köln (Urt. v. 9.10.1987, Ss 236/87, StV 1987, 537), wonach die „Zeugenvernehmung" durch einen parlamentarischen Untersuchungsausschuss rechtlich unbeachtlich ist, wenn die Untersuchung lediglich unter dem Deckmantel eines nur der äußeren Form nach sachbezogenen Auftrags, in Wirklichkeit aber personenbezogen gegen die Auskunftsperson geführt werden soll. So liegt es hier. Die Entscheidung vom 4.11.2009, den Kläger als Zeugen zu hören, erweist sich als rechtlich nicht vertretbar. Dies folgt aus dem Untersuchungsauftrag des Beklagten (vgl. VGH Kassel, Beschl. v. 29.10.1995, NVwZ-RR 1996, 683). Denn nach dem maßgeblichen Antrag auf Einsetzung des Ausschusses sind nicht nur die „Fehlentwicklungen bei der HSH Nordbank" zu untersuchen (Bü-Drs. 19/3178). Es soll vielmehr auch „die Verantwortung für diese Fehlentwicklungen" ermittelt werden, und zwar ausdrücklich unter Einbeziehung von „Handeln, Einflussnahme und Wissen von Mitgliedern des Vorstands" (vgl. Nr. 3 des Antrags). Damit richtete sich der Ausschuss von Anfang an auch personenbezogen u.a. gegen den Kläger als … der Bank. Überdies war der Anfangsverdacht einer Straftat bereits am 4.11.2009 „amtlich". Das nach dem Eingangsstempel am 5.11.2009 bei dem Prozessbevollmächtigten des Klägers eingegangene Schreiben der Staatsanwaltschaft Hamburg (5550 Js 4/09) datiert vom 30.10.2009. Auch diese Mitteilung liegt damit vor dem Zeitpunkt, zu dem sich der Beklagte zu einer „zeugenschaftlichen" Vernehmung des Klägers entschloss.*

121 *(4) Ein Ausschluss des Betroffenen gemäß § 35 HmbUAG i.V.m. §§ 58Abs.1 Satz 1, 243 Abs. 2 Satz 1 StPO scheidet ebenso wie eine auf § 23 Abs. 1 Satz 1 HmbUAG gestützte Entscheidung aus. Wie ausgeführt, ist der Betroffene weder Zeuge noch als ein solcher zu behandeln.*

122 *Das Fernhalten von der Beweisaufnahme würde sich im Übrigen auch als unverhältnismäßig darstellen. Sie wäre nicht geeignet, die vom Beklagten für möglich gehaltene unvoreingenommene und selbständige Sachdarstellung zu ermöglichen. Zwar hat das Hamburgische Oberverwaltungsgericht mit Beschluss vom 24.03.2010 (5 Bs 56/10) ausgeführt:*

123 *„Anders als das Verwaltungsgericht kann auch nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass der Mandant des Antragstellers von einem Auskunftsverweigerungsrecht Gebrauch machen werde und die Bemühungen des Antragsgegners um eine möglichst unbeeinflusste Aussage von daher von Anfang an ins Leere laufen. Ungesicherte Mutmaßungen rechtfertigen es jedenfalls nicht, auf naheliegende, der Integrität einer Aussage zu Gute kommende Vorkehrungen von Anfang an zu verzichten."*

124 *Der Beklagte kann indes nach dem nunmehr erreichten Erkenntnisstand durch sein Vorgehen keinerlei zusätzliche Erkenntnisse mehr erwarten. Es kann dahinstehen, ob eine – aus Sicht der Kammer – lebensnahe Betrachtung eines Sachverhalts auf einen Erfahrungssatz, dass jedenfalls rechtlich beratene Beteiligte in der Regel von der ihnen günstigsten prozessualen Möglichkeit Gebrauch machen, zurückgeführt werden kann. Der Klägervertreter hat in der mündlichen*

Verhandlung am 18.05.2010 nunmehr ausdrücklich erklärt, der Kläger werde sich definitiv nicht befragen lassen. Eine etwaige bestehende Verpflichtung hierzu könnte der Beklagte, wie dargelegt, zudem nicht vollstrecken (arg. e contrario § 25 HmbUAG).

125 *(5) Schließlich kann der Beklagte für den gegenteiligen Standpunkt nicht mit Erfolg auf die Entstehungsgeschichte der Norm verweisen. Die Historie des Gesetzes lässt keinen zwingenden Schluss zu, dem Betroffenen nach § 19 HmbUAG habe ein Anwesenheitsrecht versagt bleiben sollen. Die Materialien, die dem Gesetzgebungsverfahren ersichtlich zugrunde lagen oder nach den Beratungen im Verfassungsausschuss erstellt wurden, führen gleichermaßen zu einem Interpretationsspielraum, der keine seriösen Rückschlüsse auf den tatsächlichen Willen des Gesetzgebers zulässt.*

126 *Für die Normierung des Landesrechts steht im Ausgangspunkt lediglich fest, dass der Verfassungsausschuss (Bü-Drs. 15/7700, dort zu § 19) den von einem fraktionslosen Abgeordneten gestellten Antrag, in § 19 Absatz 3 nach Satz 1 den Satz „Sie haben das Recht auf Anwesenheit bei der Beweisaufnahme" einzufügen, „einstimmig" abgelehnt hat. Dieser Befund ist jedoch unergiebig:*

127 *Der Verfassungsausschuss hat seine Entscheidung nicht begründet. Aus welchen Gründen der historische Gesetzgeber von einer positivrechtlichen Normierung eines Anwesenheitsrechts abgesehen hat, muss daher spekulativ bleiben. Der vom Verfassungsausschuss abgelehnte Satz „Sie haben das Recht auf Anwesenheit bei der Beweisaufnahme" entspricht § 18 Abs. 2 Satz 1 UAG SH (GVOBl. 1993, 145). Dieses Gesetz lag dem Hamburgischen Gesetzgeber 1997 vor (Bericht des Verfassungsausschusses vom 27.06.1997, Bü-Drs. 15/7700, S. 3). Auch die dort in § 18 Abs. 1 Satz 1 gegebene Definition „Betroffene sind natürliche und juristische Personen, gegen die sich nach dem Sinn des Untersuchungsgegenstandes die Untersuchung richtet", lehnte der Verfassungsausschuss (a.a.O.) ab.*

128 *Diesen Befund kann man nicht im Sinne des Beklagten interpretieren. Denn der Betroffene als Beteiligter wurde gleichwohl in das Hamburgische Landesrecht aufgenommen, was eine gegenläufige Tendenz erkennen lässt. Mit § 19 Abs. 1 HmbUAG – „Betroffene sind natürliche Personen, über die der Untersuchungsausschuss in seinem Bericht eine wertende Äußerung abgeben will" – wurde ferner eine Definition des Betroffenen gegeben, die sich zwar sprachlich deutlich, aber kaum inhaltlich von der angeführten, abgelehnten Definition des § 18 Abs. 1 Satz 1 UAG SH für natürliche Personen unterscheidet:*

129 *- Wenn sich nach dem Sinn des Untersuchungsgegenstandes die Untersuchung gegen eine natürliche Person richtet, dann will der Ausschuss auch eine wertende Äußerung über sie abgeben.*

130 *- Wenn der Ausschuss eine wertende Äußerung über eine natürliche Person abgeben will, dann richtet sich nach dem Sinn des Untersuchungsgegenstandes die Untersuchung auch gegen sie.*

131 *Jedenfalls an dieser Stelle hat der Hamburgische Gesetzgeber trotz formaler Ablehnung der Übernahme des Wortlauts von § 18 Abs. 1 Satz 1 UAG SH für natürliche Personen erkennbar etwas Vergleichbares schaffen wollen.*

132 *Nicht zu verkennen ist auch, dass die seinerzeit existierenden Landesgesetze mit Regelungen über den Betroffenen sich an der Rechtslage orientierten, die bei Untersuchungsausschüssen des Deutschen Bundestages galt. Die Rechtsfigur des Betroffenen war auch auf Bundesebene anerkannt und dort ebenfalls mit einem Anwesenheitsrecht verbunden. Das PUAG, das den Betroffenen nicht (mehr) namentlich erwähnt, ist erst am 19.06.2001 in Kraft getreten. Die Un-*

tersuchungsausschüsse des Deutschen Bundestages stützten ihre Arbeit zuvor und damit bei Abfassung des Hamburgischen Landesrechts 1997 auf die besonderen Geschäftsordnungsvorschriften der interparlamentarischen Arbeitsgemeinschaft (so genannte IPA-Regeln). Diese in einem nicht verabschiedeten Gesetzentwurf (BT-Drs. V/4209) enthaltenen Bestimmungen gehen auf die Vorarbeiten der IPA zurück (Pressemitteilung des Bundesrates 77/2001 zur Einführung des PUAG). Sie bestimmen in § 18 Abs. 3 Satz 3 ihrerseits „Er [der Betroffene] hat ein Beweisantrags- und Fragerecht und das Recht der Anwesenheit bei der Beweisaufnahme". Sie entsprechen im Wesentlichen § 18 UAG SH in der Fassung vom 17.04.1993. Neben einer Abkehr von der dortigen Gesetzeslage kann den Hamburgischen Gesetzgeber zu der später als ergänzungsbedürftig empfundenen Regelung (Bü-Drs. 16/1720, Bericht des Verfassungsausschusses im Wege der Selbstbefassung gemäß § 53 Abs. 2 der Geschäftsordnung vom 7.12.1998) danach bewogen haben, dass sich das Anwesenheitsrecht bereits aus dem Gesamtgefüge des Gesetzes ergibt oder einer späteren gerichtlichen Auslegung vorbehalten bleiben sollte.

133 *Ferner ist der vom Beklagten herangezogene Schlussbericht der Enquete-Kommission Verfassungsreform des Deutschen Bundestages aus dem Jahr 1976 zu berücksichtigen, der dem Hamburgischen Gesetzgeber ebenfalls zweifellos vorlag. Die Empfehlungen dieser Kommission verzichteten auf eine Unterscheidung zwischen Zeugen und Betroffenen. Begründet wurde dies damit, dass Untersuchungsausschüsse nicht das Ziel haben, die persönliche Schuld Einzelner zu erforschen, sondern objektive Missstände im staatlichen Bereich zu erkunden (Schlussbericht v. 9.12.1976, BT-Drs. 7/5924). Dieser Argumentation folgend hat der Bundesgesetzgeber auf eine Regelung des Betroffenenstatus im PUAG verzichtet (Plöd, Die Stellung des Zeugen in einem parlamentarischen Untersuchungsausschuss des Deutschen Bundestags [2003], 113). Der hamburgische Gesetzgeber hat jedoch 1997, wie die gesetzliche Festschreibung des Betroffenenstatus in § 19 HmbUAG zeigt, diesen Standpunkt des (späteren) Bundesgesetzgebers gerade nicht geteilt.*

134 *Unabhängig davon hat ein vermeintlicher – vom Beklagten angeführter – Wille des Hamburgischen Gesetzgebers, den Betroffenen von der Beweisaufnahme im Wesentlichen auszuschließen, im Gesetz keinen Niederschlag gefunden. Hier liegen die Dinge anders als etwa beim Verzicht auf eine Regelung über den Zeugeneid im PUAG des Bundes. In der Beschlussempfehlung hatte der Ausschuss für Wahlprüfung, Immunität und Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages ausgeführt (BT-Drs. 14/5790, S. 19):*

135 *„Auf eine mögliche Vereidigung von Zeugen durch einen Untersuchungsausschuss soll ausdrücklich verzichtet werden."*

136 *Hier kann man die Auffassung vertreten, der Gesetzesanwender dürfe die spätere „absichtsvolle Nichtregelung" nicht durch Rückgriff auf Art. 44 Abs. 2 Satz 1 GG überspielen (Rixen, Die Eidesleistung vor Untersuchungsausschüssen des Deutschen Bundestages, JZ 2002, 435, 436 Fn. 11), auch wenn das Verwaltungsgericht Berlin (Urt. v. 11.06.2003, NVwZ-RR 2003, 708) später die Anwendung von § 70 StPO wegen einer verweigerten Eidesleistung billigte.*

137 *Die auf das HmbUAG bezogene Argumentation des Beklagten, der Gesetzgeber hätte dem Betroffenen nachweislich nur einen „Minimalkatalog" an Rechten einräumen wollen, was nunmehr bei der Rechtsanwendung verbindlich sei, ist auch deshalb unzutreffend, weil der Beklagte selbst auf ein in der Vergangenheit gewährtes abschließendes Statement verweist (vgl. S. 23 der Klageerwiderung). Ein solches Statement ist im HmbUAG gerade nicht geregelt und wird – insoweit in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung der Kammer – vom Hamburgischen Oberverwaltungsgericht gleichwohl unter Verweis auf § 32 PUAG (Beschl. v. 3.02.2010, 5 Bs 16/10, NordÖR 2010, 170) für geboten erachtet. Der Untersuchungsausschuss zur Über-*

prüfung der Weitergabe von vertraulichen Dokumenten des Parlamentarischer Untersuchungsausschusses „Feuerbergstraße" hat in Übereinstimmung hiermit im Abschlussbericht (Bü-Drs 18/6800, S. 59 f.) ausgeführt:

138 *„Der Untersuchungsausschuss hat vor der abschließenden Beratung und Beschlussfassung seines Berichts an die Bürgerschaft solchen Personen rechtliches Gehör gewährt, bei denen negativ wertende Äußerungen im dritten Teil des Berichts (Bewertung) möglich erschienen.*

139 *Ein solches Verfahren ist zwar – jenseits der Vorschriften über Betroffene in § 19 – im HmbUAG nicht ausdrücklich vorgesehen, erscheint aus rechtsstaatlicher Sicht aber auch ohne Antrag auf Feststellung des Betroffenenstatus geboten: Die Beschlüsse der Untersuchungsausschüsse sind nach Artikel 26 Absatz 5 Satz 1 HmbVerf der richterlichen Erörterung entzogen. Dementsprechend kann jemand, der geltend macht, durch den Abschlussbericht in seinen Rechten verletzt zu sein, damit von den Gerichten nicht gehört werden (vergleiche OVG Hamburg, Beschluss vom 27.05.1986, NVwZ 1987, 610, 611).*

140 *Untersuchungsausschüsse nehmen bei der Erfüllung der ihnen von der Bürgerschaft übertragenen Aufgaben hoheitliche Befugnisse wahr. Sie üben insoweit öffentliche Gewalt aus. Negative Äußerungen im Bericht eines Untersuchungsausschusses haben mithin die Qualität eines (faktischen) Eingriffs in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht der betroffenen Grundrechtsträger. Das gilt grundsätzlich auch für „politische" Bewertungen des Verhaltens Einzelner.*

141 *Wegen der – im Hinblick auf den Gewaltenteilungsgrundsatz – fehlenden Rechtsschutzmöglichkeiten gegen den Untersuchungsbericht erlangt der rechtstaatliche Grundsatz rechtlichen Gehörs besondere Bedeutung. Indem die in der Bewertung des Ausschusses kritisierten Personen Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten, wird Grundrechtsschutz durch Verfahren (vergleiche Hesse, Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland, EuGRZ 1978, 427, 434 folgende) gewährleistet."*

142 *Wenn es der Gesetzgeber tatsächlich bei einem „Minimalkatalog" an Rechten hätte belassen wollen und er darüber hinaus die Entscheidung des Hamburgischen Oberverwaltungsgerichts aus dem Jahr 1986 für verfassungsrechtlich unbedenklich gehalten hätte, dann hätte viel dafür gesprochen, dass eine einfachgesetzliche Regelung des Betroffenen gänzlich unterblieben wäre. Nach der Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts vom 27.05.1986 musste der Betroffene ungeachtet des in Art. 2 Abs. 1 GG verfassten Persönlichkeitsrechts nämlich „die Arbeit des Untersuchungsausschusses […] ebenso wie jeder andere hinnehmen". Etwas anderes sollte im Grundsatz offenbar nur gelten, wenn das vom „Parlamentarischen Untersuchungsausschuss gewonnene Ergebnis willkürlich wäre". Auch einer mündlichen Anhörung hätte es nicht bedurft. Für die Gewährung des verfassungsrechtlichen Anspruchs auf rechtliches Gehör sollte die Kenntnisnahme des Ausschusses von einer schriftlichen Eingabe erforderlich aber auch ausreichend sein. Dies bleibt erkennbar hinter den Anforderungen, die das Hamburgische Oberverwaltungsgericht mit Beschlüssen vom 3.02.2010 (5 Bs 16/10) und 24.03.2010 (5 Bs 56/10) auf der rechtlichen Grundlage des HmbUAG stellt, zurück.*

143 *2. Im Übrigen folgt der Anspruch auf Anwesenheit bei öffentlichen und nichtöffentlichen Beweisaufnahmen aus § 35 HmbUAG i.V.m. §§ 168 cAbs. 2, 230 StPO.*

144 *Den §§ 168 cAbs. 2, 230 StPO ist ein Anwesenheitsrecht des Beschuldigten im Strafverfahren während der öffentlichen und nichtöffentlichen Beweisaufnahme zu entnehmen (a)). Dieses Anwesenheitsrecht gilt gemäß § 35 HmbUAG für den Betroffenen im parlamentarischen Untersuchungsverfahren (b)).*

145 *a) Aus § 168 cAbs. 2 und § 230 StPO ergibt sich ein Anwesenheitsrecht des Beschuldigten / Angeklagten im Strafverfahren während der öffentlichen und nichtöffentlichen Beweisaufnahme. Schon während des Ermittlungsverfahrens hat der Beschuldigte gemäß § 168 c Abs. 2 StPO ausdrücklich das Recht, während der – nicht öffentlich stattfindenden – richterlichen Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen anwesend zu sein. Wegen der Anwesenheitspflicht des Angeklagten während der – öffentlichen – Hauptverhandlung (vgl. § 231 StPO) setzt das Gesetz darüber hinaus seine Anwesenheit während der Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen in der Hauptverhandlung voraus. Gemäß § 230 Abs. 1 StPO findet darum gegen einen ausgebliebenen Angeklagten keine Hauptverhandlung statt. Zwar ist dem Beklagten insofern Recht zu geben, als dieses Anwesenheitsrecht gemäß § 247 StPO in Ausnahmefällen vom Gericht beschränkt werden kann, wenn zu befürchten ist, ein Mitangeklagter oder Zeuge werde bei seiner Vernehmung in Anwesenheit des Angeklagten nicht die Wahrheit sagen oder wenn bei der Vernehmung einer Person unter 18 Jahren als Zeuge in Gegenwart des Angeklagten ein erheblicher Nachteil für das Wohl des Zeugen zu befürchten ist oder wenn bei einer Vernehmung einer anderen Person als Zeuge in Gegenwart des Angeklagten die dringende Gefahr eines schwerwiegenden Nachteils für ihre Gesundheit besteht. Das ändert aber nichts am grundsätzlichen Anwesenheitsrecht des Angeklagten, sondern zeigt vielmehr nur dessen herausgehobene Stellung im Strafverfahren, die eben nur in Ausnahmefällen hinter anderen Rechtsgütern zurücktreten muss.*

146 *b) Dieses Anwesenheitsrecht des Beschuldigten / Angeklagten im Strafprozess gilt gemäß § 35 HmbUAG für den Kläger als Betroffenen vor dem parlamentarischen Untersuchungsausschuss.*

147 *Gemäß § 35 HmbUAG gelten die Vorschriften über den Strafprozess sinngemäß, soweit das Gesetz keine besonderen Vorschriften enthält. Das Anwesenheitsrecht des Beschuldigten / Angeklagten fällt grundsätzlich in den Bereich der von § 35 HmbUAG in Bezug genommen Vorschriften des Strafprozesses (aa)). Seine Geltung für den Kläger als Betroffenen des parlamentarischen Untersuchungsausschusses ist zudem als „sinngemäß" zu bewerten, weil sie seiner besonderen, durch die Verfassung geprägten Rechtsstellung Rechnung trägt (bb)).*

148 *aa) Das Anwesenheitsrecht des Beschuldigten / Angeklagten fällt grundsätzlich in den Bereich der von § 35 HmbUAG in Bezug genommenen Vorschriften des Strafprozesses. § 35 HmbUAG verweist nämlich generell „auf die Vorschriften des Strafprozess[es]" und unterscheidet sich damit gleichermaßen von Art. 44 Abs. 2 Satz 1 GG, Art. 26 Abs. 2 Satz 1 HV und anderen landesgesetzlichen Verweisungen auf die Strafprozessordnung. Danach finden nämlich nur die Vorschriften über den Strafprozess „auf Beweiserhebungen" sinngemäß Anwendung. Eine vergleichbare Beschränkung ist dem Wortlaut des HmbUAG nicht zu entnehmen, so dass Regelungslücken generell durch Rückgriff auf die Strafprozessordnung geschlossen werden können, wo dies sinngemäß erscheint. Ein vom Beklagten angedeutetes Verständnis, wonach die Verweisung nur auf Vorschriften ausgerichtet sei, die dem parlamentarischen Untersuchungsausschuss Handlungsbefugnisse aus der Strafprozessordnung einräumen, ist mit dem weiten Wortlaut des § 35 HmbUAG nicht vereinbar. Darüber hinaus bezieht sich selbst die Verweisung des Art. 44 Abs. 2 GG nicht nur auf befugnisbegründende, sondern auch befugnisbegrenzende Regelungen der Strafprozessordnung (BVerfG, Urt. v. 17.7.1984, NJW 1984, 2271).*

149 *bb) Eine Übertragung der Vorschriften zum Anwesenheitsrecht des Angeklagten im Strafprozess auf den Kläger als Betroffenen des parlamentarischen Untersuchungsausschusses ist „sinngemäß" i.S.d. § 35 HmbUAG. Die „sinngemäße" Anwendung der Vorschriften über den Strafprozess muss den strukturellen Unterschieden der Verfahren Rechnung tragen (vgl. Schäfer, NJW 1998, 434 ff.). Wo aber eine vergleichbare verfassungsrechtliche Situation für eine Übertragung der strafprozessualen Regelung spricht, muss von einer „sinngemäßen" Geltung ausgegangen werden. Hier hat der Betroffene des parlamentarischen Untersuchungsausschus-*

ses vergleichbar dem Beschuldigten / Angeklagten im Strafverfahren ein verfassungsrechtlich begründetes Recht auf Anwesenheit während der ihn betreffenden Beweisaufnahme. Zwar kann sich der Betroffene des parlamentarischen Untersuchungsausschusses anders als der Angeklagte des Strafverfahrens nicht auf Art. 103 Abs. 1 GG und das dort gewährleistete rechtliche Gehör berufen, weil die Norm nur auf Verfahren vor Gerichten anwendbar ist. Aber auch der Betroffene hat einen solchen Anspruch auf rechtliches Gehör vor einem parlamentarischen Untersuchungsausschuss. Dieser Anspruch wird aus Art. 1 Abs. 1, 20 Abs. 3 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG, im Kern also aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, abgeleitet ((1), vgl. auch [z.T. ohne Rückgriff auf Art. 2 Abs. 1 GG und nur in Bezug auf Art. 20Abs. 3 und Art. 1 Abs. 1 GG] Gollwitzer, BayVBl. 1982, 417, 423; Schleich, Das parlamentarische Untersuchungsrecht des Bundes [1985], 50; Beckedorf, ZParl 1989, 35, 42 f.; Buchholz, Der Betroffene im parlamentarischen Untersuchungsausschuss [1990], 117; Richter, Privatpersonen im parlamentarischen Untersuchungsausschuss [1991], 98; Weisgerber, Das Beweiserhebungsverfahren parlamentarischer Untersuchungsausschüsse des Deutschen Bundestages [2001], 237 ff.; Plöd a.a.O., 117), dessen verfassungsrechtlich gewährleistetes Minimum ein Anwesenheitsrecht des Betroffenen während der Beweisaufnahmen des Untersuchungsausschusses umfasst ((2), vgl. auch Schleich a.a.O., 51 f.; Beckedorf a.a.O. 45; Buchholz a.a.O.; Richter a.a.O., 98; Weisgerber a.a.O., 240 f.; Plöd a.a.O., 118; Quaas, Ausgewählte Probleme zum Recht des parlamentarischen Untersuchungsausschusses, NJW 1988, 1873, 1878).

150 *(1) Wer durch ein staatlich initiiertes Verfahren unmittelbar beschwert ist, hat aus Art. 1Abs. 1, 20 Abs. 3 und 2 Abs. 1 GG einen Anspruch auf rechtliches Gehör. Art. 1 Abs. 1 GG schützt die Würde des Menschen. Die Menschenwürde verbietet es dem Staat v.a. ihn zum Objekt seines Handelns zu degradieren (Maunz/Dürig, GG, 56. EL 2009, Art. 1 Rn. 36). Sie setzt das Recht auf Selbstbehauptung um. Das Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG gebietet es, die Grundrechte und Grundfreiheiten bzw. deren freiheitssichernde Funktion im Verfahrensrecht zu beachten, wofür die konkrete Ausgestaltung des Verfahrens grundsätzlich unerheblich ist (BVerfG, Beschl. v. 18.06.1957, BVerfGE 7, 53). Das auf Art. 1 Abs. 1 GG beruhende Recht auf Selbstbehauptung schlägt sich im Verfahrensrecht als Anspruch auf rechtliches Gehör nieder. Dessen Kern ist ein Recht auf Stellungnahme desjenigen, der vom staatlichen Verfahren unmittelbar beschwert ist (Maunz/Dürig, a.a.O., Art. 103 Abs. 1 Rdnr. 66). Allerdings ist das Rechtsstaatsprinzip ein zumindest im Schwerpunkt staatsgerichtetes Prinzip, weil es den Staat zur Gewährleistung eines rechtsstaatlichen Verfahrens verpflichtet. Gleichzeitig verletzt der Staat aber die allgemeine Handlungsfreiheit des vom staatlichen Verfahren betroffenen Individuums, wo er im Verfahren den vom Rechtsstaatsprinzip geformten Verfahrensrahmen verlässt, so dass das aus Art. 1Abs. 1 und Art. 20 Abs. 3 GG abgeleitete Gehörsrecht durch Art. 2 Abs. 1 GG gleichsam „subjektiviert" wird.*

151 *Eine solche unmittelbare Beschwerung kommt durch ein parlamentarisches Untersuchungsverfahren in Betracht ((a)) und liegt hier auf Seiten des Klägers vor, so dass dieser Träger eines solchen Rechts ist ((b)).*

152 *(a) Eine unmittelbare Beschwerung eines Beteiligten kann durch Maßnahmen eines parlamentarischen Untersuchungsausschusses entstehen, wenn es möglicherweise zu ehr- und rufschädigenden Feststellungen im grundsätzlich „gerichtsfesten" Abschlussbericht kommt. Dann liegt nämlich eine mit der Beschwerung durch ein Gerichtsverfahren vergleichbare Situation vor. Sofern dagegen die Unterschiede zwischen Strafverfahren und parlamentarischem Untersuchungsverfahren vorgebracht werden, kann eine solche Argumentation nicht überzeugen.*

153 *Die Unterschiede zwischen Strafverfahren und parlamentarischem Untersuchungsverfahren liegen auf den Ebenen von Funktion, Öffentlichkeit und Abschluss (Gollwitzer a.a.O., 417 f.). Während das Strafverfahren einen im Einzelfall entstandenen legitimen staatlichen Strafan-*

spruch feststellen und durchsetzen soll, geht es beim parlamentarischen Untersuchungsverfahren um eine „Selbstreinigung" des politischen Systems in einer für die Bevölkerung nachvollziehbaren Weise. Das Strafverfahren findet zwar öffentlich statt. Hier dient die Öffentlichkeit aber primär der Kontrolle des Verfahrens, während die „Anprangerung des Angeklagten" möglichst gering gehalten werden soll, zumal dessen Schuld noch nicht abschließend geklärt ist. Beim parlamentarischen Untersuchungsverfahren ist die Öffentlichkeit dagegen unmittelbar in dessen Wesen angelegt und dient nicht nur der Kontrolle seines ordnungsgemäßen Ablaufs. Hier wird eine „Pranger"-Wirkung nicht nur hingenommen, sondern in gewissem Maße sogar angestrebt, um das Vertrauen der Öffentlichkeit in den Politbetrieb wiederherzustellen, indem die Aufarbeitung politischer Skandale in der Öffentlichkeit vollzogen wird. Seinen Abschluss findet das Strafverfahren in einem Urteil und dessen möglicherweise diskriminierenden Folgen. Das parlamentarische Untersuchungsverfahren endet mit dem Abschlussbericht und dessen möglicherweise diskreditierenden Folgen.

154 *Diese wesentlichen Unterschiede beider Verfahren rechtfertigen keine Unterscheidung des vom parlamentarischer Untersuchungsausschuss „Betroffenen" von dem von den Ermittlungsbehörden im Strafverfahren „Beschuldigten" im Hinblick auf deren grundsätzlichen Anspruch auf rechtliches Gehör. Vielmehr scheint die dafür erforderliche unmittelbare Betroffenheit schlicht anders gelagert zu sein. Sie kann aber dem vom parlamentarischen Untersuchungsausschuss „Betroffenen" nicht abgesprochen werden, sofern die Möglichkeit von ehr- und rufschädigenden Feststellungen zu seiner Person besteht. Auf Grund der vom parlamentarischen Untersuchungsverfahren angestrebten Öffentlichkeit und Anprangerung können diese Feststellungen faktisch eine ebenso intensive – oder u.U. sogar intensivere – Wirkung entfalten wie eine strafrechtliche Verurteilung. Das gilt sowohl im Hinblick auf die persönliche Ehre und deren Anerkennung in der Gesellschaft als auch im Hinblick auf das berufliche Fortkommen und damit die wirtschaftliche Absicherung der einzelnen Person. Zwar droht dem Beschuldigten / Angeklagten im Strafverfahren die aus rechtlicher Sicht schärfste Konsequenz im Sinne einer rechtlich bindenden Feststellung persönlicher Schuld und der damit verbundenen Sanktionierung in Form einer Geld- oder sogar Freiheitsstrafe, doch hängt es ganz vom Einzelfall ab, ob der Einzelne die Sanktion schwerer empfindet als die Diskreditierung. Hinzu kommt, dass das parlamentarische Untersuchungsverfahren mittelbar auch straf- und disziplinarrechtliche Konsequenzen haben kann, die bei der Bewertung der Rechte des Betroffenen ebenso berücksichtigt werden müssen. Darüber hinaus ist der Abschlussbericht des parlamentarischen Untersuchungsausschusses, anders als das strafrechtliche Urteil, nicht der gerichtlichen Kontrolle zugänglich (Art. 26 Abs. 5 Satz 1 HV), was ebenfalls die Schutzbedürftigkeit desjenigen erhöht, der mit ehr- und rufschädigenden Feststellungen zu seiner Person im Abschlussbericht rechnen muss (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 27.05.1986, NVwZ 1987, 610).*

155 *(b) Der Kläger muss mit ehr- und rufschädigenden Feststellungen zu seiner Person nicht nur im Abschlussbericht des Beklagten rechnen. Das ergibt sich aus seiner Verantwortung für Geschäftsentscheidungen der HSH Nordbank AG, die vom Untersuchungsauftrag des Beklagten umfasst sind. Als wichtiges Indiz kann in dem Rahmen auch die Entscheidung des Untersuchungsausschusses selbst gelten, wonach der Kläger Betroffener i.S.v. § 19 HmbUAG ist. Solche Beschlüsse trifft der Ausschuss gemäß § 19 Abs. 1 HmbUAG nämlich dann, wenn er über eine natürliche Person in seinem Bericht eine wertende Äußerung abgeben will. Auch seine gleichzeitige Stellung als Beschuldigter eines gegen ihn gerichteten staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahrens in derselben Angelegenheit spricht deutlich für seine Schutzbedürftigkeit. Das Hamburgische Oberverwaltungsgericht (Beschl. v. 24.03.2010, 5 Bs 56/10, BA S. 9) geht in diesem Zusammenhang von einem unzutreffenden Sachverhalt aus, wenn es annimmt, ein „Strafverfahren" sei noch nicht eingeleitet. Ein solches Verfahren ist im Stadium des Ermittlungsverfahrens bei der Staatsanwaltschaft Hamburg (5550 Js 4/09) aufgrund eines angenom-*

menen Anfangsverdachts anhängig.

156 *(2) Teil des dem Betroffenen des parlamentarischen Untersuchungsausschusses zustehenden rechtlichen Gehörs ist sein Recht auf Anwesenheit während der öffentlichen und nichtöffentlichen Beweisaufnahme durch den parlamentarischen Untersuchungsausschuss. Zwar kann der Anspruch auf rechtliches Gehör nur in seinen Grundzügen als Minimalanspruch unmittelbar aus den Grundrechten des Betroffenen abgeleitet werden (BVerfG, Beschl. v. 18.06.1957, BVerfGE 7, 53). Dieser Minimalanspruch umfasst aber das Recht des Betroffenen eines parlamentarischen Untersuchungsausschusses auf Anwesenheit während dessen Beweisaufnahme.*

157 *Das ergibt sich aus einer Gegenüberstellung der betroffenen verfassungsrechtlichen Positionen im Sinne einer praktischen Konkordanz. Dieser Grundsatz ist im Recht der parlamentarischen Untersuchungsausschüsse der Hamburgischen Bürgerschaft anzuwenden, wenn es um den Schutz von Grundrechten geht (HVerfG, Urt. v. 26.06.1995, 1/95, juris). Das parlamentarische Untersuchungsrecht findet seine Grundlage in Art. 26 HV. Sein Kern ist die Untersuchung eines Sachverhalts. Die Beweisaufnahme ist das zentrale Instrument der Tatsachenermittlung und damit jeder parlamentarischen Untersuchung (Schneider, NJW 2001, 2604, 2606). Folglich wiegt der Ausschluss von der Beweisaufnahme für den Betroffenen schwer. Das gilt umso mehr, als gerade die politische Bewertung der ermittelten Tatsachen erklärtes Ziel der parlamentarischen Untersuchung ist. Für eine nachvollziehbare Bewertung kommt es indes entscheidend auf den persönlichen Eindruck von Beweismitteln an, insbesondere wenn es um die Aussagen von Zeugen geht. Ein generelles Recht, den Betroffenen von der Beweisaufnahme auszuschließen, ist folglich nur dann gerechtfertigt, wenn ansonsten die Effektivität der Tatsachenermittlung oder die ebenfalls von der Verfassung verbürgte uneingeschränkte Verfahrenshoheit des parlamentarischen Untersuchungsausschusses (siehe BVerfG, Urt. v. 17.7.1984, NJW 1984, 2271) erheblich beeinträchtigt wäre. Beides ist aber weder bei der öffentlichen noch bei der nichtöffentlichen Beweisaufnahme der Fall.*

158 *Was die Effektivität der Tatsachenermittlung betrifft, so ist zu berücksichtigen, dass vom Betroffenen eine unvoreingenommene Aussage wegen seiner persönlichen Situation ohnehin nicht zu erwarten ist, so dass der Aussagewert von vornherein beschränkt ist. Dass sich der Betroffene des parlamentarischen Untersuchungsausschusses während seiner Aussage in einem psychologisch vergleichbaren Zustand wie der Beschuldigte des Strafverfahrens befindet, ist nämlich zumindest für die hier vorliegende Fallkonstellation anerkannt, dass seine Aussage für ein gleichzeitig laufendes oder zumindest drohendes staatsanwaltschaftliches Ermittlungsverfahren zu derselben Angelegenheit relevant ist (vgl. Kohlmann, JA 1984, 670, 672 f.; Beckedorf a.a.O., 48 ff.; Richter a.a.O., 98 f.). Für den Fall der öffentlichen Vernehmung kommt hinzu, dass sich der Betroffene ohnehin vor seiner eigenen Aussage über die Aussagen von vorher gehörten Zeugen in den Medien informieren könnte (siehe Plöd a.a.O., 126).*

159 *Die Anwesenheit des Betroffenen im Untersuchungsverfahren droht außerdem nicht die Ermittlungshoheit des parlamentarischen Untersuchungsausschusses zu beeinträchtigen. Eine solche Beeinträchtigung droht dann, wenn die aus dem Gehörsrecht abgeleiteten Befugnisse des Betroffenen diesen ermächtigen, den Untersuchungsverlauf inhaltlich zu beeinflussen oder zu verzögern, wie es bei eigenen Frage- oder Antragsrechten des Betroffenen in Betracht käme. Inwiefern das im Einzelfall zur Wahrung seiner Rechte angezeigt sein kann, muss hier nicht erörtert werden. Eine inhaltliche Beeinflussung der Untersuchung oder gar deren Verzögerung muss jedenfalls durch die bloße Anwesenheit des Betroffenen während der Beweisaufnahme nicht befürchtet werden. Wenn aber das Anwesenheitsrecht des Betroffenen weder die Effektivität der Beweisaufnahme noch die Untersuchungshoheit des parlamentarischen Untersuchungsausschusses empfindlich beeinträchtigt, kann es angesichts seiner grundlegenden Be-*

deutung für die Ausübung des rechtlichen Gehörs im parlamentarischen Untersuchungsverfahren unmittelbar aus dieser Verfassungsposition abgeleitet werden.

160 *Angesichts dessen überzeugt weder die Argumentation des Oberverwaltungsgerichts Münster in seinem Beschluss vom 2.09.1986 (NVwZ 1987, 606; vgl. i.E. auch Buchholz a.a.O., 125 f.), noch die Argumentation des Hamburgischen Oberverwaltungsgerichts in seinem Beschluss vom 3.02.2010 (5 Bs 16/10, NordÖR 2010, 170). Beide Beschlüsse sprechen dem Betroffenen ein verfassungsmäßiges Anwesenheitsrecht ab. Für die Verwirklichung des Anspruchs auf rechtliches Gehör genüge es, wenn dem Betroffenen insgesamt die Möglichkeit gegeben werde, sich zum entscheidungserheblichen Sachverhalt zu äußern und mit seinen Äußerungen auf Gang und Ergebnis des Verfahrens Einfluss zu nehmen bzw. wenn der Betroffene den Entwurf des Abschlussberichts kommentieren dürfe.*

161 *Ein möglichst schonender Ausgleich der typischerweise betroffenen Rechtspositionen wird dadurch aber nicht gewährleistet, wenn man bedenkt, wie geringfügig die den Interessen des Betroffenen widerstreitenden Rechtsgüter durch seine Anwesenheit beschränkt werden und welch empfindliche Beeinträchtigung seiner Rechtsgüter im entgegengesetzten Fall drohte. Die Intensität der potenziellen Grundrechtsbeeinträchtigung des Betroffenen bewertet die Kammer insbesondere anders als das Hamburgische Oberverwaltungsgericht, das dafür maßgeblich an den Abschlussbericht anknüpft und deshalb dessen Kommentierung durch den Betroffenen als ausreichend erachtet. Im Abschlussbericht manifestiert sich zwar die Grundrechtsbeeinträchtigung des Betroffenen, sie liegt aber schwerpunktmäßig bereits im Verfahren. Dort wird das Verhalten des Betroffenen vor dem Hintergrund eines konkreten Vorwurfs beleuchtet und bewertet sowie durch die Medien kommentiert und einer breiten Öffentlichkeit bekannt gemacht. Es ist ihm deshalb nicht zuzumuten, vor verschlossenen Türen zu warten, während andere über sein Verhalten Bericht erstatten und der parlamentarische Untersuchungsausschuss daraus Rückschlüsse über seine Verantwortung dafür zieht. Sein rechtliches Gehör, dessen Kern ein Recht auf Stellungnahme ist (insoweit stimmt die Kammer dem Oberverwaltungsgericht zu), umfasst das Recht, zu den Ergebnissen einer Beweisaufnahme des parlamentarischen Untersuchungsausschusses Stellung zu nehmen. Deshalb muss er bei der Vernehmung der Zeugen durch den parlamentarischen Untersuchungsausschuss anwesend sein können.*

162 *Die vom Beklagten alternativ angeführte Option einer nachträglichen Unterrichtung, hat der Gesetzgeber nicht ergriffen. Eine „standardmäßige" analoge Anwendung von § 19 Abs. 5 Satz 2 HmbUAG käme – anders als bei der Heilung singulärer, lediglich irrtümlich verursachter Verfahrensfehler – auch nicht in Betracht. Hier würde nämlich das vom Hamburgischen Oberverwaltungsgericht (Beschl. v. 24.03.2010, 5 Bs 56/10, BA S. 9) zu § 19 Abs. 5 Satz 2 HmbUAG Gesagte gelten:*

163 > *„[…] einer derartigen Zusammenfassung kommt nicht der gleiche Stellenwert wie der körperlichen Wahrnehmung gegebenenfalls sämtlicher der zuvor getätigten Zeugenaussagen zu."*

164 *Darüber hinaus bewertet die Kammer die Ausnahmesituationen anders, die insbesondere das Oberverwaltungsgericht Münster veranlassten, aus dem Gehörsrecht des Betroffenen kein Anwesenheitsrecht abzuleiten. Das Oberverwaltungsgericht meint, dass einem Anwesenheitsrecht vielfach Grundrechte Dritter oder überragende Geheimhaltungsinteressen entgegenstünden. Aus Sicht der Kammer dürften Grundrechte Dritter, die der Anwesenheit des Betroffenen entgegenstehen – anders als im durch das Täter-Opfer-Verhältnis geprägten Strafverfahren – im parlamentarischen Untersuchungsverfahren eine nur untergeordnete Rolle spielen. Geheimhaltungsinteressen kann regelmäßig dadurch Rechnung getragen werden, dass der zur Anwesenheit berechtigte Betroffene gemäß § 29 HmbUAG zur Verschwiegenheit verpflichtet wird mit*

der Rechtsfolge, dass auf ihn, im Falle der Verletzung der danach bestehenden besonderen Geheimhaltungspflicht, § 353 b Abs. 2 Nr. 1 StGB zur Anwendung kommt.

165 *Es sind nur ganz seltene Ausnahmefälle denkbar, in denen das Anwesenheitsrecht des Betroffenen hinter anderen Rechtsgütern zurücktreten muss, was aber keine Zweifel an seiner Existenz rechtfertigt. Im vergleichbaren Falle des Angeklagten im Strafverfahren würde niemand in Zweifel ziehen, dass ein grundsätzlich verfassungsrechtlich begründetes Anwesenheitsrecht des Angeklagten während der Beweisaufnahme besteht, nur weil dieses in den ausgesprochen seltenen Fällen des § 247 StPO ausnahmsweise zurücktreten muss.*

166 *3. Der Beklagte ist passivlegitimiert. Der Untersuchungsausschuss ist ein gemäß Art. 26 HV mit eigenen Rechten ausgestattetes Hilfsorgan der Hamburgischen Bürgerschaft. Ihm sind durch das HmbUAG eigene hoheitliche Befugnisse gegenüber Dritten eingeräumt (vgl. u.a. BVerwG, Urt. v. 21.11.1980, 7 C 85/78; VGH Kassel, Beschl. v. 29.10.1995, 11 TG 3617/95; OVG Berlin, Beschl. v. 27.8.2001, 8 B17/01; OVG Saarlouis, Beschl. v. 5.11.2002, 1 W 29/02; alle juris). Die Bürgerschaft kann von Verfassungs wegen als Plenum diese besonderen Befugnisse nicht selbst wahrnehmen. Dementsprechend kann der Kläger das Recht nur gegenüber dem Untersuchungsausschuss – also dem Beklagten – geltend machen, welcher die beanstandete Maßnahme selbst erlassen hat bzw. zukünftig nur erlassen kann (vgl. BVerfG, Urt. v. 8.4.2002, 2 BvE 2/01, juris und Beschl. v. 15.6.2005, BVerfGE 113, 113 (120); VerfGH Sachsen, Urt. v. 21.11.2008, Vf. 99-I-08, juris; VerfG Brandenburg, Beschl. v. 19.2.2009, 44/08, juris). Diese Auffassung findet auch in § 33 HmbUAG ihre Stütze, wonach während der Dauer des Untersuchungsverfahrens dem Untersuchungsausschuss das Recht zur Erhebung der Beschwerde gegen gerichtliche Entscheidungen nach Maßgabe der StPO zusteht. Hinzu kommt, dass die Bürgerschaft mangels entsprechender Rechte kaum eine gerichtliche Entscheidung gegenüber dem Beklagten durchsetzen könnte. Insoweit mangelte es an der Vollstreckbarkeit.*

167 *4. Die Begrenzung im Tenor auf die Feststellung eines „grundsätzlichen" Rechts zur Anwesenheit hat klarstellende Funktion. Einschränkungen können sich im Einzelfall insbesondere aus § 12 HmbUAG (a) und § 35 HmbUAG i.V.m. § 247 StPO (b) ergeben.*

168 *Danach kann das Anwesenheitsrecht des Betroffenen in allen für das parlamentarische Untersuchungsverfahren wesentlichen Fällen eingeschränkt werden.*

169 *a) Zunächst besteht eine gesetzliche Regelung für die Aufrechterhaltung der Ordnung in der Sitzung. Sie ist auch gegenüber einem Betroffenen anzuwenden. § 12 HmbUAG hat folgenden Wortlaut:*

170 *„Die Aufrechterhaltung der Ordnung in der Sitzung obliegt der oder dem Vorsitzenden. Personen, die den zur Aufrechterhaltung der Ordnung getroffenen Anordnungen nicht Folge leisten, können aus dem Sitzungsraum entfernt werden. Über Maßnahmen nach Satz 2 entscheidet gegenüber Personen, die an der Verhandlung über den Untersuchungsgegenstand nicht beteiligt sind, die oder der Vorsitzende, in den übrigen Fällen der Untersuchungsausschuss."*

171 *Da der Betroffene – auch nach Ansicht des Hamburgischen Oberverwaltungsgerichts (Beschl. v. 24.03.2010, BA S. 8) – Verfahrensbeteiligter ist, hat über Ordnungsmaßnahmen gegen ihn der Ausschuss selbst zu befinden.*

172 *b) Ferner ist gemäß § 35 HmbUAG u.a. die Vorschrift des § 247 Satz 1 StPO sinngemäß anwendbar, die ihrerseits folgenden Wortlaut hat:*

173 *„Das Gericht kann anordnen, dass sich der Angeklagte während einer Vernehmung aus*

dem Sitzungszimmer entfernt, wenn zu befürchten ist, ein Mitangeklagter oder ein Zeuge werde bei seiner Vernehmung in Gegenwart des Angeklagten die Wahrheit nicht sagen."

174 *Die Regelung des § 247 Satz 1 StPO stellt sicher, dass das Anwesenheitsrecht des Betroffenen nicht zu einer Beeinträchtigung der Wahrheitsfindung im Einzelfall führt. Der bloße Wunsch eines Zeugen oder anderen Betroffenen rechtfertigt den Ausschluss allerdings nicht (vgl. BGH, Beschl. v. 14. 3. 2002, NStZ-RR 2002, 217). Ob die Befürchtung begründet ist, hat der Ausschuss nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden. Die Entscheidung muss sich dabei auf bestimmte Tatsachen stützen, die im Beschluss anzuführen sind.*

175 *Der Betroffene kann möglicherweise auch von der Anwesenheit ausgeschlossen werden, wenn eine rechtmäßige Sperrerklärung (§ 96 StPO in entsprechender Anwendung [BGH, Beschl. v. 16.01.2001, NStZ 2001, 333] i.V.m. § 68 Abs. 1 BBG / § 46 Abs. 1 HmbBG i.V.m. § 37 Abs. 3 BeamtStG [vgl. unter dem Gesichtspunkt der Begrenzung des Beweiserhebungsrechts: BVerfG, Beschl. v. 17.06.2009, NVwZ 2009, 1353]) vorliegt und der Zeuge sonst nicht „freigegeben" wird (vgl. BGH, Urt. v. 2.07.1996, NJW 1996, 2738). Zwingende Voraussetzung wäre aber in jedem Fall, dass der Untersuchungsausschuss bei Zweifeln an der Begründetheit der Verwaltungsentscheidung zunächst auf deren Überprüfung dringt (vgl. BVerfG, Beschl. 26.05.1981, 2 BvR 215/81, BVerfGE 57, 250).*

176 *5. Eine Vorlage bei einem Verfassungsgericht hat entgegen der Auffassung des Beklagten nicht zu erfolgen. Dies setzte voraus, dass das Gericht das HmbUAG für verfassungswidrig hielte (vgl. Art. 100 Abs. 1 GG) oder annähme, dass das Gesetz gegen die HV verstieße (vgl. Art 64 Abs. 2 HV). Beides ist nicht der Fall. Das Gesetz ist – wie gezeigt – erkennbar auslegungsbedürftig und auslegungsfähig.*"

III.

177 1. Die Nebenentscheidungen folgen aus §§ 154 Abs. 1 VwGO, 167 VwGO i.V.m. §§ 708Nr. 11, 711 ZPO.

178 2. Die Berufung wird gemäß §§ 124Abs. 2 Nr. 3, 124a Abs. 1 Satz 1 VwGO zugelassen, weil die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat. Das Anwesenheitsrecht von Betroffenen in Untersuchungsausschüssen der Hamburgischen Bürgerschaft ist durch eine obergerichtliche Entscheidung in einem Hauptsacheverfahren nicht geklärt. Auf die der Rechtsaufassung der Kammer in den Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes widersprechenden Beschlüsse des 5. Senats des Hamburgischen Oberverwaltungsgerichts vom 3.02.2010 (5 Bs 16/10, NordÖR 2010, 170) und vom 24.03.2010 (5 Bs 56/10) wird verwiesen.

Gericht:	VG Hamburg 20. Kammer
Entscheidungsdatum:	18.05.2010
Aktenzeichen:	20 K 817/10
ECLI:	ECLI:DE:VGHH:2010:0518.20K817.10.0A
Dokumenttyp:	Urteil
Quelle:	juris
Normen:	Art 2 GG, Art 1 GG, Art 20 GG, Art 44 GG, Art 103 GG... mehr
Zitiervorschlag:	VG Hamburg, Urteil vom 18. Mai 2010 – 20 K 817/10 –, juris

Anwesenheitsrecht eines Betroffenen bei der Beweisaufnahme vor dem Untersuchungsausschuss

Leitsatz

Im Verfahren eines von der Hamburgischen Bürgerschaft eingesetzten Untersuchungsausschusses hat eine Person, die Betroffener im Sinne von § 19 Abs. 1 HmbUAG ist, das grundsätzliche Recht zur Anwesenheit bei öffentlichen und nichtöffentlichen Beweisaufnahmen.(Rn.72)

Dieses Recht leitet sich - mangels einer ausdrücklichen Regelung durch das HmbUAG - aufgrund der mit der Rechtsstellung des Betroffenen verbundenen hohen Intensität des Eingriffs in das allgemeine Persönlichkeitsrecht sowohl aus der allgemeinen Handlungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG als auch aus der durch § 35 HmbUAG angeordneten "sinngemäßen" Anwendung der Vorschriften über den Strafprozess, hier §§ 168cAbs. 2, 230 StPO, ab.(Rn.79)

Der Betroffene ist gemäß § 19 Abs. 6 HmbUAG in sinngemäßer Anwendung des für Zeugen geltenden § 20 Abs. 2 HmbUAG befugt, einen Beistand hinzuziehen. Ist der Beistand ein Rechtsanwalt, steht ihm aus Art. 12 Abs. 1 GG ein eigenes Recht zur Anwesenheit zu (weiteres Urteil der Kammer vom 18.05.2010, 20 K 381/10; Anschluss an BVerfG, Beschl. v. 17.04.2000, NJW 2000, 2660 für den Zeugenbeistand).(Rn.105)

Diese Entscheidung wird zitiert

Rechtsprechung

Vergleiche VG Hamburg 20. Kammer, 18. Mai 2010, 20 K 381/10

Tenor

Es wird festgestellt, dass der Kläger grundsätzlich zur Teilnahme an öffentlichen und nichtöffentlichen Beweisaufnahmen des Beklagten zum Thema „HSH Nordbank" berechtigt ist.

Der Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens.

Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar. Der Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe der festzusetzenden Kosten abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Berufung wird zugelassen.

Tatbestand

1 Der Kläger begehrt die Feststellung, dass er als Betroffener im Sinne von § 19 des Gesetzes über die Untersuchungsausschüsse der Hamburgischen Bürgerschaftvom 27.08.1997 (HmbGVBl. 1997, 427 m.sp.Ä. – im Folgenden HmbUAG) zur Teilnahme an öffentlichen und nichtöffentlichen Beweisaufnahmen des Parlamentarischen Untersuchungsausschusses „HSH Nordbank" berechtigt ist.

2 Der Kläger war seit Mai 2007 … der HSH Nordbank AG. Am 31.03.2009 erstattete Rechtsanwalt Dr. … bei der Staatsanwaltschaft Hamburg „gegen Verantwortliche der HSH Nordbank AG" Strafanzeige wegen des Verdachts der Untreue. Wegen der Einzelheiten wird auf die (im Internet unter http://www.strate.net/de/dokumentation/Strafanzeige-HSH.pdf in Kopie veröffentlichte) Anzeige verwiesen. Seit Anfang April 2009 ermittelt die Staatsanwaltschaft Hamburg gegen Mitarbeiter der Bank. Diese Ermittlungen richten sich auch gegen den Kläger.

3 Die Bürgerschaft der Freien und Hansestadt Hamburg beschloss auf Grundlage der Bürgerschaftsdrucksache 19/3178 am 11.06.2009 die Einsetzung des – nunmehr beklagten – Parlamentarischen Untersuchungsausschusses „HSH Nordbank" (Plenarprotokoll 19/30), der sich antragsgemäß u.a. mit folgenden Komplexen auseinandersetzt:

4 **1. Ziele, Vorgaben und Methoden, mit denen die Geschäfte der HSH Nordbank betrieben wurden**

5 …

6 **2. Verantwortlichkeiten innerhalb der HSH Nordbank für die Entwicklung und Ausrichtung der Geschäftspolitik der Bank, insbesondere für Ausbau und Betrieb des Kreditersatzgeschäfts und des internationalen Immobiliengeschäfts**

7 In diesem Zusammenhang sind vor allem folgende Fragen zu klären:

8 2.1. Wer ist im Einzelnen für den erheblichen Ausbau und das Management des internationalen Immobiliengeschäfts und des Kreditersatzgeschäftes (CIP) verantwortlich?

9 2.2. Welche Informationen lagen den handelnden Personen beim Kauf der Papiere des CIP vor? Kannten sie die rechtlichen Daten und Haftungsverhältnisse der Papiere?

10 2.3. Wer ist im Einzelnen für die Gründung der Zweckgesellschaften verantwortlich?

11 2.4. Wer war im Einzelnen für die Umsetzung der Mindestanforderungen der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht an das Risikomanagement (Rundschreiben 18/2005) verantwortlich und wie wurden die Mindestanforderungen in der HSH Nordbank und ihren Tochter- bzw. Zweckgesellschaften umgesetzt?

12 2.5. War den handelnden Personen bekannt, dass Risiken eingegangen wurden, die, wenn sie sich verwirklichen, zum Untergang des Unternehmens führen können?

13 2.6. Welche Bemühungen gab es – insbesondere von Seiten des Aufsichtsratsvorsitzenden –, angesichts der Fehlentwicklungen etwaigen Pflichtverletzungen oder anderem Fehlverhalten in der HSH Nordbank nachzugehen, welche Ergebnisse hatten diese und welche Konsequenzen wurden gezogen?

14 **3. Handeln, Einflussnahme und Wissen von Mitgliedern des Vorstands, des Aufsichtsrats, des Senats und Bediensteten der Hamburger Behörden**

15 Diesbezüglich sind insbesondere folgende Fragen zu klären:

16 3.1. Wann haben welche Mitglieder des Vorstands, des Aufsichtsrats, des Senats und Bedienstete der Hamburger Behörden

17 3.1.1. die Geschäftspolitik der HSH Nordbank auf welche Art und Weise und mit welchen Methoden veranlasst, begleitet oder befördert?

18 3.1.2. von den damit verbundenen Risiken und Haftungsverhältnissen aufgrund welcher Hinweise oder Erkenntnisse gewusst oder hätten davon wissen können?

19 3.1.3. welche Vorgaben zur Risikokontrolle gegeben und welche Maßnahmen zur Überwachung ihrer Einhaltung getroffen?

20 3.2. Sind insbesondere die auf Seiten der Bank handelnden Personen mit ausreichender Sorgfalt ausgewählt worden?

21 3.3. Wann war dem Vorstand die Gefahr einer bedrohlichen Liquiditätslage bewusst? Wann wurde der Aufsichtsrat hierüber unterrichtet? Wie wurde darauf reagiert?

22 3.4. Inwiefern hat es kritische Fragen hinsichtlich des Immobilien- und Kreditersatzgeschäfts sowie zur Gesamtertragslage der Bank seitens des Aufsichtsrates gegeben? Wie wurde darauf seitens des Vorstandes reagiert?

23 3.5. Welche Maßnahmen ergriff der Aufsichtsrat, um seiner Kontrollfunktion bezüglich der Geschäfte, insbesondere des Kreditersatzgeschäfts, der HSH Nordbank gerecht zu werden? Warum erfolgte keine Sonderprüfung nach §§ 142 ff. Aktiengesetz?

24 3.6. Welche Hinweise z.B. von Anteilseignern oder Abschlussprüfern gab es zu welcher Zeit und wie haben Vorstand und Aufsichtsrat darauf reagiert?

25 3.7. Welche Mitglieder des Aufsichtsrates waren bereits im Dezember 2007 über Schwächen im Risikomanagement informiert? Wann sind derartige Informationen ggf. an den Senat und Behörden weitergeleitet worden?

26 3.8. Wann wurde von wem bzw. welchem Gremium die so genannte Aktion „Wetterfest" entwickelt und beschlossen? War der Aufsichtsrat in die Aktion eingebunden, einschließlich der Umsetzung des Beschlusses, das Kreditersatzgeschäft vollständig abzubauen?

27 Der Beklagte benannte am 4.11.2009 den Kläger im Rahmen seiner Untersuchungen als „Zeugen". Nach dem Eingangsstempel ging am 5.11.2009 bei dem Prozessbevollmächtigten des Klägers ein Schreiben der Staatsanwaltschaft Hamburg (5550 Js 4/09) vom 30.10.2009 ein. Darin unterrichtete die Staatsanwaltschaft den Prozessbevollmächtigten des Klägers davon, dass gegen den Kläger wegen des Verdachts der Untreue gemäß § 266 StGB im Zusammenhang mit dem Kreditengagement „Omega 55" der HSH Nordbank AG ein Ermittlungsverfahren eingeleitet worden sei.

28 Auf Antrag des Klägers erkannte der Beklagte diesem durch Beschluss vom 4.12.2009 den Status als Betroffener im Sinne des § 19 HmbUAG zu. Am selben Tag schloss der Beklagte den anwesenden Rechtsbeistand des Klägers (Antragsteller im Verfahren 20 E 333/10 und Kläger im Verfahren 20 K 381/10) von der öffentlichen Vernehmung des Zeugen Senator a.D. Dr. W. P. aus. In der schriftlichen Begründung vom 7.12.2009 stützte der Beklagte den Ausschluss des Rechtsbeistands gemäß § 11 Abs. 2 HmbUAG vor allem darauf, dass auch der Kläger von der Beweisaufnahme ausgeschlossen worden wäre, weil seine Vernehmung noch nicht abgeschlossen sei und die betreffenden Aussagen sich inhaltlich überschneiden könnten. Eine entsprechende, für den Zeugen in § 23 Abs. 1 Satz 1 HmbUAG formulierte Regelung, die die Unbefangenheit seiner Aussage schützen solle, gelte für den Betroffenen gemäß § 19 Abs. 4 HmbUAG

sinngemäß. Die Unbefangenheit der Aussage des Klägers werde aber nicht nur durch seine eigene Anwesenheit, sondern auch durch die Anwesenheit seines Rechtsbeistands während der Beweisaufnahme gefährdet. Ein Ausschluss des Klägers persönlich – der nicht anwesend war – erfolgte nicht.

29 Von der ihm gemäß § 19 Abs. 3 HmbUAG gewährten Möglichkeit zu einer zusammenhängenden Darstellung in der Sitzung vom 18.12.2009 machte der Kläger keinen Gebrauch; er erschien nicht.

30 Der Kläger beantragte am 14.12.2009 den Beklagten im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes zu verpflichten, ihn selbst und seinen Rechtsbeistand zu dessen öffentlichen und nichtöffentlichen Sitzungen zuzulassen. Diesem Antrag des Klägers entsprach die Kammer mit Beschluss vom 6.01.2010 (20 E 3486/09, juris). Diesen änderte das Hamburgische Oberverwaltungsgericht mit Beschluss vom 3.02.2010 (5 Bs 16/10, NordÖR 2010, 170) dahingehend ab, dass der Kläger nur insoweit zur Teilnahme an öffentlichen Beweisaufnahmen des Beklagten berechtigt sei, als er nicht für die Dauer der Vernehmung von Zeugen in Bezug auf Beweisthemen ausgeschlossen werde, für die seine spätere Befragung beschlossen worden sei. Außerdem setze die Teilnahme des Klägers an nichtöffentlichen Beweisaufnahmen eine besondere Gestattung durch den Vorsitzenden des parlamentarischen Untersuchungsausschusses gemäß § 11 Abs. 3 HmbUAG voraus. Der darüber hinaus gestellte Antrag in Bezug auf die Zulassung des Rechtsbeistands des Klägers wurde als unzulässig abgelehnt. Der Betroffene könne gerichtlich nur eigene Rechte geltend machen.

31 Als der Beklagte zwei Tage nach dem Beschluss des Hamburgischen Oberverwaltungsgerichts tagte, um in öffentlicher Sitzung den Vorstandsvorsitzenden der HSH Nordbank AG, Prof. Dr. N., zu vernehmen, befand sich der Rechtsbeistand des Klägers als Teil des Publikums erneut im Zuschauerraum. Der Beklagte schloss ihn, nachdem er ihm zuvor die Möglichkeit zur Stellungnahme gegeben hatte, abermals mit der Begründung von der Sitzung aus, er sei Rechtsbeistand eines Betroffenen, der zu demselben Thema wie ein in dieser Sitzung zu vernehmender Zeuge vernommen werden solle. Er beschloss außerdem, den Kläger als Betroffenen gemäß § 19 Abs. 4 HmbUAG zu befragen. Am 9.02.2010 begründete der Beklagte diesen Beschluss schriftlich und bezog sich dabei auf den Beschluss des Hamburgischen Oberverwaltungsgerichts vom 3.02.2010 und die dortigen Ausführungen über die Anwesenheitsrechte des Klägers, die über diejenigen seines Rechtsbeistands nicht hinausreichen könnten.

32 Der Rechtsbeistand des Klägers geht seither im eigenen Namen gegen seinen Ausschluss vom Beweiserhebungsverfahren des Beklagten vor. Am 12.02.2010 beantragte er einstweiligen Rechtsschutz (20 E 333/10). Am 16.02.2010 reichte er eine Klage in der Hauptsache ein (20 K 381/10). Mit Beschluss vom 18.02.2010 untersagte die Kammer dem Beklagten, den Rechtsbeistand des Klägers bis zu einer abschließenden Entscheidung des Gerichts im Hauptsacheverfahren 20 K 381/10 von Beweisaufnahmen in öffentlicher Sitzung mit der Begründung auszuschließen, der Antragsteller sei Rechtsbeistand eines Betroffenen, der zu denselben Themen wie ein in dieser Sitzung zu vernehmender Zeuge vernommen werden soll (20 E 333/10). Diesen Beschluss änderte das Hamburgische Oberverwaltungsgericht mit Beschluss vom 24.03.2010 (5 Bs 56/10) ab und lehnte den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung seinerseits ab. Der Antragsteller als Rechtsbeistand könne unter den gleichen Bedingungen ausgeschlossen werden wie sein Mandant; letzterer dürfe gemäß § 23 Abs. 1 i.V.m. § 19 Abs. 4 HmbUAG an solchen Beweisaufnahmen nicht teilnehmen, wolle man seine Unbefangenheit während seiner späteren eigenen Aussage nicht gefährden.

33 Der Kläger hat am 30.03.2010 Klage erhoben.

34 Er hält einen möglichen Ausschluss von der Beweisaufnahme für rechtswidrig. Dieser sei weder

mit dem Wortlaut des HmbUAG noch mit Verfassungsgrundsätzen zu vereinbaren. Vielmehr habe er als Betroffener einen Anspruch auf Anwesenheit. Dieser Anspruch ergebe sich jedenfalls aus Art. 2 Abs. 1 GG. Der Beklagte setze in unzutreffender Weise den Betroffenen mit einem Zeugen gleich und lege § 19 HmbUAG so aus, dass der Betroffene im Grunde nur ein Zeuge sei, dem lediglich eine zeitlich vorrangige Stellungnahmemöglichkeit eingeräumt werden müsse. Diese Auslegung sei gänzlich unzutreffend: Er, der Kläger, sei als Betroffener kein Zeuge, weshalb sein Ausschluss nicht auf eine sinngemäße Anwendung der für Zeugen geltenden Vorschrift des § 23 Abs. 1 Satz 1 HmbUAG gestützt werden könne. So werde in § 19 Abs. 3 HmbUAG terminologisch deutlich zwischen Zeugen und Betroffenen unterschieden. Die Aufnahme der Betroffeneneigenschaft in das Gesetz mache deutlich, dass es sich bei der Person des Betroffenen gerade nicht um einen Zeugen, sondern viel eher um eine Person handele, die in der StPO mit dem Beschuldigten bzw. Angeklagten vergleichbar sei.

35 Der Verweis in § 19 Abs. 3 HmbUAG auf die Regelung über Zeugen in § 23 HmbUAG könne nicht dahingehend verstanden werden, dass Zeugen grundsätzlich in Abwesenheit des oder der Betroffenen zu vernehmen seien. Der Betroffene sei gerade kein Zeuge im Sinne des § 23 HmbUAG. Entsprechend sei in § 19 Abs. 3 HmbUAG nur eine sinngemäße Anwendung des § 23 HmbUAG vorgesehen, die sich primär auf die sonstigen formalen Regelungen in § 23 HmbUAG beziehe.

36 Der Zweck der Regelung über die Vernehmung von Zeugen unter Ausschluss anderer Zeugen oder sogar der Öffentlichkeit sei in der Vermeidung von Fällen zu sehen, in denen der Zeuge durch die Anwesenheit einer anderen Person von einer wahrheitsgemäßen Aussage abgehalten werden könnte oder aber eine Anpassung nachfolgender Zeugenaussagen zu befürchten stehe. Keiner dieser Fälle treffe auf ihn als Betroffenen zu.

37 Im Übrigen fehle in § 19 HmbUAG ein Verweis auf die Zwangsmittel des § 25 HmbUAG. So könne etwa die Leistung eines Eides vom Betroffenen nicht erzwungen werden. Dies zeige die sehr deutliche Trennung im HmbUAG zwischen Zeugen und Betroffenen. Eine sinngemäße Anwendung des § 25 HmbUAG scheide aus, da in § 19 Abs. 4 HmbUAG nur auf § 23 HmbUAG, nicht aber auf § 25 HmbUAG verwiesen werde. Diese fehlenden Zwangsmittel verdeutlichten die wesentliche Anlehnung der Stellung des Betroffenen an diejenige des Beschuldigten in der StPO.

38 Das Anwesenheitsrecht des Betroffenen lasse sich zudem aus § 19 Abs. 5 HmbUAG ableiten. Gemäß Satz 2 seien einer Person, die - wie hier - erst im laufenden Untersuchungsverfahren die Stellung eines Betroffenen erlange, die bisherigen Untersuchungsergebnisse mitzuteilen, soweit diese sich auf die Person des Betroffenen bezögen. Im Zusammenhang mit § 19 Abs. 5 Satz 1 HmbUAG mache Satz 2 nur Sinn, wenn das Gesetz davon ausgehe, dass der Betroffene ein Anwesenheitsrecht bei zukünftigen Sitzungen habe. Denn aufgrund seiner Anwesenheit könne er alle wesentlichen Untersuchungshandlungen, soweit sie sich auf ihn bezögen, selbst wahrnehmen, so dass ihm darüber nicht mehr zu berichten sei. Ferner zeige diese Regelung auch die vorgenannten Parallelen zur StPO, die Prozesshandlungen in Abwesenheit des Beschuldigten/Angeklagten nur ausnahmsweise zulasse.

39 Der Betroffene sei gem. § 19 Abs. 1 HmbUAG mögliche Zielperson des Untersuchungsverfahrens. Der Beklagte halte es also für möglich, am Ende der Untersuchung eine wertende Äußerung über ihn abzugeben. Entsprechend müsse dem Betroffenen die Möglichkeit zur Stellungnahme eingeräumt werden. Dies sei in § 19 Abs. 3 HmbUAG vorgesehen. Hier stelle sich allerdings die Frage, wie ein Betroffener im fortschreitenden Verfahren von diesem Recht Gebrauch machen solle, wenn ihm die wesentlichen Ergebnisse der Ausschusstätigkeit vorenthalten würden. In diesem Sinne sei die von dem Beklagten vorgenommene Auslegung des HmbUAG of-

fensichtlich falsch, soweit sie davon ausgehe, das Anwesenheitsrecht während der Beweisaufnahme sei nicht von dem „Minimalkatalog" der Rechte des Betroffenen gedeckt.

40 Um seine Rechte als Betroffener umfassend - ggf. auch wiederholt - wahrnehmen zu können, sei die Anwesenheit in der öffentlichen wie der nichtöffentlichen Beweisaufnahme für ihn von wesentlicher Bedeutung. Der Grundsatz des fairen Verfahrens könne gegenüber ihm nur gewahrt werden, wenn ihm ein umfassendes Anwesenheitsrecht eingeräumt werde. Dies gelte umso mehr, als diverse Beweisaufnahmen des Beklagten in den bereits erfolgten Sitzungen zu einem erheblichen Teil nichtöffentlich durchgeführt worden seien, weil die betroffene Bank den Zeugen nur eingeschränkte öffentliche Aussagegenehmigungen erteilt hätte.

41 Der Verweis des Beklagten auf die historische Auslegung lasse kein anderes Ergebnis zu. Soweit auf die Einfügung eines Anwesenheitsrechtes des Betroffenen in dem Gesetzesentwurf tatsächlich durch Ablehnung eines Antrages im Gesetzgebungsverfahren verzichtet worden sei, könne daraus nicht im Umkehrschluss hergeleitet werden, dass dem Betroffenen ein Anwesenheitsrecht in der Beweisaufnahme grundsätzlich nicht zustehe. Eine Begründung für den Verzicht auf ein ausdrückliches Anwesenheitsrecht enthielten die Gesetzesbegründungen und Protokolle des Verfassungsausschusses gerade nicht.

42 Zudem könne sein Anwesenheitsrecht keinesfalls unter Rückgriff auf die Regelungen in den §§ 58, 243 StPO mit der Argumentation verweigert werden, dass ein Zeuge im Strafprozess für die Dauer der Vernehmung anderer Zeugen zu demselben Sachverhalt ausgeschlossen werden könne. Er sei gerade nicht einem Zeugen im Strafprozess gleichzustellen. Vielmehr stehe er als Betroffener einem Beschuldigten/Angeklagten im Strafverfahren nahe, so dass es bei der Grundregel des § 230 StPO, der gemäß § 35 HmbUAG anwendbar sei, bleiben müsse: Gegen einen ausgebliebenen Angeklagten finde eine Hauptverhandlung nicht statt. In diesem Rahmen und unter Heranziehung der vorgenannten Verfassungsgrundsätze stehe ihm zumindest ein passives Anwesenheitsrecht zu. Eine gestaltende Rechtsposition mache er ausdrücklich nicht geltend. Seine aktive Teilnahme beschränke sich auf die gesetzlich vorgesehene Stellungnahme nach § 19 Abs. 3 HmbUAG. Ein darüber hinausgehendes Fragerecht werde weder behauptet, noch angestrebt.

43 Der Kläger beantragt,

44 festzustellen, dass er grundsätzlich zur Teilnahme an öffentlichen und nicht öffentlichen Beweisaufnahmen zum Thema „HSH Nordbank" berechtigt ist.

45 Der Beklagte beantragt,

46 die Klage abzuweisen.

47 Zur Begründung verweist er auf die schriftliche Fassung seines Beschlusses vom 7.12.2009 und führt hierzu ergänzend aus: Es müsse sichergestellt sein, dass Zeugen ihre Aussagen ohne Kenntnis der Einlassungen anderer Zeugen oder Beteiligter tätigten. Gleiches gelte für Betroffene, die im Zuge der Beweisaufnahme zum Sachverhalt befragt würden. Aus diesem Grunde sei eine - bisher nicht erfolgte - Ausschließung des Klägers von der Teilnahme an der öffentlichen Beweisaufnahme rechtlich nicht zu beanstanden. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verlange der Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit die Aufrechterhaltung einer funktionstüchtigen Rechtspflege. Dementsprechend habe das Bundesverfassungsgericht wiederholt das öffentliche Interesse an einer möglichst vollständigen Wahrheitsermittlung betont und damit auch dem Ziel, die Unbefangenheit der zu vernehmenden Zeugen und Auskunftspersonen zu erhalten, ein hohes verfassungsrechtliches Gewicht beigemessen. Nicht zuletzt aufgrund dieser verfassungsrechtlichen Implikationen lege § 243 Abs. 2 Satz 1 StPO fest,

dass im Strafprozess Zeugen den Sitzungssaal zu verlassen hätten. Ebenfalls aus diesem Grunde schreibe § 58 Abs. 1 Satz 1 StPO vor, dass die Zeugen einzeln und in Abwesenheit der später zu hörenden Zeugen zu vernehmen seien. Die auf das Strafverfahren bezogenen Überlegungen ließen sich auf das Verfahren der parlamentarischen Untersuchungsausschüsse übertragen, weil auch insoweit ein überragendes öffentliches Interesse an einer zutreffenden und unverfälschten Sachverhaltsermittlung bestehe. Dies zeige nicht zuletzt der Umstand, dass das HmbUAG in Gestalt des § 23 Abs. 1 Satz 1 eine mit § 58 Abs. 1 Satz 1 StPO inhaltlich identische Vorschrift enthalte. Danach seien Zeugen auch von einem parlamentarischen Untersuchungsausschuss einzeln und in Abwesenheit anderer Zeugen zu vernehmen.

48 Da der Kläger am 4.11.2009 als Zeuge benannt worden sei, stelle er einen später zu hörenden Zeugen im Sinne des § 23 Abs. 1 Satz 1 HmbUAG dar. Die Rechtmäßigkeit eines ggf. erfolgenden Ausschlusses des Klägers von der Vernehmung anderer Auskunftspersonen folge daher aus § 23 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 11 Abs. 2 Satz 1 zweite Alternative HmbUAG. Aus dem Umstand, dass der Kläger nicht nur als Zeuge benannt sei, sondern auch den rechtlichen Status eines Betroffenen i.S.v. § 19 HmbUAG innehabe, ergebe sich nichts Gegenteiliges. Gemäß § 19 Abs. 1 HmbUAG seien Betroffene natürliche Personen, über die der Untersuchungsausschuss in seinem Bericht eine wertende Äußerung abgeben wolle. Betroffenen sei gemäß § 19 Abs. 3 HmbUAG Gelegenheit zu geben, zeitlich vor Zeugen und Sachverständigen eine zusammenhängende Darstellung zu geben. Im Anschluss daran könne der Untersuchungsausschuss Betroffene wie Zeugen befragen (§ 19 Abs. 4 Satz 1 HmbUAG), wobei gemäß § 19 Abs. 4 Satz 2 HmbUAG die Vorschrift des § 23 HmbUAG sinngemäß gelte. Das HmbUAG stelle durch diese Verweisung klar, dass sich der Betroffenen- und der Zeugenstatus nicht kategorisch ausschlössen. Vielmehr könne ein Betroffener ungeachtet seiner diesbezüglichen Rechtsstellung - und nach Gewährung der in § 19 Abs. 3 HmbUAG vorgesehenen Möglichkeit einer zusammenhängenden Darstellung - im weiteren Verlauf der Beweisaufnahme wie ein Zeuge vernommen werden. Von Zeugen unterschieden sich Betroffene dadurch, dass über sie eine wertende Äußerung abgegeben werden solle (§ 19 Abs. 1 HmbUAG) und dass sie vor Beginn der Beweisaufnahme das Recht zu einer zusammenhängenden Darstellung hätten (§ 19 Abs. 3 HmbUAG). Im Übrigen, d. h. insbesondere nach Gewährung der Möglichkeit einer zusammenhängenden Darstellung, bestünden zwischen den Rechten und Pflichten eines Betroffenen und denen eines Zeugen keine maßgeblichen Unterschiede. Auch dies folge aus § 19 Abs. 4 Satz 2 HmbUAG, wonach die für Zeugen geltende Vorschrift des § 23 HmbUAG uneingeschränkt auch auf die vom Untersuchungsausschuss zu befragenden Betroffenen Anwendung finde. Kraft dieses Verweises gelte insbesondere die Regelung des § 23 Abs. 1 Satz 1 HmbUAG entsprechend. Danach seien Betroffene wie Zeugen einzeln und in Abwesenheit der später zu hörenden Betroffenen und Zeugen, bei nichtöffentlicher Beweiserhebung auch in Abwesenheit der bereits vernommenen Betroffenen und Zeugen, zu vernehmen. Daraus folge, dass der Kläger aus seinem Betroffenenstatus keine Privilegierung dergestalt ableiten könne, dass auf ihn die für Zeugen geltenden Vorschriften des § 23 Abs. 1 Satz 1 HmbUAG keine Anwendung fänden. Da er die Befragung des Klägers bereits beschlossen habe, gelte aufgrund des § 19 Abs. 4 Satz 2 HmbUAG auch für ihn, dass er entsprechend dem im Strafverfahren geltenden und in § 23 Abs. 1 Satz 1 HmbUAG ausdrücklich auch für das Untersuchungsverfahren statuierten Grundsatz einstweilen nicht an der Vernehmung anderer Zeugen bzw. Betroffener teilnehmen dürfe.

49 Bestätigt werde die Richtigkeit dieser Rechtsauffassung durch die Gesetzeshistorie. Ein im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens von einem fraktionslosen Abgeordneten gestellter Antrag, Betroffenen ein Recht zur Anwesenheit bei der Beweisaufnahme einzuräumen, sei im Verfassungsausschuss der Hamburgischen Bürgerschaft einstimmig abgelehnt worden. Dass sich der Hamburgische Gesetzgeber bewusst gegen ein solches Anwesenheitsrecht entschieden habe, zeige auch ein Vergleich mit der in Schleswig-Holstein geltenden und bei Erlass der hiesigen

Normen bereits existierenden Vorschrift des dortigen § 18 des Untersuchungsausschussgesetzes, der ein solches Recht begründe. Dass das Hamburgische Gesetz weder ein Anwesenheits- noch ein Beweisanregungs- und Fragerecht zugunsten der Betroffenen begründe, beruhe auf einer bewussten Entscheidung des Gesetzgebers und lasse sich auch im Wege einer Gesetzesauslegung nicht ändern. Als geradezu spekulativ müsse das Argument des Verwaltungsgerichts bezeichnet werden, der Gesetzgeber habe möglicherweise bewusst von einer Entscheidung abgesehen und die weitere Entwicklung der Rechtsprechung überantwortet. Für einen solchen Beweggrund des Gesetzgebers gebe es keinerlei Anhaltspunkte.

50 Soweit der Kläger vortrage, seine Rechtsstellung gleiche derjenigen eines Beschuldigten bzw. Angeklagten im Strafverfahren, solle daraus offenbar ein permanentes Anwesenheitsrecht abgeleitet werden, wie es der in § 230 StPO statuierten Anwesenheitspflicht des Angeklagten entspreche. Wenn er so argumentiere, übersehe der Kläger, dass die Bestimmungen der Strafprozessordnung gemäß § 35 HmbUAG nur insoweit sinngemäß gälten, als das HmbUAG keine besonderen Vorschriften enthalte. Just dies sei in Gestalt der §§ 23 Abs. 1 Satz 1, 19 Abs. 4 Satz 2 HmbUAG aber der Fall. Das HmbUAG regele in den genannten Vorschriften die Anwesenheit von Zeugen und - kraft der Verweisung in § 19 Abs. 4 Satz 2 - von noch zu befragenden Betroffenen bei der Beweisaufnahme abschließend, so dass für eine ergänzende Anwendung der Strafprozessordnung kein Raum bleibe. Dies gelte umso mehr, als sich der Verweis auf die ergänzende Anwendbarkeit des Strafprozessrechts lediglich auf Vorschriften beziehe, in denen die den Strafverfolgungsorganen zustehenden Befugnisse zur Aufklärung des Sachverhalts und deren Grenzen umschrieben seien. Nicht in Bezug genommen würden hingegen Bestimmungen, die Betroffenen bei der Erforschung des Sachverhalts bestimmte Beteiligungs- und Mitwirkungsrechte gewährten. Hierzu werde auf die Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts Münster (Beschl. v. 2.09.1986, NVwZ 1987, 606, 607) verwiesen.

51 Auch die in § 19 Abs. 4 Satz 2 HmbUAG angeordnete bloß „sinngemäße" Anwendbarkeit des § 23 HmbUAG habe nicht den Aussagegehalt, den der Kläger ihr beimesse. Aufgrund des Verweises gelte die gesamte Vorschrift des § 23 HmbUAG - und damit auch Absatz 1 Satz 1 - für Betroffene entsprechend. Das Adjektiv „sinngemäß" habe allein die Funktion, die sprachlich auf Zeugen bezogene Vorschrift des § 23 HmbUAG auch für Betroffene anwendbar zu machen. Sinngemäße Geltung des § 23 HmbUAG bedeute somit Geltung auch für - nicht in § 23 HmbUAG erwähnte - Betroffene. Eine lediglich partielle Geltung einiger der in § 23 HmbUAG enthaltenen Regelungen für Betroffene bei gleichzeitiger Unanwendbarkeit anderer Regeln lasse sich im Wege der juristischen Auslegung nicht begründen. Die Auffassung des Klägers, der Verweis beziehe sich nur „auf die sonstigen formalen Regelungen in § 23" und sei nicht auf § 23 Abs. 1 Satz 1 HmbUAG anwendbar, werfe die Frage auf, anhand welcher Kriterien der Kläger entscheiden möchte, welche Regelungen des § 23 HmbUAG anwendbar sein sollen und welche nicht. Auch der Sinn und Zweck der Vorschrift gebiete keine Einschränkung. Zur Wahrheitsfindung könnten gerade bei komplexen Sachverhalten nicht nur Aussagen von Zeugen beitragen, sondern auch die Äußerungen Betroffener. Deswegen verfolgten die §§ 19 Abs. 4 Satz 2, 23 Abs. 1 Satz 1 HmbUAG das legitime Ziel, auch die Unbefangenheit der Betroffenen in ihrer Eigenschaft als künftig zu befragende Auskunftspersonen zu erhalten.

52 Ferner lasse sich aus § 19 Abs. 5 HmbUAG nichts Gegenteiliges herleiten. Die Vorschrift regele die Konstellation, wie zu verfahren sei, wenn jemand erst im Verlauf der Untersuchung die Stellung eines Betroffenen erhalte. Sie schreibe mit Blick auf die bereits zurückliegenden Untersuchungshandlungen vor, dass diese wirksam blieben (Satz 1), und sehe zudem vor, dass die zum Betroffenen gewordene Person grundsätzlich über die wesentlichen Untersuchungshandlungen und deren Ergebnisse zusammengefasst zu unterrichten sei, soweit sie sich auf sie bezögen. Weitergehende Folgerungen ließen sich aus § 19 Abs. 5 HmbUAG nicht ableiten. Insbesondere könne aus einer auf vergangene Ereignisse bezogenen Unterrichtungspflicht nicht

ein Recht auf künftige Teilnahme an den Sitzungen abgeleitet werden. § 19 Abs. 5 HmbUAG enthalte gewissermaßen eine „Überleitungsvorschrift", die regele, welche Rechte ein Neu-Betroffener in einem bereits laufenden Untersuchungsverfahren habe. Nach Gewährung dieser Rechte und mithin nach ordnungsgemäßer Einbeziehung in das Untersuchungsverfahren sei der Betroffene nicht länger Neu-Betroffener. Er sei vielmehr schlicht Betroffener, auf den die allgemeinen Regelungen des § 19 HmbUAG und - via § 19 Abs. 4 Satz 2 HmbUAG - des § 23 HmbUAG Anwendung fänden. Insbesondere gewähre § 19 HmbUAG Betroffenen kein Recht zu einer wiederholten Stellungnahme. Die durch § 19 Abs. 3 HmbUAG begründete Privilegierung Betroffener bestehe einzig darin, dass ihnen vor Beginn der Beweisaufnahme - oder in der Konstellation des § 19 Abs. 5 HmbUAG vor deren Fortsetzung - die Gelegenheit zu einer einmaligen zusammenhängenden Darstellung gegeben werde. Von einem wiederholten Äußerungsrecht, aus dem ein Anwesenheitsrecht abgeleitet werden könne, sei im HmbUAG nicht die Rede.

53 Auch ein verfassungsrechtlich begründetes Recht des Klägers zur Teilnahme an den öffentlichen Beweisaufnahmen existiere nicht. Das HmbUAG gewähre den Betroffenen Rechte lediglich im Umfang eines „Minimalkatalogs". Über dieses Minimum an rechtsstaatlichen Verfahrensgarantien hinausgehende Rechte und insbesondere ein umfassendes Anwesenheitsrecht bestünden auch von Verfassungs wegen nicht. Verfassungsrechtlich müsse lediglich sichergestellt sein, dass sich Betroffene hinreichend zu dem entscheidungserheblichen Sachverhalt äußern und mit ihren Äußerungen auf Gang und Ergebnis des Verfahrens Einfluss nehmen könnten. Dies sei vorliegend angesichts der Regelungen des § 19 HmbUAG gewährleistet. Dies gelte erst recht im Hinblick auf den vom Kläger geltend gemachten Anspruch auf Teilnahme an den nichtöffentlichen Beweiserhebungen. Ein solches Recht werde weder durch das HmbUAG begründet, noch gelte es unmittelbar von Verfassungs wegen. § 11 Abs. 3 bis 5 HmbUAG regele abschließend, welche Personen an nichtöffentlichen Sitzungen teilnehmen dürften; der Kläger als Betroffener zähle nicht dazu. Insbesondere stelle § 11 Abs. 3 Satz 1 HmbUAG es in das Ermessen des Vorsitzenden des Ausschusses, bei nichtöffentlichen Sitzungen anderen als den generell teilnahmeberechtigten Personen die Anwesenheit zu gestatten. Diese zugunsten des Ausschussvorsitzenden bestehende Ermächtigung zum Erlass einer Ermessensentscheidung würde unterlaufen und ausgehöhlt, wenn dem Kläger gerichtlicherseits ein permanentes Anwesenheitsrecht zugesprochen würde. Auch die Hamburgische Verfassung gewähre kein Recht zur Teilnahme an nichtöffentlichen Beweisaufnahmen. Ein entsprechendes Recht sei zur Wahrung eines verfassungsrechtlichen Mindestmaßes an rechtlichem Gehör nicht geboten. Dem Einwand des Klägers, er müsse als Betroffener auch vom Inhalt nichtöffentlicher Beweisaufnahmen Kenntnis erlangen, könne durch eine nachträgliche Unterrichtung seitens des Ausschussvorsitzenden Rechnung getragen werden. Auch § 247 Satz 4 StPO sehe eine entsprechende Praxis vor, ohne dass insoweit verfassungsrechtliche Bedenken geäußert würden.

54 Auch ein sich aus § 11 Abs. 1 HmbUAG bzw. Art. 26 Abs. 1 Satz 2 der Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg (im Folgenden: HV) ergebendes Anwesenheitsrecht bestehe nicht, da der Kläger nicht Teil der Öffentlichkeit sei.

55 Die Auffassung des Verwaltungsgerichts, ein Anwesenheitsrecht ergebe sich aus Art. 2 Abs. 1 GG, hätte zur Folge, dass eine Vorlage an das Verfassungsgericht erforderlich geworden wäre. Die Einschaltung des Verfassungsgerichts sei jedenfalls dann notwendig, wenn ein Anwesenheitsrecht unmittelbar aus der Verfassung abgeleitet werde. Dadurch geschehe nämlich der Sache nach nichts anderes, als dass das HmbUAG, welches kein Anwesenheitsrecht zugunsten Betroffener vorsehe, als teilweise verfassungswidrig eingestuft werde.

56 Auch lasse sich ein vom Verwaltungsgericht herangezogener „allgemeiner Grundsatz" des in Rede stehenden Inhalts nicht aus dem als Teil des Rechtsstaatsprinzips gewährleisteten Recht

auf ein faires Verfahren ableiten. Bei der Ausgestaltung des parlamentarischen Untersuchungsverfahrens sei dieses Gebot fairer Verfahrensführung zu berücksichtigen. Verfassungsrechtlich geboten sei dabei jedoch allein ein Mindestbestand an verfahrensrechtlichen Mitwirkungsbefugnissen. Denn das Recht auf ein faires Verfahren enthalte nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts keine in allen Einzelheiten bestimmten Ge- und Verbote; es bedürfe der Konkretisierung je nach den sachlichen Gegebenheiten. Bei der Weite und Unbestimmtheit des Rechtsstaatsprinzips sei es grundsätzlich Sache des Gesetzgebers, zwischen möglichen Alternativen bei der normativen Konkretisierung eines Verfassungsgrundsatzes zu wählen. Erst wenn sich bei Berücksichtigung aller Umstände und nicht zuletzt der im Rechtsstaatsprinzip selbst angelegten Gegenläufigkeiten unzweideutig ergebe, dass rechtsstaatlich unverzichtbare Erfordernisse nicht mehr gewahrt seien, könnten aus diesem Prinzip selbst konkrete Folgerungen für die Ausgestaltung des Verfahrens im Rahmen der vom Gesetzgeber gewählten Grundstruktur gezogen werden. Das Verwaltungsgericht habe demgegenüber zu Unrecht die Rolle eines Erstinterpreten der Verfassung eingenommen. Es habe gleichsam an Stelle des Gesetzgebers agiert und dessen vermeintlich fehlende - tatsächlich aber vorhandene und ablehnende - Entscheidung zugunsten eines Anwesenheitsrechts des Betroffenen korrigiert, ja durch die apodiktische und nicht näher begründete Bejahung eines solchen Rechts in ihr Gegenteil verkehrt.

57 Selbst wenn man jedoch im Ausgangspunkt mit dem Verwaltungsgericht ein prinzipielles Recht des Klägers auf Anwesenheit bejahen wollte, bliebe es dabei, dass dieses Recht durch die §§ 23 Abs. 1 Satz 1, 19 Abs. 4 Satz 2 HmbUAG wirksam ausgeschlossen werde. Wenn dort die sinngemäße Geltung des § 23 HmbUAG für Betroffene angeordnet werde, bedeute dies nicht, dass der Rechtsanwender derart komplexe Überlegungen anzustellen habe, wie sie das Verwaltungsgericht im Beschluss vom 6.01.2010 für nötig erachtet habe. Das Gericht setze sich auch hier an die Stelle des Gesetzgebers und messe dem Gesetz einen Inhalt bei, den man ihm unter Anwendung der juristischen Auslegungsmethoden nicht entnehmen könne. So sei es schon im Ausgangspunkt fehlerhaft, wenn das Verwaltungsgericht bei der Interpretation des Begriffs „sinngemäß" in der Verweisungsnorm des § 19 Abs. 4 Satz 2 HmbUAG darauf abstelle, dass „bei der analogen Anwendung gemäß dem vom Rechtsanwender zu ermittelnden Sinn der Vorschrift zu verfahren" sei.

58 Auch den Ausführungen des Verwaltungsgerichts zur Vergleichbarkeit der Rechtsstellung des Betroffenen mit derjenigen eines Beschuldigten im Strafverfahren mangele es an Überzeugungskraft. Gegen eine Vergleichbarkeit beider Rechtspositionen sprächen die vollkommen unterschiedlichen Zielrichtungen eines Strafverfahrens und eines parlamentarischen Untersuchungsverfahrens. Obschon sich aus einem Untersuchungsverfahren für den Betroffenen gewichtige persönliche und wirtschaftliche Nachteile ergeben könnten, trete ihm der Staat in diesem Verfahren nicht mit einem Strafanspruch gegenüber. Korrespondierend damit werde auch im Schlussbericht der Enquete-Kommission Verfassungsreform des Deutschen Bundestages aus dem Jahr 1976 der Unterschied zwischen einem Strafverfahren und einem parlamentarischen Untersuchungsverfahren betont.

59 Auch eine etwaige „Prangerwirkung" führe nicht zur Zulässigkeit einer Gleichsetzung von Betroffenem und Beschuldigtem. Parlamentarische Untersuchungen im Hinblick auf Privatpersonen kämen nur in Betracht, wenn diese besonderen öffentlich-rechtlichen Bindungen unterlägen oder ein hinreichend gewichtiges öffentliches Aufklärungsinteresse bestehe. Sei dies der Fall, so müssten Betroffene hinnehmen, dass ein durch den Untersuchungsausschuss aufgedecktes Fehlverhalten und ihre Verantwortlichkeit dafür publik würden.

60 Überdies begründe auch § 230 StPO kein ausnahmsloses Recht des Angeklagten auf Anwesenheit in der Hauptverhandlung. So könne z.B. nach § 247 StPO zum Schutz der Sachaufklärung die Beweisaufnahme in Abwesenheit des Angeklagten durchgeführt werden. Rechtlich – auch

verfassungsrechtlich – ausreichend sei insofern die in § 247 StPO gesetzlich vorgesehene Möglichkeit einer nachträglichen Unterrichtung.

61 Soweit sich das Verwaltungsgericht zur Bekräftigung seiner Rechtsauffassung auf die in Schleswig-Holstein und auf Bundesebene geltenden Regelungen berufe, sei auch das nicht überzeugend. Das Gesetz zur Regelung des Rechts der Untersuchungsausschüsse des Deutschen Bundestages (im Folgenden: PUAG) kenne den Status des Betroffenen nicht. Der vom Verwaltungsgericht angeführte § 32 PUAG begründe keine Rechte zugunsten solcher Personen, die in Hamburg den Status eines Betroffenen erhielten. Er erfasse nicht sämtliche Personen, über die der Untersuchungsausschuss eine wertende Äußerung abgeben wolle (vgl. § 19 Abs. 1 HmbUAG), sondern begünstige nur Personen, „die durch die Veröffentlichung des Abschlussberichtes in ihren Rechten erheblich beeinträchtigt werden können". Der Begünstigtenkreis des § 32 Abs. 1 PUAG sei demnach von vornherein deutlich enger als - bei Zugrundelegung der Definition des § 19 Abs. 1 HmbUAG - der Kreis potentieller Betroffener. Der Hamburgische Gesetzgeber habe sich in Kenntnis von § 18 Abs. 2 und 5 des Gesetzes zur Regelung des Rechts der parlamentarischen Untersuchungsausschüsse des Landes Schleswig-Holstein (im Folgenden: UAG SH) bewusst gegen ein Anwesenheitsrecht der Betroffenen bei Beweisaufnahmen entschieden.

62 Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Gerichtsakte dieses Verfahrens sowie den Inhalt der Akten 20 K 3388/09, 20 E 3389/09, 20 E 3486/09, 20 E 333/10 und 20 K 381/10, die zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht worden sind, Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

63 Die Klage ist zulässig (I.) und begründet (II.).

I.

64 Die Klage ist zulässig.

65 Der Verwaltungsrechtsweg ist gegeben (1.). Der in der mündlichen Verhandlung am 18.05.2010 gestellte Feststellungsantrag ist gemäß § 43 VwGO statthaft (2.).

66 1. Der Verwaltungsrechtsweg ist gemäß § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO eröffnet.

67 Gemäß § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO ist der Verwaltungsrechtsweg in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben, soweit die Streitigkeiten nicht durch Bundesgesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen sind. Vorliegend handelt es sich nicht um eine verfassungsrechtliche Streitigkeit. Denn nur der Beklagte ist ein am Verfassungsleben mit Verfassungsrechten beteiligtes Organ (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 27.05.1986, NVwZ 1987, 610). Es besteht auch keine aufdrängende Sonderzuweisung zu den ordentlichen Gerichten nach § 13 GVG, weil gemäß Art. 26 Abs. 2 Satz 1 HV für die Beweiserhebung die Vorschriften über den Strafprozess sinngemäß gelten. Dies entspricht der einhelligen Auffassung in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. OVG Münster, Urt. v. 24.03.1998, NJW 1999, 80 m.w.N.). Ein Beschluss eines Untersuchungsausschusses, der einzelne Personen für die gesamte Dauer der Sitzung oder für einzelne Abschnitte der Beweiserhebung von der Anwesenheit ausschließt, stellt ungeachtet einer etwaigen Anwendung der Vorschriften der Strafprozessordnung keine Strafsache dar (ebenso für die Vorlage von Akten durch den Senat: HVerfG, Urt. v. 26.06.1995, 1/95, juris). Entscheidend ist nicht der Zweck, dem die Maßnahme dienen soll, sondern vielmehr die funktionelle Einordnung der Maßnahme im Rechtsgefüge (BGH, Beschl. v. 12.01.2001, BGHSt 46, 261). Parlamentari-

schen Untersuchungsausschüssen kommt insoweit eine behördenähnliche Stellung zu. Es handelt sich um Verwaltungstätigkeit des Parlaments, deren Rechtmäßigkeit deshalb durch die Verwaltungsgerichte nachgeprüft werden kann (vgl. u.a. VGH Kassel, Beschl. v. 29.10.1995, NVwZ-RR 1996, 683).

68 Auch Art. 26 Abs. 5 Satz 1 HV, wonach die Beschlüsse der Untersuchungsausschüsse der richterlichen Erörterung entzogen sind, ist hier nicht einschlägig. Durch die genannte Vorschrift soll die Unabhängigkeit der Bürgerschaft bei der Kontrolle der Exekutive gewährleistet werden (vgl. BVerfG, Beschl. v. 17.7.1995, BVerfGE 93, 195 zu Art. 25 Abs. 6 Satz 1 HV a.F.). Diese Bestimmung bezieht sich damit nur auf diejenigen Beschlüsse, die das Ergebnis der Untersuchung feststellen, nicht dagegen auf solche Maßnahmen, die unmittelbar Rechtswirkungen gegenüber den Staatsbürgern entfalten (VG Hamburg, Urt. v. 11.11.1986, NJW 1987, 1568).

69 2. Dem Kläger steht für eine Feststellungsklage nach § 43 Abs. 1 VwGO das erforderliche Feststellungsinteresse zur Seite. Zwar hat der Beklagte bisher nicht den Kläger persönlich, sondern allein dessen Verfahrensbevollmächtigten von der Teilnahme an Beweiserhebungen des Ausschusses ausgeschlossen. Aus der schriftlichen Begründung des Ausschlusses vom 7.12.2009 und der Klageerwiderung ergibt sich aber gleichermaßen, dass der Beklagte auch den Kläger selbst als Beteiligten im Sinne von § 19 Abs. 1 HmbUAG nicht zur Teilnahme an der Beweisaufnahme für berechtigt hält.

70 Der Feststellung steht auch § 43 Abs. 2 Satz 1 VwGO nicht entgegen. Danach kann die Feststellung nicht begehrt werden, soweit der Kläger seine Rechte durch Gestaltungs- oder Leistungsklage verfolgen kann oder hätte verfolgen können. Dieser Ausschlusstatbestand greift nicht ein. § 43 Abs 2 Satz 1 VwGO steht der Zulässigkeit der Feststellungsklage schon deswegen nicht entgegen, weil die dort angeordnete Subsidiarität jedenfalls dann entfällt, wenn eine Umgehung der insbesondere für die Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen geltenden Sonderregeln nicht in Betracht kommt (vgl. BVerwG, Urt. v. 2.07.1976, BVerwGE 51, 69). So liegt es hier. Denn besondere, weitergehende Sachurteilsvoraussetzungen ergäben sich bei einer alternativ denkbaren (vorbeugenden) Unterlassungsklage nicht. Im Übrigen wäre eine solche Klage nicht rechtsschutzintensiver. Feststellungsklagen, die von Privatpersonen gegen den Bund, die Länder oder andere juristische Personen des öffentlichen Rechts anstelle einer an sich gemäß § 43 Abs. 2 Satz 1 VwGO vorrangigen Leistungsklage erhoben werden, sind regelmäßig zulässig. Bei solchen Beklagten kann angesichts ihrer verfassungsrechtlich verankerten Bindung an Gesetz und Recht nach Art. 20 Abs. 3 GG vermutet werden, dass sie das ergehende Feststellungsurteil unabhängig von dessen mangelnder Vollstreckbarkeit respektieren werden (BVerwG, Beschl. v. 12.07.2000, BVerwGE 111, 306). Der Beklagtenvertreter hat in der mündlichen Verhandlung am 18.05.2010 bestätigt, dass sich der Beklagte auch an ein (rechtskräftiges) Feststellungsurteil halten wird.

II.

71 Die Klage hat auch in der Sache Erfolg.

72 Dem Kläger als Betroffenen i.S.v. § 19 Abs. 1 HmbUAG steht ein grundsätzliches Recht auf Teilnahme an öffentlichen und nichtöffentlichen Beweisaufnahmen des Beklagten aus Art. 2 Abs. 1 GG (1.), auch aus § 35 HmbUAG in Verbindung mit den Vorschriften über den Strafprozess, §§ 168 cAbs. 2, 230 StPO (2.), zu. Dieses Recht besteht gegenüber dem beklagten Untersuchungsausschuss, nicht gegenüber der Freien und Hansestadt Hamburg bzw. der Hamburgischen Bürgerschaft (3.). Die im Tenor dieses Urteils vorgenommene Beschränkung auf ein „grundsätzliches" Recht zur Anwesenheit stellt klar, dass sich insbesondere aus § 12 HmbUAG und § 35 HmbUAG i.V.m. § 247 StPO Einschränkungen des grundrechtlichen Teilnahmerechts in Einzelfällen ergeben können (4.). Eine Verpflichtung zur Vorlage an ein Verfas-

sungsgericht besteht entgegen der Ansicht des Beklagten nach alledem nicht (5.).

73 1. Dem Kläger als Betroffenen i.S.v. § 19 Abs. 1 HmbUAG steht ein – grundsätzliches – Recht auf Teilnahme an öffentlichen und nichtöffentlichen Beweisaufnahmen des Beklagten gemäß Art. 2 Abs. 1 GG zu.

74 Der Kläger hat ein aus seinem Grundrecht auf allgemeine Handlungsfreiheit folgendes Recht auf Teilnahme (a)). Eine diesem grundsätzlichen Recht auf Teilnahme entgegenstehende, im Hinblick auf die hohe Eingriffsintensität eines Ausschlusses erforderliche ausdrückliche gesetzliche Regelung besteht für Betroffene nach § 19 Abs. 1 HmbUAG nicht (b)).

75 a) Das Teilnahmerecht des Klägers als Betroffenem i.S.v. § 19 Abs. 1 HmbUAG ergibt sich aus Art. 2 Abs. 1 GG. Mit der freien Entfaltung der Persönlichkeit ist dort eine allgemeine Handlungsfreiheit gemeint (vgl. grundlegend BVerfG, Urt. v. 16.01.1957, BVerfGE 6, 32). Auf den Fall des Klägers bezogen bedeutet dies, dass er – in der Diktion des Bundesverfassungsgerichts (a.a.O.) – gemäß der „grundsätzlichen Freiheitsvermutung" des Art. 2 Abs. 1 GG als Betroffener im Sinne von § 19 Abs. 1 HmbUAG solange und soweit an den Beweisaufnahmen des Beklagten teilnehmen kann, als er hierdurch nicht gegen die „verfassungsmäßige Ordnung […] verstößt". Ein solcher Verstoß scheidet hier aus, weil die mit der „verfassungsmäßigen Ordnung" angesprochenen (formell und materiell mit dem Grundgesetz in Einklang stehenden) Rechtsnormen dem Kläger den Zugang nicht verbieten.

76 b) Eine im Hinblick auf die Eingriffsintensität notwendige ausdrückliche gesetzliche Einschränkung des grundrechtlich gewährleisteten Rechts auf Anwesenheit fehlt.

77 Gesetzliche Vorschriften müssen, wenn sie Grundrechtseingriffe vorsehen oder zulassen, den rechtsstaatlichen Grundsätzen der Normklarheit und -bestimmtheit entsprechen. Diese Grundsätze sollen sicherstellen, dass die Exekutive für ihr Verhalten steuernde und begrenzende Handlungsmaßstäbe vorfindet und dass die Gerichte die Rechtskontrolle durchführen können; ferner soll sich der betroffene Bürger auf mögliche belastende Maßnahmen einstellen können. Der Anlass, der Zweck und die Grenzen des Eingriffs müssen in der Ermächtigung bereichsspezifisch, präzise und normenklar festgelegt werden (vgl. BVerfG, Urt. v. 27.07.2005, BVerfGE 113, 348). Die konkreten Anforderungen sind dabei von der Eingriffsintensität abhängig (vgl. BVerfG, Beschl. v. 23.02.2007, 1 BvR 2368/06, DVBl 2007, 497). Dies zugrunde gelegt, ist wegen der Eingriffsintensität (aa)) eine ausdrückliche gesetzliche Regelung eines Ausschlusses erforderlich, an der es vorliegend fehlt (bb)).

78 aa) Ausgehend von der gesetzlichen Regelung über den Betroffenen in § 19 Abs. 1 HmbUAG ist generell von einer hohen Eingriffsintensität auszugehen.

79 Schon die Rechtsstellung als Betroffener i.S.v. § 19 Abs. 1 HmbUAG ist mit einer hohen Eingriffsintensität verbunden. Bereits hierin ist ein erheblicher Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG zu sehen. Indem tatsächliche oder eben auch nur vermeintliche „Verfehlungen" des Betroffenen vor einer Medienöffentlichkeit erörtert werden, nimmt § 19 Abs. 1 HmbUAG seinerseits nicht nur eine hohe Eingriffsintensität zur Erreichung der mit dem Gesetz verfolgten Ziele in Kauf, sondern beabsichtigt sie geradezu. Dies ergibt sich schon aus dem vom Gesetzgeber in § 19 Abs. 1 HmbUAG gewählten Begriff „Betroffener", also der Bezeichnung für eine Person, die den Untersuchungsgegenstand betrifft und von ihm betroffen wird. Bei der beabsichtigten „wertenden Äußerung" gemäß § 19 Abs. 1 HmbUAG handelt es sich um die öffentliche Kundgabe eines Werturteils durch staatliche Organe über einen Bürger.

80 Ein Ausschluss des Betroffenen von der Beweisaufnahme verstärkt noch den bereits bestehen-

den Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht. Denn damit spitzt sich die Situation für diesen in seiner gesellschaftlichen Stellung deutlich zu. Er kann allenfalls noch durch Dritte erfahren, ob und ggf. in welcher Weise sein Handeln oder Unterlassen untersucht und bewertet wird. Entsprechend verschlechtert sich seine Chance, sich gegen möglicherweise „ehrabschneidende" Äußerungen durch den Ausschuss selbst oder durch an dessen Tätigkeit anknüpfende Berichterstattung in den Medien zur Wehr setzen zu können. Er droht im Grenzbereich vom Politik und parlamentarischer Untersuchung zum bloßen Objekt staatlichen Handelns und Spielball politischer Akteure zu werden (vgl. hierzu auch unten 2.).

81 Diese grundsätzlich mit der Stellung des Betroffenen einhergehenden möglichen erheblichen Beeinträchtigungen von grundgesetzlich geschützten Positionen sind auch konkret in der Person des Klägers selbst gegeben. Ausweislich des Einsetzungsbeschlusses des Untersuchungsausschusses „HSH Nordbank" erstreckt sich der Untersuchungsgegenstand auch und gerade auf das Verhalten der Vorstandsmitglieder der HSH Nordbank AG und damit ebenfalls auf den Kläger als (inzwischen ehemaliges) Vorstandsmitglied.

82 bb) Im Hinblick auf die Intensität des Eingriffs in die Rechte des Betroffenen bedarf es einer ausdrücklichen Regelung zum Ausschluss von der Beweisaufnahme. Eine solche Bestimmung enthält das HmbUAG nicht.

83 Ausgehend von der generell als hoch einzuschätzenden und auch im Fall des Klägers gegebenen Eingriffsintensität fehlt es an einer gesetzlichen Regelung, welche dem Kläger die Teilnahme an der Beweisaufnahme durch den Beklagten verbietet.

84 Ein genereller Ausschluss durch Gesetz lässt sich weder aus § 11 ((1)), § 19 ((2)), § 23 Abs. 1 ((3)) noch aus § 35 HmbUAG in Verbindung mit der Strafprozessordnung ((4)) ableiten. Auch die Entstehungsgeschichte des HmbUAG kann zu keinem anderen Auslegungsergebnis führen ((5)).

85 (1) Aus § 11 HmbUAG folgt ein Ausschluss nicht. Ein solcher ist weder § 11 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 ((a)) noch Abs. 3 ((b)) zu entnehmen. § 11 HmbUAG stellt auch unter Einbeziehung von dessen Abs. 4 und Abs. 5 keine Gesamtregelung dar, welche die Teilnahme unter anderem des Betroffenen an Sitzungen des parlamentarischen Untersuchungsausschusses abschließend normiert und damit gesetzlich begrenzt ((c)).

86 (a) § 11 Abs. 1 i.V.m Abs. 2 HmbUAG sind nicht einschlägig.

87 § 11 HmbUAG findet auf Betroffene im Sinne von § 19 HmbUAG keine Anwendung. Nach Absatz 1 der Bestimmung sind die Beratungen und Beschlussfassungen des Untersuchungsausschusses öffentlich. Nach Absatz 2 Satz 1 kann der Untersuchungsausschuss die Öffentlichkeit oder einzelne Personen für die gesamte Dauer der Sitzung oder für einzelne Abschnitte der Beweiserhebung ausschließen. Der anschließende Satz 2 bestimmt, dass die Öffentlichkeit auszuschließen ist, wenn überragende Interessen der Allgemeinheit oder überwiegende Interessen eines einzelnen dies gebieten.

88 Diese Vorschriften sind für die Frage, ob der Kläger als Betroffener zur Anwesenheit befugt ist oder nicht, ohne Bedeutung. Denn der Kläger ist nicht als Teil der Öffentlichkeit nach § 11 Abs. 2 HmbUAG anzusehen. Zur Öffentlichkeit zählen allein die Personen, die nicht Verfahrensbeteiligte sind, wie der Beklagte mit Schriftsatz vom 4.01.2010, Seite 22, im parallelen Eilverfahren 20 E 3486/09 unter Hinweis auf den Rechtsgedanken des § 169 GVG zutreffend ausgeführt hat. Der Öffentlichkeitsgrundsatz dient dem Informationsinteresse der Allgemeinheit und dem Schutz vor Willkür. Er besagt damit, dass die Verhandlung in der möglichen Gegenwart eines unbeteiligten Personenkreises vor sich geht (vgl. BGH, Urt. v. 20.01.1953, BGHSt 3, 386).

Unbeteiligt ist der Betroffene ebenso wie der Zeuge – letzterer bis zum Abschluss seiner Vernehmung – aber aufgrund seiner Funktion und seines Auftretens im Prozess nicht. Dem Betroffenen ist nämlich durch den Gesetzgeber in § 19 UAG eine besondere Rolle in einem Verfahren zugedacht worden, dessen Kontrolle die Öffentlichkeit gerade dienen soll (Wagner, NStZ 2004, 101, 102; vgl. auch OVG Hamburg, Beschl. v. 24.03.2010, 5 Bs 56/10, BA. S. 6).

89 (b) § 11 Abs. 3 Satz 1 HmbUAG ist für die hier entscheidende Frage einer gesetzlichen Zugangsbeschränkung für den Betroffenen unergiebig. Dies folgt schon aus dem eindeutigen Wortlaut der Norm:

90 „Die oder der Vorsitzende kann bei nichtöffentlichen Sitzungen auch anderen als in diesem Gesetz genannten Personen die Anwesenheit gestatten, wenn der Untersuchungsausschuss nicht widerspricht."

91 Die Vorschrift bezieht sich ausdrücklich nur auf „andere[n] als in diesem Gesetz genannte[n] Personen" und damit neben anderen ausdrücklich genannten Personen nicht auf den in § 19 HmbUAG genannten Betroffenen.

92 Die Annahme, die Regelung in § 11 Abs. 3 Satz 1 HmbUAG solle „nicht allen überhaupt im Gesetz genannten Personen das Recht zur Teilnahme […] einräumen, sondern nur solchen, die das Gesetz als Teilnahmeberechtigte genannt hat", weshalb auch der Zugang von Betroffenen „von einer besonderen Zulassungsentscheidung des Vorsitzenden des Untersuchungsausschusses […] abhängig" sei (OVG Hamburg, Beschl. v. 3.02.2010, 5 Bs 16/10, NordÖR 2010, 170), findet im Gesetz keine Stütze. Ihr steht neben dem eindeutigen Wortlaut auch die Systematik des Gesetzes entgegen, wie ein Blick auf § 29 Abs. 2 Satz 2 HmbUAG zeigt:

93 Die einschränkende Interpretation des Oberverwaltungsgerichts ist mit § 29 Abs. 2 Satz 2 HmbUAG, wonach Beschlüsse nach Satz 1 über die Verpflichtung zur Geheimhaltung auch „Betroffene nach § 19, Zeuginnen und Zeugen, Sachverständige, Dolmetscherinnen und Dolmetscher, Übersetzerinnen und Übersetzer sowie die in § 11 Absatz 3 HmbUAG genannten Personen" binden, nicht vereinbar. Das Gesetz differenziert in 29 Abs. 2 Satz 2 HmbUAG unmissverständlich zwischen dem „Betroffenen nach § 19" einerseits und den „in § 11 Absatz 3 genannten Personen" andererseits. Es belegt damit, dass der Gesetzgeber die Formulierung in § 11 Abs. 3 HmbUAG so verstanden wissen will, wie er sie ausdrücklich verfasst hat. Eine teleologische Reduktion des § 11 Abs. 3 Satz 1 HmbUAG im Sinne des Oberverwaltungsgerichts, bei der das Auslegungsergebnis hinter dem Wortlaut des Gesetzes zurückbleibt, lässt sich nach dem Inhalt des HmbUAG nicht rechtfertigen. § 29 Abs. 2 Satz 2 HmbUAG bietet keinen Anhalt dafür, der Gesetzgeber habe hier einen bei Formulierung von § 11 Abs. 3 HmbUAG vermeintlich unterlaufenen „Irrtum" lediglich unreflektiert wiederholt. Vielmehr sind beide Normen präzise aufeinander abgestimmt und erkennbar das Ergebnis einer Auseinandersetzung mit den jeweiligen, teilweise aufeinander bezogenen Regelungsgegenständen.

94 § 11 Abs. 3 Satz 2 HmbUAG,

95 „Dies gilt auch, wenn Verschwiegenheit zu bewahren ist.",

96 korrespondiert mit Beschlüssen über die Verpflichtung zur Geheimhaltung nach § 29 Abs. 2 HmbUAG. Deren Wirkung erstreckt § 29 Abs. 2 Satz 2 HmbUAG konsequenterweise nicht nur auf Betroffene und die weiter an dieser Stelle ausdrücklich angeführten „Zeuginnen und Zeugen, Sachverständige, Dolmetscherinnen und Dolmetscher, Übersetzerinnen und Übersetzer", sondern auch auf die – hiervon zu unterscheidenden – „in § 11 Absatz 3 genannten Personen". Das sind allein, auch wenn es sprachlich zunächst missverständlich erscheinen mag, „andere[n] als in diesem Gesetz genannte[n] Personen" und damit nicht die gesondert erwähnten

Betroffenen.

97 Dem Argument des Hamburgischen Oberverwaltungsgerichts (a.a.O.) – „für ein anderes Verständnis dieser Vorschrift, wonach alle auch sonst genannten Personen, also neben den Betroffenen auch Mitglieder des Arbeitsstabes (§ 16 HmbUAG), Zeugen (§ 20 HmbUAG) und Sachverständige (§ 26 HmbUAG) regulär an nichtöffentlichen Sitzungen teilnehmen könnten, lassen sich keine vernünftigen Argumente finden" – vermag die Kammer nicht zu folgen:

98 - Mitglieder des Arbeitsstabes nach § 16 HmbUAG gehören schon bei einer dem Wortlaut des § 11 Abs. 3 HmbUAG verpflichteten Auslegung nicht zu „anderen als in diesem Gesetz genannten Personen". Sie sind nämlich ausdrücklich zur Teilnahme an allen Sitzungen des Untersuchungsausschusses befugt. Dies folgt aus § 16 Abs. 5 HmbUAG, wonach § 15 Abs. 3 HmbUAG, der den Ausschluss nach Absatz 2 zur Anwesenheit befugter Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter regelt, entsprechend anwendbar ist.

99 - Der Verweis auf die Regelung über die Zeugen in § 20 HmbUAG rechtfertigt die vom Oberverwaltungsgericht vorgenommene teleologische Reduktion ebenfalls nicht. Wie § 29 Abs. 2 Satz 2 HmbUAG belegt, gehören Zeugen zu den „genannten Personen" und wären deshalb grundsätzlich zur Anwesenheit berechtigt. Als bloße Auskunftspersonen sind Zeugen indes durch § 23 Abs. 1 Satz 1 HmbUAG in ihrer Anwesenheit ausdrücklich beschränkt, und zwar sowohl bei der öffentlichen (HS. 1) als auch bei der nichtöffentlichen Beweisaufnahme (HS. 2). § 23 Abs. 1 Satz 1 HS. 1 HmbUAG entspricht dabei dem auf die öffentliche Verhandlung vor dem Strafgericht zugeschnittenen § 58 Abs. 1 StPO. § 23 Abs. 1 Satz 1 HS. 2 HmbUAG stellt folgerichtig eine ergänzende Regelung für die nichtöffentliche Beweisaufnahme des Untersuchungsausschusses dar. Damit kann der Zeuge vor seiner Vernehmung entsprechend der zu § 58 Abs. 1 StPO ergangenen Rechtsprechung (BGH, Beschl. v. 09.09.2003, NStZ 2004, 453 m.w.N.) vom Vorsitzenden des Saals verwiesen werden. Nach seiner Vernehmung ist der Zeuge Teil der Öffentlichkeit und kann der öffentlichen Beweisaufnahme (vgl. § 19 Abs. 1, 2 HmbUAG) – entsprechend der gerichtlichen Praxis – beiwohnen. Der explizite Ausschluss von der nachfolgenden nichtöffentlichen Beweisaufnahme bestätigt nochmals den von der Kammer vertretenen Rechtsstandpunkt: Der Ausschluss von der weiteren Beweisaufnahme nach Abschluss der eigenen Vernehmung gemäß § 23 Abs. 1 Satz 1 HS. 2 HmbUAG ist die Konsequenz aus § 11 Abs. 3 HmbUAG. Der Zeuge gehört danach zu den „in diesem Gesetz genannten Personen" und wäre deshalb auch zur Anwesenheit an nichtöffentlichen Sitzungen berechtigt. Dies widerspräche aber der Intention der nichtöffentlichen Beweisaufnahme. Der Zeuge soll hier inhaltlich nicht mehr erfahren, als zu seiner Vernehmung zur Sache erforderlich ist. Ausgehend vom Rechtsstandpunkt des Oberverwaltungsgerichts in seinem Beschluss vom 3.02.2010 (5 Bs 16/10) ist § 23 Abs. 1 Satz 1 HS. 2 HmbUAG hingegen funktionslos, weil das Oberverwaltungsgericht ersichtlich dem Zeugen ebenso wenig wie dem Betroffenen ein für erforderlich gehaltenes einfachgesetzliches „Anwesenheitsrecht" zubilligt. Der Zeuge wäre danach ebenso wie der Betroffene kraft Gesetzes ausgeschlossen. § 23 Abs. 1 Satz 1 HS. 2 HmbUAG könnte somit nur „klarstellende" Funktion haben. Ein entsprechendes Klarstellungsbedürfnis besteht aber – anders als nach dem Dissens über die Normierung eines Anwesenheitsrechts für den Betroffenen im Verfassungsausschuss (vgl. unten S.) – an dieser Stelle nicht. Bei nichtöffentlichen gerichtlichen Verfahren (vgl. etwa § 170 GVG) hegt ebenfalls niemand Zweifel daran, dass der Zeuge nach Beendigung seiner Vernehmung – nunmehr als Teil der ausgeschlossenen Öffentlichkeit – den Saal verlassen muss.

100 - Nichts anderes gilt für Sachverständige nach § 26 HmbUAG. Dessen Absatz 2 verweist auf die für die Zeugen geltende Vorschrift des § 23 HmbUAG.

101 (c) § 11 HmbUAG stellt auch unter Einbeziehung von dessen Abs. 4 und Abs. 5 keine Gesamtregelung dar, welche die Teilnahme u.a. des Betroffenen an Sitzungen des parlamentarischen Untersuchungsausschusses abschließend normiert und gesetzlich begrenzt.

102 § 11 Abs. 4 und 5 HmbUAG regeln allein die Anwesenheitsrechte von Mitgliedern des Senats und Mitgliedern der Bürgerschaft, die nicht zugleich Mitglieder des Untersuchungsausschusses sind. Regelungsgegenstand sind mithin Positionen von Organen der Exekutive und Legislative, die weder zu den „geborenen" (insb. Mitgliedern) noch „gekorenen" (insb. Betroffenen) Beteiligten dieses Gremiums gehören. In diesen Fällen geht es nicht um die Zuweisung eines subjektiven Rechts, sondern um Fragen der Geschäftsordnung (Bericht des Verfassungsausschusses, Bü-Drs. 15/7700, zu § 11). Ebenso wenig lassen sich aus einer positiven Zuweisung eines Anwesenheitsrechts, wie dies für andere Beteiligte in § 6 Satz 1 HmbUAG (stellvertretende Mitglieder), § 15 Abs. 2 HmbUAG (Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter) und § 16 Abs. 5 HmbUAG (Mitglieder des Arbeitsstabes) geregelt ist, Rückschlüsse auf den Status des Betroffenen ziehen. Diese Bestimmungen haben wiederum eine andere Zielsetzung. Es geht auch hier nicht um subjektive Rechte des Bürgers im Verhältnis zum Staat, sondern um Fragen der Binnenorganisation der legislativen Gewalt in Hamburg.

103 (2) Nichts anderes folgt aus § 19 Abs. 4 Satz 2 HmbUAG und der dort angeordneten „sinngemäßen" Anwendung von § 23 HmbUAG. Auch hieraus ergibt sich ein Ausschlussgrund nicht. Denn diese gesetzliche Regelung erstreckt sich nicht auf § 23 Abs. 1 Satz 1 HmbUAG, wonach Zeuginnen und Zeugen einzeln und in Abwesenheit der später zu hörenden Zeuginnen und Zeugen, bei nichtöffentlicher Beweiserhebung auch in Abwesenheit der bereits vernommenen Zeuginnen und Zeugen, zu vernehmen sind.

104 Einer schematischen Anwendung von § 23 HmbUAG steht der Wortlaut von § 19 Abs. 4 Satz 2 HmbUAG entgegen ((a)). Dass die „sinngemäße" Anwendung von § 23 HmbUAG sich nicht auf § 23 Abs. 1 Satz 1 HmbUAG erstreckt, folgt sodann gleichermaßen aus dem Wortlaut des § 23 Abs. 1 Satz 1 HmbUAG ((b)) sowie dem Sinn und Zweck dieser Vorschrift ((c)). Das Argument des Beklagten, die Anforderungen des Gerichts würden den Rechtsanwender überfordern, ist ohne rechtliche Relevanz ((d)). Dies gilt im Ergebnis auch für den Einwand, das Verfahren des Untersuchungsausschusses sei gemäß § 1 Abs. 1 HmbUAG „sachbezogen" und daher a priori nicht gegen eine (natürliche) Person gerichtet ((e)).

105 (a) Der Wortlaut des § 19 Abs. 4 Satz 2 HmbUAG verbietet die vom Beklagten befürwortete schematische Anwendung von § 23 HmbUAG, bei der lediglich die Worte „Zeuginnen und Zeugen" in § 23 Abs. 1 Satz 1 HmbUAG durch den Begriff „Betroffene" ausgetauscht werden.

106 Dies würde dem Gesetzeswortlaut nicht gerecht. Der Gesetzgeber des HmbUAG differenziert zwischen „entsprechender" und „sinngemäßer" Anwendung. Sie ergibt sich für das HmbUAG im Wesentlichen aus dem Wortlaut von Art. 26 Abs. 2 Satz 1 HV und im Übrigen aus dem unterschiedlichen Begriffskern beider Worte in der deutschen Sprache. „Sinngemäß" meint „dem Sinn nach, nicht wortwörtlich, sinnentsprechend […] analog" (Duden - Das Synonymwörterbuch, aktuelle Online-Ausgabe). In diesem Wort ist ein gewisser „Anpassungsspielraum" bei der Adaption anderer Regelungen angelegt (vgl. Rixen, Die Eidesleistung vor Untersuchungsausschüssen des Deutschen Bundestages, JZ 2002, 435, 436 Fn. 11). Hätte der Gesetzgeber bei § 19 Abs. 4 Satz 2 HmbUAG die vom Beklagten befürwortete Anwendung „1:1" erwogen, so hätte er die „entsprechende" Anwendung verfügt. „Entsprechend" meint „gemäß, in Entsprechung zu" (Duden - Das Synonymwörterbuch, aktuelle Online-Ausgabe) und stellt bei der gesetzlichen Verweisungstechnik – bezogen auf das gesamte Landesrecht – statistisch den Regelfall dar. Die „entsprechende" Anwendung bewegt sich im Bereich der Gesetzesauslegung, während es sich bei der „sinngemäßen" Anwendung um einen besonderen Fall gesetzlich angeord-

neter Analogie handelt (Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, 18. Auflage 2009, § 4 Rdnr. 4 und § 173 Rdnr. 57 f).

107 Zur „entsprechenden" und „sinngemäßen" Anwendung ergibt sich im HmbUAG, das seinerseits im Wesentlichen durch den Wortlaut von Art. 26 Abs. 2 Satz 1 HV

108 „Für die Beweiserhebung gelten die Vorschriften über den Strafprozess sinngemäß."

109 festgelegt ist, folgender Befund:

110

	Anordnung einer „entsprechenden" Anwendung
§ 9 Abs. 1 Satz 4	Die Regeln der Geschäftsordnung der Hamburgischen Bürgerschaft über die Reihenfolge der Fraktionen gelten entsprechend.
§ 9 Abs. 2	Bei Abwesenheit einer die Vorsitzende oder den Vorsitzenden, die Schriftführerin oder den Schriftführer stellenden Fraktion findet Absatz 1 entsprechende Anwendung.
§ 14 Abs. 3 Satz 2	Im Übrigen gelten die Vorschriften für den Untersuchungsausschuss entsprechend.
§ 16 Abs. 5	§ 15 Absatz 3 ist auf die Mitglieder des Arbeitsstabes entsprechend anzuwenden.
§ 16 Abs. 6	Bis zur Einsetzung des Arbeitsstabes gelten die Vorschriften über seine Aufgaben für die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Bürgerschaftskanzlei entsprechend
§ 21 Abs. 2 Satz 2	Entsprechend § 53 Absatz 1 der Strafprozessordnung sind Beistände der Zeuginnen und Zeugen gemäß § 20 Absatz 2 berechtigt, das Zeugnis zu verweigern über das, was ihnen in dieser Eigenschaft anvertraut worden oder bekannt geworden ist.
§ 26 Abs. 2	§ 20 Absatz 1 und §§ 21 bis 25 gelten entsprechend mit der Maßgabe, dass Ordnungs- und Erzwingungshaft nicht in Betracht kommen.
§ 27 Abs. 1 Satz 2	§ 17 Absatz 2 ist auf Beschlüsse über die Inanspruchnahme für Beweiserhebungen entsprechend anzuwenden.
§ 27 Abs. 3	Verlangt der Untersuchungsausschuss die Herausgabe von Unterlagen im Verfahren der Amtshilfe, gilt § 18 entsprechend.
§ 28 Abs. 2 Satz 2	§ 11 Absatz 2 gilt entsprechend.
§ 29 Abs. 4	Für Abgeordnete, die dem Untersuchungsausschuss nicht angehören, gelten die Absätze 1 bis 3 entsprechend, soweit ihnen Einsicht in Unterlagen gewährt worden ist oder sie sonst über das Untersuchungsverfahren unterrichtet worden sind.
§ 31 Abs. 3 Satz 2	Für Minderheitsberichte gelten die Absätze 1 und 2 entsprechend.
§ 31 Abs. 3 Satz 3	Soweit ein Mitglied als Zeugin, Zeuge, Sachverständige oder Sachverständiger vernommen worden ist, hat es sich einer Würdigung des mit ihrer oder seiner Aussage oder ihrem oder seinem Gutachten zusammenhängenden Beweisergebnisses zu enthalten; dies gilt entsprechend für ein Mitglied, das seine Rechte als Betroffene oder Betroffener nach § 19 wahrgenommen hat.

§ 31 Abs. 4 Satz 3	Die Absätze 1 bis 3 gelten entsprechend.
§ 32 Abs. 2 Satz 6	§ 4 des Justizvergütungs- und –entschädigungsgesetzes gilt entsprechend.
§ 32 Abs. 3	Für die Entschädigung von Dolmetscherinnen, Dolmetschern, Übersetzerinnen und Übersetzern gelten § 17 des Gesetzes über die Entschädigung von Zeugen und Sachverständigen sowie Absatz 2 Sätze 3 bis 5 entsprechend.
	Anordnung einer „sinngemäßen" Anwendung
§ 15 Abs. 3	Der Untersuchungsausschuss kann Mitarbeiterinnen oder Mitarbeiter, deren Vernehmung als Zeuginnen oder Zeugen für seine Beweiserhebung in Betracht kommt, in sinngemäßer Anwendung des § 58 Absatz 1 der Strafprozessordnung durch Beschluss von der gesamten weiteren Mitarbeit im Untersuchungsausschuss bis zum Abschluss der Vernehmung oder bis zu dem Zeitpunkt ausschließen, in dem feststeht, dass sie als Zeuginnen oder Zeugen nicht in Betracht kommen oder dass der Untersuchungsausschuss auf ihre Vernehmung verzichtet.
§ 17 Abs. 4 Satz 1	Für die Beweiserhebung gelten die Vorschriften über den Strafprozess sinngemäß.
§ 18 Abs. 5	Für die Pflicht zur Herausgabe von Unterlagen und anderen Gegenständen gelten nach Maßgabe der Absätze 2 bis 4 die Vorschriften der Strafprozessordnung sinngemäß.
§ 19 Abs. 4 Satz 2	§ 23 gilt sinngemäß.
§ 19 Abs. 6	§ 20 Absatz 2 gilt sinngemäß.
§ 20 Abs. 1 Satz 3	Die Vorschriften der §§ 49und 50 der Strafprozessordnung gelten sinngemäß.
§ 20 Abs. 5 Satz 5	In besonderen Ausnahmefällen kann der Untersuchungsausschuss der Zeugin oder dem Zeugen auf Antrag eine Rechtsanwältin oder einen Rechtsanwalt als Beistand beiordnen, wenn die Zeugin oder der Zeuge die Vergütung nach ihren oder seinen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen nicht oder nur zum Teil aufbringen kann; die §§ 115 , 117 , 118 , 120 , 122 und 124 der Zivilprozessordnung gelten sinngemäß.
§ 21 Abs. 2 Satz 1	Die Vorschriften des § 52 Absätze 2 und 3 und der §§ 53und 53 a der Strafprozessordnung sowie des § 23 Absatz 4 in Verbindung mit § 12 Absatz 3 des Bundesdatenschutzgesetzes gelten sinngemäß, auch soweit der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit Aufgaben nach dem Hamburgischen Informationsfreiheitsgesetz wahrnimmt.
§ 23 Abs 2 Satz 2	Die oder der Vorsitzende bestimmt die Reihenfolge der Fragestellerinnen und Fragesteller in sinngemäßer Anwendung des § 39 Absatz 3 der Geschäftsordnung der Hamburgischen Bürgerschaft .

§ 26 Abs. 3	Die Vorschriften des § 79 Absätze 2 und 3 der Strafprozessordnung gelten sinngemäß.
§ 27 Abs. 2 Satz 7	§ 20 Absatz 2 gilt sinngemäß.
§ 35	Soweit dieses Gesetz keine besonderen Vorschriften enthält, gelten die Geschäftsordnung der Hamburgischen Bürgerschaft sowie sinngemäß die Vorschriften über den Strafprozess.

111 Man kann aus dieser Aufstellung erkennen, dass der Gesetzgeber – auch jenseits der Vorgaben durch Art. 26 Abs. 2 Satz 1 HV, also einer pauschalen Verweisung auf die Vorschriften über den Strafprozess – dort, wo er nicht nur den Austausch von Begrifflichkeiten verlangt, sondern eine darüber hinausgehende rechtliche „Transferleistung" fordert, ausnahmslos das Wort „sinngemäß" wählt. Dies gilt insbesondere für die Anwendung der Regelungen über Zeugen in §§ 20 Abs. 2, 23 HmbUAG auf den Betroffenen.

112 Wie genau bei der Abfassung des Gesetzes differenziert wurde, macht die Anwendung der Geschäftsordnung der Hamburgischen Bürgerschaft (im Folgenden: GO) deutlich:

113 Nach § 9 Abs. 1 Satz 4 HmbUAG gelten die Regelungen „über die Reihenfolge der Fraktionen […] entsprechend". Dies ist terminologisch richtig, weil der Untersuchungsausschuss die Verhältnisse in der Bürgerschaft „widerspiegelt". Dem Grundsatz nach muss jeder Ausschuss ein verkleinertes Abbild des Parlamentsplenums in seinem durch die Fraktionen geprägten und auf die Volkswahl zurückgehenden politischen Stärkeverhältnis darstellen (Grundsatz der Spiegelbildlichkeit - Bayerischer Verfassungsgerichtshof, Entscheidung v. 26.11.2009, Vf. 32-IVa-09, juris). Hier ist keine weiterreichende Transferleistung des Rechtsanwenders zu erbringen. Nach § 23 Abs. 2 Satz 2 HmbUAG bestimmt der Vorsitzende die Reihenfolge der Fragestellerinnen und Fragesteller hingegen in „sinngemäßer" Anwendung von § 39 Abs. 3 GO. Auch dies ist terminologisch richtig. § 39 GO ist Teil der „Redeordnung" und regelt „Rederecht, Reihenfolge der Rednerinnen und Redner".Im Untersuchungsausschuss sollen aber die Fragestellerinnen und Fragesteller ihre Fragen stellen und nicht „reden". „Reden" – wenn auch nicht im Sinne der GO – soll vielmehr der Zeuge.

114 Selbst wenn man mit dem zur Abfassung von Bundgesetzen konzipierten „ Handbuch der Rechtsförmlichkeiten vom 22. September 2008" (http://hdr.bmj.de/page_b.4.html) nicht zwischen „sinngemäßer" und „entsprechender" Anwendung differenzieren wollte, führte dies zu keinem anderen Ergebnis. Denn gemäß dem Handbuch wäre nach beiden Formen der Verweisung eine analoge Anwendung geboten (vgl. Rdnr. 232).

115 (b) Das Wort „sinngemäß" führt zu einer dem „Sinn" der Vorschrift verpflichteten Anwendung. Es dürfen nur diejenigen einschlägigen Vorschriften angewendet werden, die dem Sinn und Zweck eines Verfahrens entsprechen (Maunz/Dürig, GG, 40. EL 2002, Art. 44 Rdnr. 49). Dies heißt bezogen auf das Verfahren eines Untersuchungsausschusses, dass neben der Art gerade auch der Umfang der Anwendung der in Bezug genommenen Vorschrift dem Sinn parlamentarischer Kontrolle durch einen solchen Ausschuss entsprechen sollen (BVerfG, Urt. v. 17.07.1984, BVerfGE 67, 100).

116 (c) Nach dem danach zu ermittelnden Sinn und Zweck von § 23 Abs. 1 Satz 1 HmbUAG kann der Betroffene insoweit nicht wie ein Zeuge behandelt werden. § 23 Abs. 1 Satz 1 HmbUAG, wonach Zeuginnen und Zeugen einzeln und in Abwesenheit der später zu hörenden Zeuginnen und Zeugen, bei nichtöffentlicher Beweiserhebung auch in Abwesenheit der bereits vernommenen Zeuginnen und Zeugen zu vernehmen sind, findet auf Betroffene keine Anwendung.

117 Schon die im HmbUAG gewählte Begrifflichkeit zeigt, dass der Gesetzgeber mit der Anhörung von Zeugen und Betroffenen unterschiedliche Zwecke verfolgt:

118

Zeugen werden „vernommen" (§ 23 Abs. 1 Satz 1 HmbUAG);

Betroffene können „befragt" werden (§ 19 Abs. 4 Satz 1 HmbUAG).

119 Die unterschiedliche Wahl der Begrifflichkeit in § 19 Abs. 4 Satz 1 HmbUAG einerseits und in § 23 Abs. 1 Satz 1 HmbUAG andererseits bleibt dabei auch mit Blick auf die gemäß § 35 HmbUAG subsidiär anzuwendende StPO, nach der sowohl der Beschuldigte / Angeklagte (§§ 163 a, 217 StPO) als auch der Zeuge (§§ 48 ff. StPO) „vernommen" werden, konsequent und systemgerecht. Die „Befragung" ist der StPO ebenfalls nicht fremd. Sie bleibt auch dort – entsprechend dem jeweiligen Wortsinn – hinter den Befugnissen einer „Vernehmung" zurück. Durch eine „Befragung" wird neben der Sachaufklärung (§ 240 StPO) auch „Grundrechtsschutz durch Verfahren" gewährleistet. Das „Befragen" dient in vielen Bestimmungen dem Schutz des Befragten durch Sicherstellung von Verfahrensrechten, arg. §§ 216, 233,257,258,265a StPO.

120 „Der Sinn und Zweck einer Betroffenen-Feststellung liegt vor allem darin, der Person rechtliches Gehör zu gewähren, also ihr Gelegenheit zu geben auf Gang und Ergebnis des Verfahrens Einfluss zu nehmen" (so zutreffend der Parlamentarische Untersuchungsausschuss „Vergabe und Kontrolle von Aufträgen und Zuwendungen durch die Freie und Hansestadt Hamburg", BüDrs. 16/5000, 41). Der Grund für die Vernehmung eines Zeugen in Abwesenheit eines später zu vernehmenden Zeugen liegt hingegen im Allgemeinen darin, die „Unbefangenheit und die Selbständigkeit der Darstellung" bei letzterem zu erhalten (BGH, Urt. V. 20.01.1953, BGHSt 3, 386, 388). Die Qualität und der Beweiswert einer Zeugenaussage sind ganz erheblich herabgesetzt, wenn dem Zeugen die Angaben des Angeklagten, der Beteiligten oder der anderen Zeugen bekannt sind. Dieser Gesichtspunkt spielt beim Betroffenen nach § 19 HmbUAG keine Rolle.

121 Von einer „Unbefangenheit" des Betroffenen eines Untersuchungsausschusses kann a priori keine Rede sein. Denn anders als der Zeuge ist er schon vom Grundsatz her keine neutrale Auskunftsperson. Er muss vielmehr – per Definition, § 19 Abs. 1 HmbUAG – mit einer „wertenden Äußerung" über seine Person rechnen, die von ihm ein deutlich negatives Bild in der Öffentlichkeit prägen (sog. Prangerwirkung) und ihm auch sonst in der Rechtswirklichkeit erheblichen Schaden zufügen kann. Entsprechend „parteiisch" ist seine Position angelegt. Er hat ein elementares Interesse am Verlauf des Verfahrens, der öffentlichen Wahrnehmung und dem Inhalt des abschließenden Berichts nach § 31 Abs. 1 HmbUAG. Der „parteiische Zeuge" ist hingegen rechtlich und faktisch nicht die Regel, sondern die Ausnahme.

122 Die weiter angeführte „Selbständigkeit der Darstellung" der Aussage ist beim Betroffenen zunächst dann ausgeschlossen, wenn er – wie hier – „erst im Verlauf der Untersuchung" die Stellung als betroffene Person einnimmt. Diese ist nämlich über die wesentlichen Untersuchungshandlungen und deren Ergebnisse zusammengefasst zu unterrichten, soweit sie sich auf sie beziehen und überragende Interessen der Allgemeinheit oder überwiegende Interessen einzelner nicht entgegenstehen, § 19 Abs. 5 Satz 2 HmbUAG. Damit ist dem Betroffenen aber zumindest in dieser Fallkonstellation von Amts wegen dasjenige mitzuteilen, welches dem Zeugen an Erkenntnis zur Wahrung einer unvoreingenommenen Sachdarstellung gerade vorzuenthalten ist.

123 Zwar führt das Hamburgische Oberverwaltungsgericht mit Beschluss vom 3.02.2010 (a.a.O.) zu § 19 Abs. 5 Satz 2 HmbUAG aus:

124

„Die Vorschrift räumt Betroffenen, die diese Stellung erst im Verlauf der Untersuchung durch einen entsprechenden Beschluss nach § 19 Abs. 2 HmbUAG erhalten, das Recht

ein, „über die wesentlichen Untersuchungshandlungen und deren Ergebnisse zusammengefasst unterrichtet" zu werden. Diese Unterrichtung dient erkennbar dem Ziel, die Voraussetzungen für eine sinnvolle zusammenhängende Stellungnahme zu schaffen, zu der Betroffenen nach § 19 Abs. 3 HmbUAG Gelegenheit gegeben werden soll. Eine solche Stellungnahme hat in einem späteren Stadium des Verfahrens nur Sinn, wenn die Betroffenen nicht nur den Untersuchungsauftrag des Ausschusses kennen, sondern auch die bis zur Feststellung ihrer Betroffenheit gewonnenen Erkenntnisse."

125 Ergänzend begründet das Oberverwaltungsgericht mit Beschluss vom 24.03.2010 (a.a.O):

126 „Des Weiteren ergibt sich für den Antragsteller auch nichts aus der Regelung in § 19 Abs. 5 Satz 2 HmbUAG, wonach diejenigen, die erst im Verlauf der Untersuchung die Stellung als betroffene Person erhalten, über die wesentlichen Untersuchungshandlungen und deren Ergebnisse zusammengefasst zu unterrichten sind. Denn einer derartigen Zusammenfassung kommt nicht der gleiche Stellenwert wie der körperlichen Wahrnehmung gegebenenfalls sämtlicher der zuvor getätigten Zeugenaussagen zu. Darüber hinaus betrifft die Regelung in § 19 Abs. 5 Satz 2 HmbUAG einen Ausnahmefall. Es dürfte eher der Regel entsprechen, dass diejenigen, die Betroffene im Sinne des § 19 HmbUAG sind, bereits vor Beginn der Tätigkeit des Untersuchungsausschusses bzw. in einer relativ frühen Phase feststehen."

127 Beide Ansätze können jedoch nicht überzeugen. Zutreffend ist zunächst, dass § 19 Abs. 5 Satz 2 HmbUAG die Funktion hat, die Voraussetzungen für eine sinnvolle zusammenhängende Stellungnahme zu schaffen, zu der Betroffenen nach § 19 Abs. 3 HmbUAG Gelegenheit gegeben werden soll. Dies ändert aber nichts an der Tatsache, dass bei einem auf diese Weise „ins Bild gesetzten" Betroffenen weder eine Unbefangenheit noch eine Selbständigkeit der Darstellung angenommen werden kann.

128 Die Annahme, einer „derartigen Zusammenfassung kommt nicht der gleiche Stellenwert wie der körperlichen Wahrnehmung gegebenenfalls sämtlicher der zuvor getätigten Zeugenaussagen zu", mag sich als zutreffend erweisen. Allerdings stellt die Zusammenfassung „der wesentlichen Untersuchungshandlungen und deren Ergebnisse" ohne Ausnahme ein Gerüst dar, an das der Betroffene seine Erklärungen anpassen kann. Dies steht den Grundsätzen einer zeugenschaftlichen Vernehmung entgegen. Der Zeuge ist gemäß § 20 Abs. 1 Satz 2 HmbUAG in der Ladung lediglich über den Beweisgegenstand zu unterrichten; eine Unterrichtung des Zeugen entsprechend § 19 Abs. 5 Satz 2 HmbUAG ist dem Gesetz hingegen fremd.

129 Die weitere Annahme des Hamburgischen Oberverwaltungsgerichts, die Regelung in § 19 Abs. 5 Satz 2 HmbUAG betreffe einen Ausnahmefall, ist nicht belegt. Das Oberverwaltungsgericht ist davon ausgegangen, Betroffene im Sinne des § 19 HmbUAG dürften bereits „vor Beginn der Tätigkeit des Untersuchungsausschusses bzw. in einer relativ frühen Phase feststehen". Dies kann nicht überzeugen. Zunächst steht bei einer rechtsförmigen Untersuchung das Ergebnis nicht am Beginn, sondern am Ende des Prozesses der Wahrheitsfindung. Dies schließt es nicht aus, dass aufgrund des angenommenen Missstandes, der dem Einsetzungsbeschluss zugrunde liegt, ein Betroffener „von Anfang an" als solcher feststeht. Es kann aber genauso gut erst das Ergebnis der Ermittlungstätigkeit des Ausschusses sein, dass eine Person als möglicherweise „Verantwortlicher" namhaft gemacht wird. Rechtstatsächlich verhält es sich im Übrigen so, dass vom In-Kraft-Treten des HmbUAG im Jahre 1997 bis zum Einsetzungsbeschluss vom 11.06.2009 die Bürgerschaft insgesamt vier Untersuchungsausschüsse eingesetzt hat.

130 In zweien dieser vier Ausschüsse wurde einzelnen Personen die Betroffeneneigenschaft zuerkannt. Allerdings ist der Status jeweils erst nach der zeugenschaftlichen Vernehmung und kurz vor Abschluss der Ausschusstätigkeit mit dem Abschlussbericht eingeräumt worden, und zwar

neun Personen im Ausschuss Nr. 35 (Bü-Drs. 16/5000, S.19 f) sowie 17 Personen im Ausschuss Nr. 38 (Bü-Drs. 18/6800, S.59 f.).

131 Schließlich widerlegt das vom Beklagten gebildete Beispiel – alle Vorstandsmitglieder der HSH Nordbank AG seien Betroffene; weitere Auskunftspersonen zum fiktiven Beweisthema gäbe es nicht (S. 29 der Klageerwiderung) – die Auffassung der Kammer nicht. Der Beklagte meint, dass die Aufklärungsmöglichkeiten des Untersuchungsausschusses unmittelbar eingeschränkt würden, wenn alle Vorstandsmitglieder als Betroffene bei der Befragung des jeweiligen anderen Mitgliedes dieses Gremiums anwesend sein könnten. Dieses Ergebnis ist eine Konsequenz aus dem Rechtsstaatsprinzip. So muss auch das Gericht im Strafprozess damit „leben", dass alle Mitangeklagten hören, was die anderen Angeklagten sowie Zeugen (möglicherweise) erklären oder verschweigen. Für den Untersuchungsausschuss gilt nichts anderes. Hier kommt ebenfalls der nemo-tenetur-Grundsatz zur Anwendung (BVerfG, Beschl. v. 14.12.2001, 2 BvR 1565/94, NVwZ 2002, 1499), wonach niemand gehalten ist, an seiner eigenen Überführung mitzuwirken. In diesem Zusammenhang verweist der Kläger zu Recht auf § 25 HmbUAG, der im Wesentlichen die Anwendung von Zwangsmitteln gegen Zeuginnen und Zeugen, die trotz ordnungsgemäßer Ladung ohne genügende Entschuldigung nicht erschienen sind oder die das Zeugnis oder die Eidesleistung ohne gesetzlichen Grund verweigern, regelt. Diese Bestimmung ist mangels entsprechender Verweisung in § 19 HmbUAG auf Betroffene – dies steht außer Streit (S. 11 der Klageerwiderung) – von vornherein nicht anwendbar. Damit ist die Beantwortung von Fragen durch Betroffene entweder schon nicht als gesetzliche Pflicht ausgestaltet oder, mangels Vollstreckbarkeit eines entsprechenden Gebots, jedenfalls bewusst als „lex imperfecta" im übertragenen Sinne – Gesetz ohne Rechtsfolgen – konzipiert worden.

132 (d) Der Einwand des Beklagten, der Rechtsanwender werde mit einer Erforschung des Sinns der Bestimmung überfordert, ist nicht zu teilen. Das Bundesverfassungsgericht (Beschl. v. 1.10.1987, BVerfGE 77, 1) hat zu der von Art. 44Abs. 1, 2 Satz 1 GG gleichfalls angeordneten „sinngemäßen Anwendung" ausgeführt:

133 > „Es ist Aufgabe der Rechtsanwendungsorgane, die Zweifelsfragen zu klären, die sich aus einer komplexe Sachverhalte erfassenden Regelung ergeben."

134 Dem tritt das Gericht bei.

135 (e) Für eine strikte Gleichbehandlung von Zeugen und Betroffenen – soweit es den Regelungsbereich von § 23 HmbUAG angeht – spricht auch nicht die vom Beklagten in der mündlichen Verhandlung am 18.05.2010 angeführte und in § 1 HmbUAG angelegte „Sachbezogenheit" des Untersuchungsauftrags. Wie § 19 HmbUAG zeigt, zieht eine solche Sachbezogenheit dem Gegenstand der Untersuchung keine personenbezogenen Grenzen. Der Untersuchungsauftrag richtet sich auch explizit auf die Feststellung einer Verantwortlichkeit von Vorstandsmitgliedern der HSH Nordbank AG (vgl. Nr. 3 des Einsetzungsantrags, Bü-Drs. 19/3178).

136 (3) § 23 HmbUAG findet auch keine unmittelbare Anwendung. Denn der Kläger kann nicht gleichermaßen als Betroffener und Zeuge angesehen werden.

137 Es dürfte viel dafür sprechen, dass mit Beschluss nach § 19 HmbUAG die Benennung als Zeuge vom 4.11.2009 konkludent aufgehoben worden ist, wenn es in der schriftlichen Begründung vom 9.02.2010 (vgl. Anlage K1 im Verfahren 20 K 381/10) heißt, der Kläger solle „befragt" werden. Nach der dort gegebenen Erklärung ist ein zuvor gefasster Beschluss, dieselbe Person als Zeugen zu „vernehmen" gemäß der Entscheidung des Hamburgischen Oberverwaltungsgerichts vom „03.03.2010" – gemeint ist 3.02.2010 – nicht ausreichend. Dies bedarf aber keiner näheren Überprüfung. Jedenfalls folgt aus der eigenständigen Regelung durch § 19 HmbUAG, der darin angelegten Verbesserung der Rechtsposition – 19 Abs. 3, Abs. 5 Satz 2 HmbUAG –

gegenüber dem Zeugen und der dort weiter niedergelegten Verweisung auf lediglich einzelne Bestimmungen über den Zeugen – § 19 Abs. 4 Satz 2, Abs. 6 HmbUAG –, dass man nicht zeitgleich Zeuge und Betroffener sein kann. Das Hamburgische Oberverwaltungsgericht erkennt in seinem Beschluss vom 3.02.2010 (5 Bs 16/10, NordÖR 2010, 170) an, dass der Betroffene zumindest nicht insoweit Zeuge sein kann, als es um den Sachverhalt geht, aus dem seine Betroffenheit folgt. Der vom Beklagten in diesem Zusammenhang zitierte Satz aus der Bürgerschafts-Drucksache 16/1720 (Bericht des Verfassungsausschusses im Wege der Selbstbefassung gemäß § 53 Abs. 2 der Geschäftsordnung vom 7.12.1998), § 19 HmbUAG „lasse es zu, dass jemand sowohl Betroffener als auch Zeuge sein könne", stellt lediglich die (spätere) Auffassung einer in der Bürgerschaft vertretenen Fraktion dar. Sie hat in das bereits am 27.08.1997 ausgefertigte Gesetz keinen Eingang gefunden. Die Ansicht beruht erkennbar auf der (noch später) in das PUAG eingeflossenen Meinung des Bundesgesetzgebers, einer eigenständigen Rechtsfigur des Betroffenen bedürfe es nicht. Dieser Sichtweise ist der hamburgische Gesetzgeber aber gerade nicht gefolgt, wie die Schaffung von § 19 HmbUAG belegt und noch näher ausgeführt werden wird (vgl. unten S.).

138 Unabhängig davon kommt es für die Frage, ob der Kläger als Zeuge oder Betroffener zu hören war, im Ergebnis nicht auf die Bezeichnung durch den Untersuchungsausschuss an, sondern darauf, welcher Kategorie – Zeuge oder Betroffener – die Auskunftsperson rechtlich zuzuordnen war. Die Kammer folgt insoweit der Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Köln (Urt. v. 9.10.1987, Ss 236/87, StV 1987, 537), wonach die „Zeugenvernehmung" durch einen parlamentarischen Untersuchungsausschuss rechtlich unbeachtlich ist, wenn die Untersuchung lediglich unter dem Deckmantel eines nur der äußeren Form nach sachbezogenen Auftrags, in Wirklichkeit aber personenbezogen gegen die Auskunftsperson geführt werden soll. So liegt es hier. Die Entscheidung vom 4.11.2009, den Kläger als Zeugen zu hören, erweist sich als rechtlich nicht vertretbar. Dies folgt aus dem Untersuchungsauftrag des Beklagten (vgl. VGH Kassel, Beschl. v. 29.10.1995, NVwZ-RR 1996, 683). Denn nach dem maßgeblichen Antrag auf Einsetzung des Ausschusses sind nicht nur die „Fehlentwicklungen bei der HSH Nordbank" zu untersuchen (Bü-Drs. 19/3178). Es soll vielmehr auch „die Verantwortung für diese Fehlentwicklungen" ermittelt werden, und zwar ausdrücklich unter Einbeziehung von „Handeln, Einflussnahme und Wissen von Mitgliedern des Vorstands" (vgl. Nr. 3 des Antrags). Damit richtete sich der Ausschuss von Anfang an auch personenbezogen u.a. gegen den Kläger als … der Bank. Überdies war der Anfangsverdacht einer Straftat bereits am 4.11.2009 „amtlich". Das nach dem Eingangsstempel am 5.11.2009 bei dem Prozessbevollmächtigten des Klägers eingegangene Schreiben der Staatsanwaltschaft Hamburg (5550 Js 4/09) datiert vom 30.10.2009. Auch diese Mitteilung liegt damit vor dem Zeitpunkt, zu dem sich der Beklagte zu einer „zeugenschaftlichen" Vernehmung des Klägers entschloss.

139 (4) Ein Ausschluss des Betroffenen gemäß § 35 HmbUAG i.V.m. §§ 58Abs.1 Satz 1, 243 Abs. 2 Satz 1 StPO scheidet ebenso wie eine auf § 23 Abs. 1 Satz 1 HmbUAG gestützte Entscheidung aus. Wie ausgeführt, ist der Betroffene weder Zeuge noch als ein solcher zu behandeln.

140 Das Fernhalten von der Beweisaufnahme würde sich im Übrigen auch als unverhältnismäßig darstellen. Sie wäre nicht geeignet, die vom Beklagten für möglich gehaltene unvoreingenommene und selbständige Sachdarstellung zu ermöglichen. Zwar hat das Hamburgische Oberverwaltungsgericht mit Beschluss vom 24.03.2010 (5 Bs 56/10) ausgeführt:

141 „Anders als das Verwaltungsgericht kann auch nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass der Mandant des Antragstellers von einem Auskunftsverweigerungsrecht Gebrauch machen werde und die Bemühungen des Antragsgegners um eine möglichst unbeeinflusste Aussage von daher von Anfang an ins Leere laufen. Ungesicherte Mutma-

ßungen rechtfertigen es jedenfalls nicht, auf naheliegende, der Integrität einer Aussage zu Gute kommende Vorkehrungen von Anfang an zu verzichten."

142 Der Beklagte kann indes nach dem nunmehr erreichten Erkenntnisstand durch sein Vorgehen keinerlei zusätzliche Erkenntnisse mehr erwarten. Es kann dahinstehen, ob eine – aus Sicht der Kammer – lebensnahe Betrachtung eines Sachverhalts auf einen Erfahrungssatz, dass jedenfalls rechtlich beratene Beteiligte in der Regel von der ihnen günstigsten prozessualen Möglichkeit Gebrauch machen, zurückgeführt werden kann. Der Klägervertreter hat in der mündlichen Verhandlung am 18.05.2010 nunmehr ausdrücklich erklärt, der Kläger werde sich definitiv nicht befragen lassen. Eine etwaige bestehende Verpflichtung hierzu könnte der Beklagte, wie dargelegt, zudem nicht vollstrecken (arg. e contrario § 25 HmbUAG).

143 (5) Schließlich kann der Beklagte für den gegenteiligen Standpunkt nicht mit Erfolg auf die Entstehungsgeschichte der Norm verweisen. Die Historie des Gesetzes lässt keinen zwingenden Schluss zu, dem Betroffenen nach § 19 HmbUAG habe ein Anwesenheitsrecht versagt bleiben sollen. Die Materialien, die dem Gesetzgebungsverfahren ersichtlich zugrunde lagen oder nach den Beratungen im Verfassungsausschuss erstellt wurden, führen gleichermaßen zu einem Interpretationsspielraum, der keine seriösen Rückschlüsse auf den tatsächlichen Willen des Gesetzgebers zulässt.

144 Für die Normierung des Landesrechts steht im Ausgangspunkt lediglich fest, dass der Verfassungsausschuss (Bü-Drs. 15/7700, dort zu § 19) den von einem fraktionslosen Abgeordneten gestellten Antrag, in § 19 Absatz 3 nach Satz 1 den Satz „Sie haben das Recht auf Anwesenheit bei der Beweisaufnahme" einzufügen, „einstimmig" abgelehnt hat. Dieser Befund ist jedoch unergiebig:

145 Der Verfassungsausschuss hat seine Entscheidung nicht begründet. Aus welchen Gründen der historische Gesetzgeber von einer positivrechtlichen Normierung eines Anwesenheitsrechts abgesehen hat, muss daher spekulativ bleiben. Der vom Verfassungsausschuss abgelehnte Satz „Sie haben das Recht auf Anwesenheit bei der Beweisaufnahme" entspricht § 18 Abs. 2 Satz 1 UAG SH (GVOBl. 1993, 145). Dieses Gesetz lag dem Hamburgischen Gesetzgeber 1997 vor (Bericht des Verfassungsausschusses vom 27.06.1997, Bü-Drs. 15/7700, S. 3). Auch die dort in § 18 Abs. 1 Satz 1 gegebene Definition „Betroffene sind natürliche und juristische Personen, gegen die sich nach dem Sinn des Untersuchungsgegenstandes die Untersuchung richtet", lehnte der Verfassungsausschuss (a.a.O.) ab.

146 Diesen Befund kann man nicht im Sinne des Beklagten interpretieren. Denn der Betroffene als Beteiligter wurde gleichwohl in das Hamburgische Landesrecht aufgenommen, was eine gegenläufige Tendenz erkennen lässt. Mit § 19 Abs. 1 HmbUAG – „Betroffene sind natürliche Personen, über die der Untersuchungsausschuss in seinem Bericht eine wertende Äußerung abgeben will" – wurde ferner eine Definition des Betroffenen gegeben, die sich zwar sprachlich deutlich, aber kaum inhaltlich von der angeführten, abgelehnten Definition des § 18 Abs. 1 Satz 1 UAG SH für natürliche Personen unterscheidet:

147 - Wenn sich nach dem Sinn des Untersuchungsgegenstandes die Untersuchung gegen eine natürliche Person richtet, dann will der Ausschuss auch eine wertende Äußerung über sie abgeben.

148 - Wenn der Ausschuss eine wertende Äußerung über eine natürliche Person abgeben will, dann richtet sich nach dem Sinn des Untersuchungsgegenstandes die Untersuchung auch gegen sie.

149 Jedenfalls an dieser Stelle hat der Hamburgische Gesetzgeber trotz formaler Ablehnung der

Übernahme des Wortlauts von § 18 Abs. 1 Satz 1 UAG SH für natürliche Personen erkennbar etwas Vergleichbares schaffen wollen.

150 Nicht zu verkennen ist auch, dass die seinerzeit existierenden Landesgesetze mit Regelungen über den Betroffenen sich an der Rechtslage orientierten, die bei Untersuchungsausschüssen des Deutschen Bundestages galt. Die Rechtsfigur des Betroffenen war auch auf Bundesebene anerkannt und dort ebenfalls mit einem Anwesenheitsrecht verbunden. Das PUAG, das den Betroffenen nicht (mehr) namentlich erwähnt, ist erst am 19.06.2001 in Kraft getreten. Die Untersuchungsausschüsse des Deutschen Bundestages stützten ihre Arbeit zuvor und damit bei Abfassung des Hamburgischen Landesrechts 1997 auf die besonderen Geschäftsordnungsvorschriften der interparlamentarischen Arbeitsgemeinschaft (so genannte IPA-Regeln). Diese in einem nicht verabschiedeten Gesetzentwurf (BT-Drs. V/4209) enthaltenen Bestimmungen gehen auf die Vorarbeiten der IPA zurück (Pressemitteilung des Bundesrates 77/2001 zur Einführung des PUAG). Sie bestimmen in § 18 Abs. 3 Satz 3 ihrerseits „Er [der Betroffene] hat ein Beweisantrags- und Fragerecht und das Recht der Anwesenheit bei der Beweisaufnahme". Sie entsprechen im Wesentlichen § 18 UAG SH in der Fassung vom 17.04.1993. Neben einer Abkehr von der dortigen Gesetzeslage kann den Hamburgischen Gesetzgeber zu der später als ergänzungsbedürftig empfundenen Regelung (Bü-Drs. 16/1720, Bericht des Verfassungsausschusses im Wege der Selbstbefassung gemäß § 53 Abs. 2 der Geschäftsordnung vom 7.12.1998) danach bewogen haben, dass sich das Anwesenheitsrecht bereits aus dem Gesamtgefüge des Gesetzes ergibt oder einer späteren gerichtlichen Auslegung vorbehalten bleiben sollte.

151 Ferner ist der vom Beklagten herangezogene Schlussbericht der Enquete-Kommission Verfassungsreform des Deutschen Bundestages aus dem Jahr 1976 zu berücksichtigen, der dem Hamburgischen Gesetzgeber ebenfalls zweifellos vorlag. Die Empfehlungen dieser Kommission verzichteten auf eine Unterscheidung zwischen Zeugen und Betroffenen. Begründet wurde dies damit, dass Untersuchungsausschüsse nicht das Ziel haben, die persönliche Schuld Einzelner zu erforschen, sondern objektive Missstände im staatlichen Bereich zu erkunden (Schlussbericht v. 9.12.1976, BT-Drs. 7/5924). Dieser Argumentation folgend hat der Bundesgesetzgeber auf eine Regelung des Betroffenenstatus im PUAG verzichtet (Plöd, Die Stellung des Zeugen in einem parlamentarischen Untersuchungsausschuss des Deutschen Bundestags [2003], 113). Der hamburgische Gesetzgeber hat jedoch 1997, wie die gesetzliche Festschreibung des Betroffenenstatus in § 19 HmbUAG zeigt, diesen Standpunkt des (späteren) Bundesgesetzgebers gerade nicht geteilt.

152 Unabhängig davon hat ein vermeintlicher – vom Beklagten angeführter – Wille des Hamburgischen Gesetzgebers, den Betroffenen von der Beweisaufnahme im Wesentlichen auszuschließen, im Gesetz keinen Niederschlag gefunden. Hier liegen die Dinge anders als etwa beim Verzicht auf eine Regelung über den Zeugeneid im PUAG des Bundes. In der Beschlussempfehlung hatte der Ausschuss für Wahlprüfung, Immunität und Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages ausgeführt (BT-Drs. 14/5790, S. 19):

153 > „Auf eine mögliche Vereidigung von Zeugen durch einen Untersuchungsausschuss soll ausdrücklich verzichtet werden."

154 Hier kann man die Auffassung vertreten, der Gesetzesanwender dürfe die spätere „absichtsvolle Nichtregelung" nicht durch Rückgriff auf Art. 44 Abs. 2 Satz 1 GG überspielen (Rixen, Die Eidesleistung vor Untersuchungsausschüssen des Deutschen Bundestages, JZ 2002, 435, 436 Fn. 11), auch wenn das Verwaltungsgericht Berlin (Urt. v. 11.06.2003, NVwZ-RR 2003, 708) später die Anwendung von § 70 StPO wegen einer verweigerten Eidesleistung billigte.

155 Die auf das HmbUAG bezogene Argumentation des Beklagten, der Gesetzgeber hätte dem Be-

troffenen nachweislich nur einen „Minimalkatalog" an Rechten einräumen wollen, was nunmehr bei der Rechtsanwendung verbindlich sei, ist auch deshalb unzutreffend, weil der Beklagte selbst auf ein in der Vergangenheit gewährtes abschließendes Statement verweist (vgl. S. 23 der Klageerwiderung). Ein solches Statement ist im HmbUAG gerade nicht geregelt und wird – insoweit in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung der Kammer – vom Hamburgischen Oberverwaltungsgericht gleichwohl unter Verweis auf § 32 PUAG (Beschl. v. 3.02.2010, 5 Bs 16/10, NordÖR 2010, 170) für geboten erachtet. Der Untersuchungsausschuss zur Überprüfung der Weitergabe von vertraulichen Dokumenten des Parlamentarischer Untersuchungsausschusses „Feuerbergstraße" hat in Übereinstimmung hiermit im Abschlussbericht (Bü-Drs 18/6800, S. 59 f.) ausgeführt:

156 „Der Untersuchungsausschuss hat vor der abschließenden Beratung und Beschlussfassung seines Berichts an die Bürgerschaft solchen Personen rechtliches Gehör gewährt, bei denen negativ wertende Äußerungen im dritten Teil des Berichts (Bewertung) möglich erschienen.

157 Ein solches Verfahren ist zwar – jenseits der Vorschriften über Betroffene in § 19 – im HmbUAG nicht ausdrücklich vorgesehen, erscheint aus rechtsstaatlicher Sicht aber auch ohne Antrag auf Feststellung des Betroffenenstatus geboten: Die Beschlüsse der Untersuchungsausschüsse sind nach Artikel 26 Absatz 5 Satz 1 HmbVerf der richterlichen Erörterung entzogen. Dementsprechend kann jemand, der geltend macht, durch den Abschlussbericht in seinen Rechten verletzt zu sein, damit von den Gerichten nicht gehört werden (vergleiche OVG Hamburg, Beschluss vom 27.05.1986, NVwZ 1987, 610, 611).

158 Untersuchungsausschüsse nehmen bei der Erfüllung der ihnen von der Bürgerschaft übertragenen Aufgaben hoheitliche Befugnisse wahr. Sie üben insoweit öffentliche Gewalt aus. Negative Äußerungen im Bericht eines Untersuchungsausschusses haben mithin die Qualität eines (faktischen) Eingriffs in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht der betroffenen Grundrechtsträger. Das gilt grundsätzlich auch für „politische" Bewertungen des Verhaltens Einzelner.

159 Wegen der – im Hinblick auf den Gewaltenteilungsgrundsatz – fehlenden Rechtsschutzmöglichkeiten gegen den Untersuchungsbericht erlangt der rechtstaatliche Grundsatz rechtlichen Gehörs besondere Bedeutung. Indem die in der Bewertung des Ausschusses kritisierten Personen Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten, wird Grundrechtsschutz durch Verfahren (vergleiche Hesse, Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland, EuGRZ 1978, 427, 434 folgende) gewährleistet."

160 Wenn es der Gesetzgeber tatsächlich bei einem „Minimalkatalog" an Rechten hätte belassen wollen und er darüber hinaus die Entscheidung des Hamburgischen Oberverwaltungsgerichts aus dem Jahr 1986 für verfassungsrechtlich unbedenklich gehalten hätte, dann hätte viel dafür gesprochen, dass eine einfachgesetzliche Regelung des Betroffenen gänzlich unterblieben wäre. Nach der Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts vom 27.05.1986 musste der Betroffene ungeachtet des in Art. 2 Abs. 1 GG verfassten Persönlichkeitsrechts nämlich „die Arbeit des Untersuchungsausschusses […] ebenso wie jeder andere hinnehmen". Etwas anderes sollte im Grundsatz offenbar nur gelten, wenn das vom „Parlamentarischen Untersuchungsausschuss gewonnene Ergebnis willkürlich wäre". Auch einer mündlichen Anhörung hätte es nicht bedurft. Für die Gewährung des verfassungsrechtlichen Anspruchs auf rechtliches Gehör sollte die Kenntnisnahme des Ausschusses von einer schriftlichen Eingabe erforderlich aber auch ausreichend sein. Dies bleibt erkennbar hinter den Anforderungen, die das Hamburgische Oberverwaltungsgericht mit Beschlüssen vom 3.02.2010 (5 Bs 16/10) und 24.03.2010 (5 Bs 56/10) auf der rechtlichen Grundlage des HmbUAG stellt, zurück.

161 2. Im Übrigen folgt der Anspruch auf Anwesenheit bei öffentlichen und nichtöffentlichen Beweisaufnahmen aus § 35 HmbUAG i.V.m. §§ 168 cAbs. 2, 230 StPO.

162 Den §§ 168 cAbs. 2, 230 StPO ist ein Anwesenheitsrecht des Beschuldigten im Strafverfahren während der öffentlichen und nichtöffentlichen Beweisaufnahme zu entnehmen (a)). Dieses Anwesenheitsrecht gilt gemäß § 35 HmbUAG für den Betroffenen im parlamentarischen Untersuchungsverfahren (b)).

163 a) Aus § 168 cAbs. 2 und § 230 StPO ergibt sich ein Anwesenheitsrecht des Beschuldigten / Angeklagten im Strafverfahren während der öffentlichen und nichtöffentlichen Beweisaufnahme. Schon während des Ermittlungsverfahrens hat der Beschuldigte gemäß § 168 c Abs. 2 StPO ausdrücklich das Recht, während der – nicht öffentlich stattfindenden – richterlichen Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen anwesend zu sein. Wegen der Anwesenheitspflicht des Angeklagten während der – öffentlichen – Hauptverhandlung (vgl. § 231 StPO) setzt das Gesetz darüber hinaus seine Anwesenheit während der Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen in der Hauptverhandlung voraus. Gemäß § 230 Abs. 1 StPO findet darum gegen einen ausgebliebenen Angeklagten keine Hauptverhandlung statt. Zwar ist dem Beklagten insofern Recht zu geben, als dieses Anwesenheitsrecht gemäß § 247 StPO in Ausnahmefällen vom Gericht beschränkt werden kann, wenn zu befürchten ist, ein Mitangeklagter oder Zeuge werde bei seiner Vernehmung in Anwesenheit des Angeklagten nicht die Wahrheit sagen oder wenn bei der Vernehmung einer Person unter 18 Jahren als Zeuge in Gegenwart des Angeklagten ein erheblicher Nachteil für das Wohl des Zeugen zu befürchten ist oder wenn bei einer Vernehmung einer anderen Person als Zeuge in Gegenwart des Angeklagten die dringende Gefahr eines schwerwiegenden Nachteils für ihre Gesundheit besteht. Das ändert aber nichts am grundsätzlichen Anwesenheitsrecht des Angeklagten, sondern zeigt vielmehr nur dessen herausgehobene Stellung im Strafverfahren, die eben nur in Ausnahmefällen hinter anderen Rechtsgütern zurücktreten muss.

164 b) Dieses Anwesenheitsrecht des Beschuldigten / Angeklagten im Strafprozess gilt gemäß § 35 HmbUAG für den Kläger als Betroffenen vor dem parlamentarischen Untersuchungsausschuss.

165 Gemäß § 35 HmbUAG gelten die Vorschriften über den Strafprozess sinngemäß, soweit das Gesetz keine besonderen Vorschriften enthält. Das Anwesenheitsrecht des Beschuldigten / Angeklagten fällt grundsätzlich in den Bereich der von § 35 HmbUAG in Bezug genommen Vorschriften des Strafprozesses (aa)). Seine Geltung für den Kläger als Betroffenen des parlamentarischen Untersuchungsausschusses ist zudem als „sinngemäß" zu bewerten, weil sie seiner besonderen, durch die Verfassung geprägten Rechtsstellung Rechnung trägt (bb)).

166 aa) Das Anwesenheitsrecht des Beschuldigten / Angeklagten fällt grundsätzlich in den Bereich der von § 35 HmbUAG in Bezug genommenen Vorschriften des Strafprozesses. § 35 HmbUAG verweist nämlich generell „auf die Vorschriften des Strafprozess[es]" und unterscheidet sich damit gleichermaßen von Art. 44 Abs. 2 Satz 1 GG, Art. 26 Abs. 2 Satz 1 HV und anderen landesgesetzlichen Verweisungen auf die Strafprozessordnung. Danach finden nämlich nur die Vorschriften über den Strafprozess „auf Beweiserhebungen" sinngemäß Anwendung. Eine vergleichbare Beschränkung ist dem Wortlaut des HmbUAG nicht zu entnehmen, so dass Regelungslücken generell durch Rückgriff auf die Strafprozessordnung geschlossen werden können, wo dies sinngemäß erscheint. Ein vom Beklagten angedeutetes Verständnis, wonach die Verweisung nur auf Vorschriften ausgerichtet sei, die dem parlamentarischen Untersuchungsausschuss Handlungsbefugnisse aus der Strafprozessordnung einräumen, ist mit dem weiten Wortlaut des § 35 HmbUAG nicht vereinbar. Darüber hinaus bezieht sich selbst die Verweisung des Art. 44 Abs. 2 GG nicht nur auf befugnisbegründende, sondern auch befugnisbegrenzende Regelungen der Strafprozessordnung (BVerfG, Urt. v. 17.7.1984, NJW 1984, 2271).

167 bb) Eine Übertragung der Vorschriften zum Anwesenheitsrecht des Angeklagten im Strafprozess auf den Kläger als Betroffenen des parlamentarischen Untersuchungsausschusses ist „sinngemäß" i.S.d. § 35 HmbUAG. Die „sinngemäße" Anwendung der Vorschriften über den Strafprozess muss den strukturellen Unterschieden der Verfahren Rechnung tragen (vgl. Schäfer, NJW 1998, 434 ff.). Wo aber eine vergleichbare verfassungsrechtliche Situation für eine Übertragung der strafprozessualen Regelung spricht, muss von einer „sinngemäßen" Geltung ausgegangen werden. Hier hat der Betroffene des parlamentarischen Untersuchungsausschusses vergleichbar dem Beschuldigten / Angeklagten im Strafverfahren ein verfassungsrechtlich begründetes Recht auf Anwesenheit während der ihn betreffenden Beweisaufnahme. Zwar kann sich der Betroffene des parlamentarischen Untersuchungsausschusses anders als der Angeklagte des Strafverfahrens nicht auf Art. 103 Abs. 1 GG und das dort gewährleistete rechtliche Gehör berufen, weil die Norm nur auf Verfahren vor Gerichten anwendbar ist. Aber auch der Betroffene hat einen solchen Anspruch auf rechtliches Gehör vor einem parlamentarischen Untersuchungsausschuss. Dieser Anspruch wird aus Art. 1 Abs. 1, 20 Abs. 3 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG, im Kern also aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, abgeleitet ((1), vgl. auch [z.T. ohne Rückgriff auf Art. 2 Abs. 1 GG und nur in Bezug auf Art. 20Abs. 3 und Art. 1 Abs. 1 GG] Gollwitzer, BayVBl. 1982, 417, 423; Schleich, Das parlamentarische Untersuchungsrecht des Bundes [1985], 50; Beckedorf, ZParl 1989, 35, 42 f.; Buchholz, Der Betroffene im parlamentarischen Untersuchungsausschuss [1990], 117; Richter, Privatpersonen im parlamentarischen Untersuchungsausschuss [1991], 98; Weisgerber, Das Beweiserhebungsverfahren parlamentarischer Untersuchungsausschüsse des Deutschen Bundestages [2001], 237 ff.; Plöd a.a.O., 117), dessen verfassungsrechtlich gewährleistetes Minimum ein Anwesenheitsrecht des Betroffenen während der Beweisaufnahmen des Untersuchungsausschusses umfasst ((2), vgl. auch Schleich a.a.O., 51 f.; Beckedorf a.a.O. 45; Buchholz a.a.O.; Richter a.a.O., 98; Weisgerber a.a.O., 240 f.; Plöd a.a.O., 118; Quaas, Ausgewählte Probleme zum Recht des parlamentarischen Untersuchungsausschusses, NJW 1988, 1873, 1878).

168 (1) Wer durch ein staatlich initiiertes Verfahren unmittelbar beschwert ist, hat aus Art. 1Abs. 1, 20 Abs. 3 und 2 Abs. 1 GG einen Anspruch auf rechtliches Gehör. Art. 1 Abs. 1 GG schützt die Würde des Menschen. Die Menschenwürde verbietet es dem Staat v.a. ihn zum Objekt seines Handelns zu degradieren (Maunz/Dürig, GG, 56. EL 2009, Art. 1 Rn. 36). Sie setzt das Recht auf Selbstbehauptung um. Das Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG gebietet es, die Grundrechte und Grundfreiheiten bzw. deren freiheitssichernde Funktion im Verfahrensrecht zu beachten, wofür die konkrete Ausgestaltung des Verfahrens grundsätzlich unerheblich ist (BVerfG, Beschl. v. 18.06.1957, BVerfGE 7, 53). Das auf Art. 1 Abs. 1 GG beruhende Recht auf Selbstbehauptung schlägt sich im Verfahrensrecht als Anspruch auf rechtliches Gehör nieder. Dessen Kern ist ein Recht auf Stellungnahme desjenigen, der vom staatlichen Verfahren unmittelbar beschwert ist (Maunz/Dürig, a.a.O., Art. 103 Abs. 1 Rdnr. 66). Allerdings ist das Rechtsstaatsprinzip ein zumindest im Schwerpunkt staatsgerichtetes Prinzip, weil es den Staat zur Gewährleistung eines rechtsstaatlichen Verfahrens verpflichtet. Gleichzeitig verletzt der Staat aber die allgemeine Handlungsfreiheit des vom staatlichen Verfahren betroffenen Individuums, wo er im Verfahren den vom Rechtsstaatsprinzip geformten Verfahrensrahmen verlässt, so dass das aus Art. 1Abs. 1 und Art. 20 Abs. 3 GG abgeleitete Gehörsrecht durch Art. 2 Abs. 1 GG gleichsam „subjektiviert" wird.

169 Eine solche unmittelbare Beschwerung kommt durch ein parlamentarisches Untersuchungsverfahren in Betracht ((a)) und liegt hier auf Seiten des Klägers vor, so dass dieser Träger eines solchen Rechts ist ((b)).

170 (a) Eine unmittelbare Beschwerung eines Beteiligten kann durch Maßnahmen eines parlamentarischen Untersuchungsausschusses entstehen, wenn es möglicherweise zu ehr- und rufschädigenden Feststellungen im grundsätzlich „gerichtsfesten" Abschlussbericht kommt. Dann liegt

nämlich eine mit der Beschwerung durch ein Gerichtsverfahren vergleichbare Situation vor. Sofern dagegen die Unterschiede zwischen Strafverfahren und parlamentarischem Untersuchungsverfahren vorgebracht werden, kann eine solche Argumentation nicht überzeugen.

171 Die Unterschiede zwischen Strafverfahren und parlamentarischem Untersuchungsverfahren liegen auf den Ebenen von Funktion, Öffentlichkeit und Abschluss (Gollwitzer a.a.O., 417 f.). Während das Strafverfahren einen im Einzelfall entstandenen legitimen staatlichen Strafanspruch feststellen und durchsetzen soll, geht es beim parlamentarischen Untersuchungsverfahren um eine „Selbstreinigung" des politischen Systems in einer für die Bevölkerung nachvollziehbaren Weise. Das Strafverfahren findet zwar öffentlich statt. Hier dient die Öffentlichkeit aber primär der Kontrolle des Verfahrens, während die „Anprangerung des Angeklagten" möglichst gering gehalten werden soll, zumal dessen Schuld noch nicht abschließend geklärt ist. Beim parlamentarischen Untersuchungsverfahren ist die Öffentlichkeit dagegen unmittelbar in dessen Wesen angelegt und dient nicht nur der Kontrolle seines ordnungsgemäßen Ablaufs. Hier wird eine „Pranger"-Wirkung nicht nur hingenommen, sondern in gewissem Maße sogar angestrebt, um das Vertrauen der Öffentlichkeit in den Politbetrieb wiederherzustellen, indem die Aufarbeitung politischer Skandale in der Öffentlichkeit vollzogen wird. Seinen Abschluss findet das Strafverfahren in einem Urteil und dessen möglicherweise diskriminierenden Folgen. Das parlamentarische Untersuchungsverfahren endet mit dem Abschlussbericht und dessen möglicherweise diskreditierenden Folgen.

172 Diese wesentlichen Unterschiede beider Verfahren rechtfertigen keine Unterscheidung des vom parlamentarischer Untersuchungsausschuss „Betroffenen" von dem von den Ermittlungsbehörden im Strafverfahren „Beschuldigten" im Hinblick auf deren grundsätzlichen Anspruch auf rechtliches Gehör. Vielmehr scheint die dafür erforderliche unmittelbare Betroffenheit schlicht anders gelagert zu sein. Sie kann aber dem vom parlamentarischen Untersuchungsausschuss „Betroffenen" nicht abgesprochen werden, sofern die Möglichkeit von ehr- und rufschädigenden Feststellungen zu seiner Person besteht. Auf Grund der vom parlamentarischen Untersuchungsverfahren angestrebten Öffentlichkeit und Anprangerung können diese Feststellungen faktisch eine ebenso intensive – oder u.U. sogar intensivere – Wirkung entfalten wie eine strafrechtliche Verurteilung. Das gilt sowohl im Hinblick auf die persönliche Ehre und deren Anerkennung in der Gesellschaft als auch im Hinblick auf das berufliche Fortkommen und damit die wirtschaftliche Absicherung der einzelnen Person. Zwar droht dem Beschuldigten / Angeklagten im Strafverfahren die aus rechtlicher Sicht schärfste Konsequenz im Sinne einer rechtlich bindenden Feststellung persönlicher Schuld und der damit verbundenen Sanktionierung in Form einer Geld- oder sogar Freiheitsstrafe, doch hängt es ganz vom Einzelfall ab, ob der Einzelne die Sanktion schwerer empfindet als die Diskreditierung. Hinzu kommt, dass das parlamentarische Untersuchungsverfahren mittelbar auch straf- und disziplinarrechtliche Konsequenzen haben kann, die bei der Bewertung der Rechte des Betroffenen ebenso berücksichtigt werden müssen. Darüber hinaus ist der Abschlussbericht des parlamentarischen Untersuchungsausschusses, anders als das strafrechtliche Urteil, nicht der gerichtlichen Kontrolle zugänglich (Art. 26 Abs. 5 Satz 1 HV), was ebenfalls die Schutzbedürftigkeit desjenigen erhöht, der mit ehr- und rufschädigenden Feststellungen zu seiner Person im Abschlussbericht rechnen muss (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 27.05.1986, NVwZ 1987, 610).

173 (b) Der Kläger muss mit ehr- und rufschädigenden Feststellungen zu seiner Person nicht nur im Abschlussbericht des Beklagten rechnen. Das ergibt sich aus seiner Verantwortung für Geschäftsentscheidungen der HSH Nordbank AG, die vom Untersuchungsauftrag des Beklagten umfasst sind. Als wichtiges Indiz kann in dem Rahmen auch die Entscheidung des Untersuchungsausschusses selbst gelten, wonach der Kläger Betroffener i.S.v. § 19 HmbUAG ist. Solche Beschlüsse trifft der Ausschuss gemäß § 19 Abs. 1 HmbUAG nämlich dann, wenn er über eine natürliche Person in seinem Bericht eine wertende Äußerung abgeben will. Auch seine

gleichzeitige Stellung als Beschuldigter eines gegen ihn gerichteten staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahrens in derselben Angelegenheit spricht deutlich für seine Schutzbedürftigkeit. Das Hamburgische Oberverwaltungsgericht (Beschl. v. 24.03.2010, 5 Bs 56/10, BA S. 9) geht in diesem Zusammenhang von einem unzutreffenden Sachverhalt aus, wenn es annimmt, ein „Strafverfahren" sei noch nicht eingeleitet. Ein solches Verfahren ist im Stadium des Ermittlungsverfahrens bei der Staatsanwaltschaft Hamburg (5550 Js 4/09) aufgrund eines angenommenen Anfangsverdachts anhängig.

174 (2) Teil des dem Betroffenen des parlamentarischen Untersuchungsausschusses zustehenden rechtlichen Gehörs ist sein Recht auf Anwesenheit während der öffentlichen und nichtöffentlichen Beweisaufnahme durch den parlamentarischen Untersuchungsausschuss. Zwar kann der Anspruch auf rechtliches Gehör nur in seinen Grundzügen als Minimalanspruch unmittelbar aus den Grundrechten des Betroffenen abgeleitet werden (BVerfG, Beschl. v. 18.06.1957, BVerfGE 7, 53). Dieser Minimalanspruch umfasst aber das Recht des Betroffenen eines parlamentarischen Untersuchungsausschusses auf Anwesenheit während dessen Beweisaufnahme.

175 Das ergibt sich aus einer Gegenüberstellung der betroffenen verfassungsrechtlichen Positionen im Sinne einer praktischen Konkordanz. Dieser Grundsatz ist im Recht der parlamentarischen Untersuchungsausschüsse der Hamburgischen Bürgerschaft anzuwenden, wenn es um den Schutz von Grundrechten geht (HVerfG, Urt. v. 26.06.1995, 1/95, juris). Das parlamentarische Untersuchungsrecht findet seine Grundlage in Art. 26 HV. Sein Kern ist die Untersuchung eines Sachverhalts. Die Beweisaufnahme ist das zentrale Instrument der Tatsachenermittlung und damit jeder parlamentarischen Untersuchung (Schneider, NJW 2001, 2604, 2606). Folglich wiegt der Ausschluss von der Beweisaufnahme für den Betroffenen schwer. Das gilt umso mehr, als gerade die politische Bewertung der ermittelten Tatsachen erklärtes Ziel der parlamentarischen Untersuchung ist. Für eine nachvollziehbare Bewertung kommt es indes entscheidend auf den persönlichen Eindruck von Beweismitteln an, insbesondere wenn es um die Aussagen von Zeugen geht. Ein generelles Recht, den Betroffenen von der Beweisaufnahme auszuschließen, ist folglich nur dann gerechtfertigt, wenn ansonsten die Effektivität der Tatsachenermittlung oder die ebenfalls von der Verfassung verbürgte uneingeschränkte Verfahrenshoheit des parlamentarischen Untersuchungsausschusses (siehe BVerfG, Urt. v. 17.7.1984, NJW 1984, 2271) erheblich beeinträchtigt wäre. Beides ist aber weder bei der öffentlichen noch bei der nichtöffentlichen Beweisaufnahme der Fall.

176 Was die Effektivität der Tatsachenermittlung betrifft, so ist zu berücksichtigen, dass vom Betroffenen eine unvoreingenommene Aussage wegen seiner persönlichen Situation ohnehin nicht zu erwarten ist, so dass der Aussagewert von vornherein beschränkt ist. Dass sich der Betroffene des parlamentarischen Untersuchungsausschusses während seiner Aussage in einem psychologisch vergleichbaren Zustand wie der Beschuldigte des Strafverfahrens befindet, ist nämlich zumindest für die hier vorliegende Fallkonstellation anerkannt, dass seine Aussage für ein gleichzeitig laufendes oder zumindest drohendes staatsanwaltschaftliches Ermittlungsverfahren zu derselben Angelegenheit relevant ist (vgl. Kohlmann, JA 1984, 670, 672 f.; Beckedorf a.a.O., 48 ff.; Richter a.a.O., 98 f.). Für den Fall der öffentlichen Vernehmung kommt hinzu, dass sich der Betroffene ohnehin vor seiner eigenen Aussage über die Aussagen von vorher gehörten Zeugen in den Medien informieren könnte (siehe Plöd a.a.O., 126).

177 Die Anwesenheit des Betroffenen im Untersuchungsverfahren droht außerdem nicht die Ermittlungshoheit des parlamentarischen Untersuchungsausschusses zu beeinträchtigen. Eine solche Beeinträchtigung droht dann, wenn die aus dem Gehörsrecht abgeleiteten Befugnisse des Betroffenen diesen ermächtigen, den Untersuchungsverlauf inhaltlich zu beeinflussen oder zu verzögern, wie es bei eigenen Frage- oder Antragsrechten des Betroffenen in Betracht käme. In-

wiefern das im Einzelfall zur Wahrung seiner Rechte angezeigt sein kann, muss hier nicht erörtert werden. Eine inhaltliche Beeinflussung der Untersuchung oder gar deren Verzögerung muss jedenfalls durch die bloße Anwesenheit des Betroffenen während der Beweisaufnahme nicht befürchtet werden. Wenn aber das Anwesenheitsrecht des Betroffenen weder die Effektivität der Beweisaufnahme noch die Untersuchungshoheit des parlamentarischen Untersuchungsausschusses empfindlich beeinträchtigt, kann es angesichts seiner grundlegenden Bedeutung für die Ausübung des rechtlichen Gehörs im parlamentarischen Untersuchungsverfahren unmittelbar aus dieser Verfassungsposition abgeleitet werden.

178 Angesichts dessen überzeugt weder die Argumentation des Oberverwaltungsgerichts Münster in seinem Beschluss vom 2.09.1986 (NVwZ 1987, 606; vgl. i.E. auch Buchholz a.a.O., 125 f.), noch die Argumentation des Hamburgischen Oberverwaltungsgerichts in seinem Beschluss vom 3.02.2010 (5 Bs 16/10, NordÖR 2010, 170). Beide Beschlüsse sprechen dem Betroffenen ein verfassungsmäßiges Anwesenheitsrecht ab. Für die Verwirklichung des Anspruchs auf rechtliches Gehör genüge es, wenn dem Betroffenen insgesamt die Möglichkeit gegeben werde, sich zum entscheidungserheblichen Sachverhalt zu äußern und mit seinen Äußerungen auf Gang und Ergebnis des Verfahrens Einfluss zu nehmen bzw. wenn der Betroffene den Entwurf des Abschlussberichts kommentieren dürfe.

179 Ein möglichst schonender Ausgleich der typischerweise betroffenen Rechtspositionen wird dadurch aber nicht gewährleistet, wenn man bedenkt, wie geringfügig die den Interessen des Betroffenen widerstreitenden Rechtsgüter durch seine Anwesenheit beschränkt werden und welch empfindliche Beeinträchtigung seiner Rechtsgüter im entgegengesetzten Fall drohte. Die Intensität der potenziellen Grundrechtsbeeinträchtigung des Betroffenen bewertet die Kammer insbesondere anders als das Hamburgische Oberverwaltungsgericht, das dafür maßgeblich an den Abschlussbericht anknüpft und deshalb dessen Kommentierung durch den Betroffenen als ausreichend erachtet. Im Abschlussbericht manifestiert sich zwar die Grundrechtsbeeinträchtigung des Betroffenen, sie liegt aber schwerpunktmäßig bereits im Verfahren. Dort wird das Verhalten des Betroffenen vor dem Hintergrund eines konkreten Vorwurfs beleuchtet und bewertet sowie durch die Medien kommentiert und einer breiten Öffentlichkeit bekannt gemacht. Es ist ihm deshalb nicht zuzumuten, vor verschlossenen Türen zu warten, während andere über sein Verhalten Bericht erstatten und der parlamentarische Untersuchungsausschuss daraus Rückschlüsse über seine Verantwortung dafür zieht. Sein rechtliches Gehör, dessen Kern ein Recht auf Stellungnahme ist (insoweit stimmt die Kammer dem Oberverwaltungsgericht zu), umfasst das Recht, zu den Ergebnissen einer Beweisaufnahme des parlamentarischen Untersuchungsausschusses Stellung zu nehmen. Deshalb muss er bei der Vernehmung der Zeugen durch den parlamentarischen Untersuchungsausschuss anwesend sein können.

180 Die vom Beklagten alternativ angeführte Option einer nachträglichen Unterrichtung, hat der Gesetzgeber nicht ergriffen. Eine „standardmäßige" analoge Anwendung von § 19 Abs. 5 Satz 2 HmbUAG käme – anders als bei der Heilung singulärer, lediglich irrtümlich verursachter Verfahrensfehler – auch nicht in Betracht. Hier würde nämlich das vom Hamburgischen Oberverwaltungsgericht (Beschl. v. 24.03.2010, 5 Bs 56/10, BA S. 9) zu § 19 Abs. 5 Satz 2 HmbUAG Gesagte gelten:

181 > „[…] einer derartigen Zusammenfassung kommt nicht der gleiche Stellenwert wie der körperlichen Wahrnehmung gegebenenfalls sämtlicher der zuvor getätigten Zeugenaussagen zu."

182 Darüber hinaus bewertet die Kammer die Ausnahmesituationen anders, die insbesondere das Oberverwaltungsgericht Münster veranlassten, aus dem Gehörsrecht des Betroffenen kein Anwesenheitsrecht abzuleiten. Das Oberverwaltungsgericht meint, dass einem Anwesenheitsrecht

vielfach Grundrechte Dritter oder überragende Geheimhaltungsinteressen entgegenstünden. Aus Sicht der Kammer dürften Grundrechte Dritter, die der Anwesenheit des Betroffenen entgegenstehen – anders als im durch das Täter-Opfer-Verhältnis geprägten Strafverfahren – im parlamentarischen Untersuchungsverfahren eine nur untergeordnete Rolle spielen. Geheimhaltungsinteressen kann regelmäßig dadurch Rechnung getragen werden, dass der zur Anwesenheit berechtigte Betroffene gemäß § 29 HmbUAG zur Verschwiegenheit verpflichtet wird mit der Rechtsfolge, dass auf ihn, im Falle der Verletzung der danach bestehenden besonderen Geheimhaltungspflicht, § 353 b Abs. 2 Nr. 1 StGB zur Anwendung kommt.

183 Es sind nur ganz seltene Ausnahmefälle denkbar, in denen das Anwesenheitsrecht des Betroffenen hinter anderen Rechtsgütern zurücktreten muss, was aber keine Zweifel an seiner Existenz rechtfertigt. Im vergleichbaren Falle des Angeklagten im Strafverfahren würde niemand in Zweifel ziehen, dass ein grundsätzlich verfassungsrechtlich begründetes Anwesenheitsrecht des Angeklagten während der Beweisaufnahme besteht, nur weil dieses in den ausgesprochen seltenen Fällen des § 247 StPO ausnahmsweise zurücktreten muss.

184 3. Der Beklagte ist passivlegitimiert. Der Untersuchungsausschuss ist ein gemäß Art. 26 HV mit eigenen Rechten ausgestattetes Hilfsorgan der Hamburgischen Bürgerschaft. Ihm sind durch das HmbUAG eigene hoheitliche Befugnisse gegenüber Dritten eingeräumt (vgl. u.a. BVerwG, Urt. v. 21.11.1980, 7 C 85/78; VGH Kassel, Beschl. v. 29.10.1995, 11 TG 3617/95; OVG Berlin, Beschl. v. 27.8.2001, 8 B17/01; OVG Saarlouis, Beschl. v. 5.11.2002, 1 W 29/02; alle juris). Die Bürgerschaft kann von Verfassungs wegen als Plenum diese besonderen Befugnisse nicht selbst wahrnehmen. Dementsprechend kann der Kläger das Recht nur gegenüber dem Untersuchungsausschuss – also dem Beklagten – geltend machen, welcher die beanstandete Maßnahme selbst erlassen hat bzw. zukünftig nur erlassen kann (vgl. BVerfG, Urt. v. 8.4.2002, 2 BvE 2/01, juris und Beschl. v. 15.6.2005, BVerfGE 113, 113 (120); VerfGH Sachsen, Urt. v. 21.11.2008, Vf. 99-I-08, juris; VerfG Brandenburg, Beschl. v. 19.2.2009, 44/08, juris). Diese Auffassung findet auch in § 33 HmbUAG ihre Stütze, wonach während der Dauer des Untersuchungsverfahrens dem Untersuchungsausschuss das Recht zur Erhebung der Beschwerde gegen gerichtliche Entscheidungen nach Maßgabe der StPO zusteht. Hinzu kommt, dass die Bürgerschaft mangels entsprechender Rechte kaum eine gerichtliche Entscheidung gegenüber dem Beklagten durchsetzen könnte. Insoweit mangelte es an der Vollstreckbarkeit.

185 4. Die Begrenzung im Tenor auf die Feststellung eines „grundsätzlichen" Rechts zur Anwesenheit hat klarstellende Funktion. Einschränkungen können sich im Einzelfall insbesondere aus § 12 HmbUAG (a) und § 35 HmbUAG i.V.m. § 247 StPO (b) ergeben.

186 Danach kann das Anwesenheitsrecht des Betroffenen in allen für das parlamentarische Untersuchungsverfahren wesentlichen Fällen eingeschränkt werden.

187 a) Zunächst besteht eine gesetzliche Regelung für die Aufrechterhaltung der Ordnung in der Sitzung. Sie ist auch gegenüber einem Betroffenen anzuwenden. § 12 HmbUAG hat folgenden Wortlaut:

188

> „Die Aufrechterhaltung der Ordnung in der Sitzung obliegt der oder dem Vorsitzenden. Personen, die den zur Aufrechterhaltung der Ordnung getroffenen Anordnungen nicht Folge leisten, können aus dem Sitzungsraum entfernt werden. Über Maßnahmen nach Satz 2 entscheidet gegenüber Personen, die an der Verhandlung über den Untersuchungsgegenstand nicht beteiligt sind, die oder der Vorsitzende, in den übrigen Fällen der Untersuchungsausschuss."

189 Da der Betroffene – auch nach Ansicht des Hamburgischen Oberverwaltungsgerichts (Beschl. v.

24.03.2010, BA S. 8) – Verfahrensbeteiligter ist, hat über Ordnungsmaßnahmen gegen ihn der Ausschuss selbst zu befinden.

190 b) Ferner ist gemäß § 35 HmbUAG u.a. die Vorschrift des § 247 Satz 1 StPO sinngemäß anwendbar, die ihrerseits folgenden Wortlaut hat:

191 „Das Gericht kann anordnen, dass sich der Angeklagte während einer Vernehmung aus dem Sitzungszimmer entfernt, wenn zu befürchten ist, ein Mitangeklagter oder ein Zeuge werde bei seiner Vernehmung in Gegenwart des Angeklagten die Wahrheit nicht sagen."

192 Die Regelung des § 247 Satz 1 StPO stellt sicher, dass das Anwesenheitsrecht des Betroffenen nicht zu einer Beeinträchtigung der Wahrheitsfindung im Einzelfall führt. Der bloße Wunsch eines Zeugen oder anderen Betroffenen rechtfertigt den Ausschluss allerdings nicht (vgl. BGH, Beschl. v. 14. 3. 2002, NStZ-RR 2002, 217). Ob die Befürchtung begründet ist, hat der Ausschuss nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden. Die Entscheidung muss sich dabei auf bestimmte Tatsachen stützen, die im Beschluss anzuführen sind.

193 Der Betroffene kann möglicherweise auch von der Anwesenheit ausgeschlossen werden, wenn eine rechtmäßige Sperrerklärung (§ 96 StPO in entsprechender Anwendung [BGH, Beschl. v. 16.01.2001, NStZ 2001, 333] i.V.m. § 68 Abs. 1 BBG / § 46 Abs. 1 HmbBG i.V.m. § 37 Abs. 3 BeamtStG [vgl. unter dem Gesichtspunkt der Begrenzung des Beweiserhebungsrechts: BVerfG, Beschl. v. 17.06.2009, NVwZ 2009, 1353]) vorliegt und der Zeuge sonst nicht „freigegeben" wird (vgl. BGH, Urt. v. 2.07.1996, NJW 1996, 2738). Zwingende Voraussetzung wäre aber in jedem Fall, dass der Untersuchungsausschuss bei Zweifeln an der Begründetheit der Verwaltungsentscheidung zunächst auf deren Überprüfung dringt (vgl. BVerfG, Beschl. 26.05.1981, 2 BvR 215/81, BVerfGE 57, 250).

194 5. Eine Vorlage bei einem Verfassungsgericht hat entgegen der Auffassung des Beklagten nicht zu erfolgen. Dies setzte voraus, dass das Gericht das HmbUAG für verfassungswidrig hielte (vgl. Art. 100 Abs. 1 GG) oder annähme, dass das Gesetz gegen die HV verstieße (vgl. Art 64 Abs. 2 HV). Beides ist nicht der Fall. Das Gesetz ist – wie gezeigt – erkennbar auslegungsbedürftig und auslegungsfähig.

III.

195 1. Die Nebenentscheidungen folgen aus §§ 154 Abs. 1 VwGO, 167 VwGO i.V.m. §§ 708Nr. 11, 711 ZPO.

196 2. Die Berufung wird gemäß §§ 124Abs. 2 Nr. 3, 124a Abs. 1 Satz 1 VwGO zugelassen, weil die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat. Das Anwesenheitsrecht von Betroffenen in Untersuchungsausschüssen der Hamburgischen Bürgerschaft ist durch eine obergerichtliche Entscheidung in einem Hauptsacheverfahren nicht geklärt. Auf die der Rechtsaufassung der Kammer in den Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes widersprechenden Beschlüsse des 5. Senats des Hamburgischen Oberverwaltungsgerichts vom 3.02.2010 (5 Bs 16/10, NordÖR 2010, 170) und vom 24.03.2010 (5 Bs 56/10) wird verwiesen.

Gericht:	Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen Fachsenat für Bundespersonalvertretungssachen
Entscheidungsdatum:	17.11.2009
Aktenzeichen:	16 A 3277/07.PVB
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	juris
Normen:	§ 75 Abs 1 Nr 3 BPersVG, § 76 Abs 1 Nr 4 BPersVG, § 69 Abs 1 BPersVG, § 69 Abs 2 BPersVG
Zitiervorschlag:	Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 17. November 2009 – 16 A 3277/07.PVB –, juris

Generelle Weisungen der übergeordneten Dienststelle in Personalangelegenheiten - Mitbestimmung bei Versetzung

Orientierungssatz

1. Versetzungen auf der Grundlage der Handlungsempfehlung/Geschäftsanweisung "Optimierung der Inneren Verwaltung" unterliegen der Mitbestimmung der örtlichen Personalräte, 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.(Rn.20)

2. Zur Verpflichtung, das Mitbestimmungsverfahren in den betroffenen Versetzungsverfahren nachzuholen, wenn deren Mitbestimmungspflichtigkeit rechtskräftig festgestellt worden ist. (Rn.35)

Verfahrensgang

vorgehend VG Köln, 12. Oktober 2007, 33 K 1391/07.PVB
nachgehend BVerwG 6. Senat, 17. Februar 2010, 6 PB 48/09, Beschluss

Tenor

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 § 75Abs. 1 Nr. 3 bzw. § 76 Abs. 1 Nr. 4 BPersVG nachzuholen.

Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen.

Gründe

I.

1 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."

2 Der Antragsteller ist der Ansicht, die Versetzungen unterlägen nach §§ 75Abs. 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 §§ 75Abs. 1, 76 Abs. 1 BPersVG im Rahmen der erfassten Einzelfälle verbraucht sein.

3 Der Antragsteller hat am 6. April 2007 das personalvertretungsrechtliche Beschlussverfahren eingeleitet. Er hat beantragt,

4 festzustellen, dass die Versetzung der in der Liste vom 20. Februar 2007 erfassten Beschäftigten zur Agentur für Arbeit L. zum 1. März 2007 gemäß § 75Abs. 1 Nr. 3 bzw. § 76 Abs. 1 Nr. 4 BPersVG seiner Mitbestimmung unterliegt.

5 Der Beteiligte hat beantragt,

6 den Antrag abzulehnen.

7 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.

8 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 Folgemaßnah-

men eine abschließende Spezialregelung darstelle.

9 Der Beteiligte beantragt, den angefochtenen Beschluss des Verwaltungsgerichts Köln zu ändern und den Antrag abzulehnen.

10 Der Antragsteller beantragt, 1. die Beschwerde zurückzuweisen,

11 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 § 75Abs. 1 Nr. 3 bzw. § 76 Abs. 1 Nr. 4 BPersVG nachzuholen.

12 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.

13 Der Beteiligte beantragt, den Antrag zu 2. des Antragstellers abzulehnen.

14 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.

15 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.

16 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.

17 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.

18 Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte und des beigezogenen Verwaltungsvorgangs Bezug genommen.

19 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 § 75Abs. 1 Nr. 3 bzw. § 76 Abs. 1 Nr. 4 BPersVG dessen Mitbestimmungsrecht verletzt.

20 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.

21 Vgl. BVerwG, Beschluss vom 30. März 2009 - 6 PB 31.08 -, Juris Rdn. 10 (= PersR 2009, 332).

22 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).

23 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.

24 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.

25 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.

26 Vgl. BVerwG, Beschluss vom 30. März 2009, a.a.O. Rdn. 33.

27 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,

28 "Gleichzeitig werden alle Mitarbeiter/innen ... unter Beibehaltung ihres Dienstortes zu der AA versetzt, an deren Sitz der Interne Service eingerichtet wird",

29 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.

30 Vgl. Bundesministerium der Justiz, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. Auflage (2008), Teil B Rdn. 83: "imperatives Präsens".

31 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.

32 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).

33 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.

34 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.

35 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.

36 Der Beteiligte hat die Antragserweiterung im übrigen auch nicht als unzulässig gerügt.

37 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.

38 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.

39 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 § 75Abs. 1 Nr. 3 bzw. § 76Abs. 1 Nr. 4 i.V.m. § 69 Abs. 1 und 2 BPersVG. Diesen kann der Antragsteller gerichtlich feststellen lassen.

40 Vgl. zur Begründung des Verfahrensanspruchs im Einzelnen: BVerwG, Beschluss vom 15. März 1993 - 6 P 38/93 -, Juris Rdn. 26 ff (= JurPC 1996, 79).

41 Eine Kostenentscheidung entfällt im personalvertretungsrechtlichen Beschlussverfahren. Die Rechtsbeschwerde war nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen hierfür nicht vorliegen.

Gericht:	Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen Fachsenat für Bundespersonalvertretungssachen
Entscheidungsdatum:	06.10.2009
Aktenzeichen:	16 A 3278/07.PVB
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	juris
Normen:	§ 75 Abs 1 Nr 3 BPersVG, § 76 Abs 1 Nr 4 BPersVG
Zitiervorschlag:	Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 06. Oktober 2009 – 16 A 3278/07.PVB –, juris

Mitbestimmung bei generellen Weisungen der übergeordneten Dienststelle in Personalangelegenheiten

Orientierungssatz

1. Versetzungen von Bediensteten der Agentur für Arbeit zu einer anderen Agentur für Arbeit, an deren Sitz der "Interne Service" nach Maßgabe der Handlungsempfehlung/Geschäftsanweisung (HE/GA) der Bundesagentur für Arbeit vom 30.11.2006 zum 1.3.2007 zur "Optimierung der Inneren Verwaltung" errichtet worden ist, unterliegen der Mitbestimmung des örtlichen Personalrates.(Rn.18)

2. Sein Mitbestimmungsrecht ist durch die Dienstvereinbarung zwischen dem Hauptpersonalrat und der damaligen Bundesanstalt für Arbeit vom 13. Oktober 2003 nicht verbraucht (so auch OVG Lüneburg, 12.11.2008, 17 LP 25/07, PersR 2009, 27 bzw. Anschluss an BVerwG, 30.03.2009, 6 PB 29/08, PersR 2009, 332).(Rn.18)

Verfahrensgang

vorgehend VG Köln Fachkammer für Personalvertretungsangelegenheiten (Bund), 12. Oktober 2007, 33 K 1413/07.PVB
nachgehend BVerwG 6. Senat, 17. Februar 2010, 6 PB 43/09, Beschluss

Diese Entscheidung zitiert

Rechtsprechung

Anschluss BVerwG 6. Senat, 30. März 2009, 6 PB 29/08
So auch OVG Lüneburg 17. Senat, 12. November 2008, 17 LP 25/07

Tenor

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 § 75Abs. 1 Nr. 3 bzw. § 76 Abs. 1 Nr. 4 BPersVG nachzuholen.

Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen.

Gründe

1 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."

2 Der Antragsteller ist der Ansicht, die Versetzungen unterlägen nach §§ 75Abs. 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 §§ 75Abs. 1, 76 Abs. 1 BPersVG im Rahmen der erfassten Einzelfälle verbraucht sein.

3 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 § 75Abs. 1 Nr. 3 bzw. § 76 Abs. 1 Nr. 4 BPersVG seiner Mitbestimmung unterliegt.

4 Der Beteiligte hat beantragt, den Antrag abzulehnen.

5 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.

6 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.

7 Der Beteiligte beantragt, den angefochtenen Beschluss des Verwaltungsgerichts Köln zu ändern und den Antrag abzulehnen.

8 Der Antragsteller beantragt, 1. die Beschwerde zurückzuweisen,

9 2. 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 § 75Abs. 1 Nr. 3 bzw. § 76 Abs. 1 Nr. 4 BPersVG nachzuholen.

10 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.

11 Der Beteiligte beantragt, den Antrag zu 2. des Antragstellers abzulehnen.

12 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.

13 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.

14 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.

15 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 be-

fürchtet, dass der Beteiligte sich ebenso verhalten werde. Der Antrag zu 2. solle ein weiteres Beschlussverfahren verhindern.

16 Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte und des beigezogenen Verwaltungsvorgangs Bezug genommen.

17 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 § 75Abs. 1 Nr. 3 bzw. § 76 Abs. 1 Nr. 4 BPersVG dessen Mitbestimmungsrecht verletzt.

18 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.

19 Vgl. BVerwG, Beschluss vom 30. März 2009 - 6 PB 31.08 -, Juris Rdn. 10 (= PersR 2009, 332).

20 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).

21 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.

22 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.

23 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.

24 Vgl. BVerwG, Beschluss vom 30. März 2009, a.a.O. Rdn. 33.

25 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,

26 "Gleichzeitig werden alle Mitarbeiter/innen ... unter Beibehaltung ihres Dienstortes zu der AA versetzt, an deren Sitz der Interne Service eingerichtet wird",

27 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.

28 Vgl. Bundesministerium der Justiz, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. Auflage (2008), Teil B Rdn. 83: "imperatives Präsens".

29 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.

30 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).

31 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.

32 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.

33 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.

34 Der Beteiligte hat die Antragserweiterung im übrigen in der mündlichen Anhörung auch nicht als unzulässig gerügt.

35 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.

36 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.

37 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 § 75Abs. 1 Nr. 3 bzw. § 76Abs. 1 Nr. 4 i.V.m. § 69 Abs. 1 und 2 BPersVG. Diesen kann der Antragsteller gerichtlich feststellen lassen.

38 Vgl. zur Begründung des Verfahrensanspruchs im Einzelnen: BVerwG, Beschluss vom 15. März 1993 - 6 P 38/93 -, Juris Rdn. 26 ff (= JurPC 1996, 79).

39 Eine Kostenentscheidung entfällt im personalvertretungsrechtlichen Beschlussverfahren. Die Rechtsbeschwerde war nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen hierfür nicht vorliegen.

Gericht: VG Frankfurt (Oder) 4. Kammer
Entscheidungsdatum: 09.07.2009
Aktenzeichen: 4 K 558/07
ECLI: ECLI:DE:VGFRANK:2009:0709.4K558.07.0A
Dokumenttyp: Urteil

Quelle: juris

Normen: Art 170 BGBEG, § 1 StHaftFreistG BB, § 2 Abs 4 StGB, § 1 Abs 2 S 1 Nr 4 GrdstVV vom 14.07.1992, Art 34 GG... mehr
Zitiervorschlag: VG Frankfurt (Oder), Urteil vom 09. Juli 2009 – 4 K 558/07 –, juris

Haftungsfreistellung für geleisteten Schadensersatz

Orientierungssatz

1. Ein Anspruch auf Erstattung von Schadensersatzleistungen, die aufgrund eines Urteils aus dem Jahr 2000 im Zusammenhang mit einem Restitutionsverfahren gezahlt wurden, kann nicht auf die Regelungen des HfrG BB gestützt werden, da dieses nicht mehr anwendbar ist. (Rn.43)

2. Eine Schadenszufügung aufgrund einer investitionsfördernden Entscheidung wegen der Erteilung einer Grundstücksverkehrsgenehmigung ist nicht gegeben, wenn der Schaden bereits aufgrund des Erlasses eines rechtswidrigen Restitutionsbescheides eingetreten ist und die Genehmigung ohnehin hätte erteilt werden müssen.(Rn.59)(Rn.61)

Tenor

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

1 Der Kläger begehrt vom Beklagten die Erstattung von Leistungen nach dem Haftungsfreistellungsgesetz (BbgHfrG), weil er von dem Restitutionsberechtigten xxx wegen einer Amtspflichtverletzung auf Schadensersatz in Höhe von 240.000 DM in Anspruch genommen wurde.

2 Mit Schreiben vom 03. September 1990 beantragte Frau xxx (Mutter des Restitutionsberechtigten xxx) die Rückübertragung des Grundstückes in xxx.

3 Herr xxx fragte mit Schreiben vom 21. Januar 1991 beim Liegenschaftsamt xxx an, wer Eigentümer dieses Grundstückes sei und bat um Zusendung des Grundbuchauszuges.

4 Mit Bescheid vom 16. März 1992 übertrug der Landkreis xxx das Eigentum an dem genannten Grundstück Frau xxx. Erbe des in der ehemaligen DDR belegenen Grundvermögens war jedoch ausweislich des Erbscheines des Amtsgerichts xxx vom 09. Februar 1992 vielmehr Herr xxx.

5 Mit Schreiben vom 04. April 1992 bestätigte der Beklagte Herrn xxx, dass sein „Antrag vom 23.

Januar 1991" am 29. September 1991 eingegangen und registriert worden sei.

6 Am 01. Juni 1992 veräußerte Frau xxx das Grundstück für 240.000 DM an die Eheleute xxx.

7 Mit Schreiben vom 18. Juni 1992, eingegangen beim Amt zur Regelung offener Vermögensfragen des damaligen Landkreises xxx am 22. Juni 1992, beantragte Herr xxx die Rückübertragung des Grundstücks.

8 Das Amt zur Regelung offener Vermögensfragen xxx 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 xxx. Frau xxx wurde darauf am 18. September 1992 als Eigentümerin des Grundstücks im Grundbuch eingetragen.

9 Der Landkreis xxx erteilte am 24. Juli 1992 zu dem zwischen Frau xxx und den Eheleuten xxx am 01. Juni 1992 geschlossenen Grundstückskaufvertrag eine Grundstücksverkehrsgenehmigung, worauf die Eheleute xxx 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 xxx erwirkte einstweilige Verfügung des Kreisgerichts xxx vom 22. Juli 1993 angeordnet worden war.

10 Am 08. September 1993 legte xxx 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.

11 Mit Widerspruchsbescheid vom 24. März 1999 hob das Landesamt zur Regelung offener Vermögensfragen xxx den zugunsten von Frau xxx erlassenen Restitutionsbescheid vom 16. März 1992 auf. Gleichzeitig wurde der gegen den Bescheid vom 14. Oktober 1996 eingelegte Widerspruch zurückgewiesen, da eine Rückübertragung auf Grund der wirksamen Veräußerung des Grundstückes an die Eheleute xxx nicht mehr möglich sei.

12 xxx 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.

13 Mit Urteil des Brandenburgischen Oberlandesgerichts vom 30. Januar 1996 wurde xxx zur Zahlung von 240.000 DM nebst Zinsen an ihren Sohn xxx verurteilt. xxx konnte indessen diesen Anspruch nicht vollstrecken, weil seine Mutter kein pfändbares Vermögen hatte.

14 xxx 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 xxx. 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 xxx 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 xxx vom 18. Juni 1992 hätte klar sein müssen, dass der Restitutionsbescheid vom 16. März 1992 mangels erforderlicher Beteiligung des Herrn xxx noch nicht bestandskräftig geworden sei und damit noch kein Eigentumsübergang auf die Mutter des Herrn xxx stattgefunden habe.

15 Der Kläger beantragte erstmals mit Schreiben vom 14. Juni 2000 die Haftungsfreistellung wegen des eventuell an Herrn xxx zu leistenden Schadensersatzes.

16 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.

17 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.

18 Mit Bescheid vom 27. März 2007 lehnte der Beklagte den Antrag ab und führte zur Begründung aus, dass der durch die Eintragung der Eheleute xxx 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 auf Grund einer Entscheidung nach dem Vermögensgesetz in das Grundbuch eingetragen worden sei. Da xxx 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.

19 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.

20 Der Kläger hat am 30. April 2007 die vorliegende Klage erhoben.

21 Er trägt vor: Das BbgHfrG sei in zeitlicher Hinsicht anwendbar. Dementsprechend stelle das Land Brandenburg jährlich im Haushaltsplan entsprechende Haushaltstitel zur Verfügung.

22 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.

23 Das BbgHfrG 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.

24 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.

25 § 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.

26 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 xxx noch nicht als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen gewesen sei. Erst diese Grundstücksverkehrsgenehmigung habe den Vollzug des zwischen xxx und den Eheleuten xxx geschlossenen Kaufvertrages ermöglicht, wodurch der Restitutionsanspruch des xxx erloschen sei.

27 Diesbezüglich greife auch der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens nicht ein. Vorliegend reiche eine äquivalente Kausalität für den Schadenseintritt aus. Nach einer grundbuchlichen Eintragung von xxx 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 xxx vom 18. Juni 1992 dem entgegengestanden hätte.

28 Der Erstattungsanspruch nach dem BbgHfrG bestehe unabhängig von einer Mitgliedschaft im KSA.

29 Die Leistungen des KSA an ihn – den Kläger – würden den Beklagten nicht von seiner Leistungspflicht befreien.

30 Der Kläger macht mit Schriftsatz vom 30. Juli 2007 Seite 11 – 16 nähere Angaben zur Höhe des geltend gemachten Betrages.

31 Der Kläger beantragt,

32 1.) den Beklagten unter Aufhebung des Bescheides vom 27. März 2007 zu verpflichten, ihm den beantragten positiven Bescheid über die Erstattung des Herrn xxx zu leistenden Schadensersatzes einschließlich Zinsen und Verfahrenskosten und damit über die Erstattung eines Betrages in Höhe von insgesamt 137.009,87 Euro zu erteilen,

33 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.

34 Der Beklagte beantragt,

35 die Klage abzuweisen.

36 Er verteidigt den angefochtenen Bescheid und trägt ergänzend vor: Das BbgHfrG sei vorliegend anwendbar. Auf den Zeitpunkt der Antragstellung komme es nicht an.

37 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.

38 Die Mitgliedschaft des Klägers im KSA habe im Übrigen zur Folge, dass der mit dem BbgHfrG bezweckte Finanzausgleich vorliegend ausscheide.

39 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Streitakte und die beigezogenen Verwaltungsvorgänge des Beklagten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

40 Die zulässige Verpflichtungsklage ist nicht begründet.

41 Der Kläger hat keinen Anspruch auf die Erstattung des an Herrn xxx 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).

42 Für den geltend gemachten Anspruch gibt es keine Rechtsgrundlage (mehr).

43 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 xxx 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.

44 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.

45 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.

46 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.

47 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).

48 Eine weitere Anwendbarkeit des Haftungsfreistellungsgesetzes ergibt sich auch nicht aus Artikel 170 EGBGB bzw. daraus folgenden allgemeinen Rechtsgedanken bzw. den Grundsätzen des intertemporalen Rechts.

49 Gem. Artikel 170 EGBGB bleiben für ein Schuldverhältnis, das vor dem Inkrafttreten des BGB entstanden ist, die bisherigen Gesetze maßgebend.

50 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).

51 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.

52 Abgesehen davon hat sich der Entstehungstatbestand des § 1 BbgHfrG auch nicht vor seinem Außerkrafttreten verwirklicht.

53 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.

54 Dieser Sachverhalt war vor dem 30. Juni 1999 überhaupt nicht verwirklicht, weil der Schadensersatz erst nach dem Außerkrafttreten des Gesetzes geleistet wurde, nämlich erst auf Grund 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.

55 Selbst wenn man das BbgHfrG zeitlich für weiter anwendbar hält, liegt keine rechtswidrige Schadenszufügung durch eine investitionsfördernde Entscheidung vor.

56 Eine investitionsfördernde Entscheidung liegt unter anderem bei Erteilung einer Grundstücksverkehrsgenehmigung nach § 1 GVO vor (vgl. § 1 Satz 2 BbgHfrG).

57 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.

58 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, xxx, nicht beteiligt hat und des weiteren sein beim Grundbuchamt gestelltes Eintragungsersuchen zu Gunsten von xxx 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 xxx stattgefunden hatte und eine Rückübertragung zu Gunsten von xxx noch möglich gewesen wäre.

59 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.

60 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).

61 Die Grundstücksverkehrsgenehmigung hätte letztlich erteilt werden müssen, nachdem der Restitutionsbescheid zugunsten von xxx 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).

62 Danach war die Grundstücksverkehrsgenehmigung zu erteilen, wenn der Veräußerer auf Grund einer Entscheidung nach § 31Abs. 5 Satz 3 oder § 33 Abs. 3 VermG in das Grundbuch eingetragen worden ist.

63 Zum Zeitpunkt der Erteilung der Grundstücksverkehrsgenehmigung unter dem 24. Juli 1992 war xxx 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 xxx 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.

64 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO.

65 Die Entscheidung zur Vollstreckbarkeit beruht auf § 167 VwGO i. V. m. §§ 708Nr. 11, 711 ZPO.

Gericht:	VG Gelsenkirchen 3. Kammer
Entscheidungsdatum:	24.06.2009
Aktenzeichen:	3 K 1256/09
Dokumenttyp:	Urteil
Quelle:	juris
Normen:	§ 4 Abs 1 Nr 7 BhV NW, § 88 BG NW, § 3 Abs 1 Nr 1 BhV NW
Zitiervorschlag:	VG Gelsenkirchen, Urteil vom 24. Juni 2009 – 3 K 1256/09 –, juris

(Die mit - beabsichtigtem - Gesetzesrang versehene Regelung des § 4 Abs. 1 Nr. 7 BhV NW nebst Anlage 2 muss weiterhin als Verordnung bzw. Verordnungsteil qualifiziert werden)

Leitsatz

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.(Rn.69)

Orientierungssatz

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 BhV NW nebst Anlage 2 weiterhin als Verordnung bzw. Verordnungsteil qualifiziert werden.(Rn.67)

Diese Entscheidung zitiert

Rechtsprechung

Vergleiche BVerfG 1. Senat 2. Kammer, 27. Februar 2007, 1 BvR 3140/06
Vergleiche BVerwG 6. Senat, 13. September 2006, 6 C 10/06

Tenor

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

1 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.

2 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.

3 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.

4 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.

5 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.

6 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 Prostatektomie zum Schwellkörpertraining verordnet worden ist.

7 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.

8 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.

9 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.

10 Daraufhin teilte der Beklagte mit Schreiben vom 29. April 2008 mit, dass der Widerspruch hinsichtlich des Präparats Cialis bis zum Abschluss Klageverfahrens zurückgestellt werde. Hinsicht-

lich 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.

11 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.

12 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.

13 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.

14 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-).

15 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.

16 Mit weiterem Schriftsatz vom 3. Juni 2009 hat der Prozessbevollmächtigte ergänzend Stellung genommen. Auf den Inhalt wird Bezug genommen.

17 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.

18 Der Kläger beantragt schriftsätzlich,

19 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.

20 Der Beklagte beantragt,

21 die Klage abzuweisen.

22 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.

23 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Gerichtsakte und den beigezogenen Verwaltungsvorgang Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

24 Soweit die Klage zurückgenommen worden ist, wird das Verfahren eingestellt, § 92 Abs. 3 der Verwaltungsgerichtsordnung -VwGO-.

25 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.

26 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.

27 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.

28 Vgl. dazu OVG NW, Urteile vom 25. Mai 1994 -6 A 1153/91- und vom 8. Dezember 2000 -12 A 2266/99-.

29 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.

30 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.

31 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.

32 Mit der zum 1. Januar 2007 inkraftgetreten 21. Änderungsverordnung vom 22. November 2006 hat der Verordnungsgeber "auf Grund 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 1und 8 SGB V, von der Verordnung in der gesetzlichen Krankenversicherung ausgeschlossen sind.

33 In Anlage 2 zu dieser Ziffer sind insbesondere Aufwendungen für Arzneimittel zur Behandlung einer erektilen Dysfunktion von der Beihilfefähigkeit ausgenommen.

34 Zugleich hat der Verordnungsgeber in § 4 Abs. 1 Nr. 7 Satz 2 Buchstabe b) BVO NW geregelt, dass auch nichtverschreibungspflichtige Arzneimittel ab dem 18. Lebens-jahr 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.

35 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.

36 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.

37 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,

38 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-,

39 und ebenso das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen -OVG NW- zur Behandlung der erektilen Dysfunktion,

40 vgl. u.a. OVG NW mit Urteil vom 31. August 2007 -6 A 2321/06 -,

41 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.

42 Nachfolgend hat auch das Bundesverwaltungsgericht in mehreren Entscheidungen,

43 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-),

44 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.

45 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,

46 vgl. Begründung zum Gesetzesentwurf vom 9. Dezember 2008, Drucksache Landtag NRW 14/8090,

47 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.

48 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 Entschei-

dungen nicht am Maßstab der verfassungsrechtlich gewährleisteten Fürsorgepflicht des Dienstherrn ausgerichtet sei.

49 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.

50 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,

51 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.

52 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.

53 Vgl. Sendler, a.a.O., OVG NW, Urteil vom 12. November 2003 -1 A 1870/02-.

54 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.

55 Vgl. BVerfG, Beschluss vom 13. September 2005 -2 BvF 2/03-, BVerfGE 114, 196, DVBl 2005, 1503, NVwZ 2006, 191.

56 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",

57 vgl. Begründung zum Gesetzesentwurf a.a.O.,

58 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.

59 Ein solch "gesetzgeberisches Monstrum",

60 vgl. zu diesen Konstellationen Külpmann, "Änderungen von Rechtsverordnungen durch den Gesetzgeber", NJW 2002, 3436,

61 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 auf Grund 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.

62 Vgl. BVerfG, Beschluss vom 27. September 2005 -2 BvL 11/02-, 2 BvL 12/02, 2 BvL 13/02, BVerfGE 114, 303-316

63 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:

64 "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 Zusammen-

hang 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.>).

65 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.

66 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."

67 Da die rückwirkende Anordnung der Gesetzeskraft der rückwirkende Erlass eines Gesetzes ist,

68 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.,

69 d.h. es keinen Unterschied macht, ob eine Verordnung durch Gesetz geändert oder die Änderung der Verordnung nachträglich mit Gesetzesrang versehen werden soll,

70 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.

71 Soweit der Landesgesetzgeber die Regelung ausdrücklich als Gesetz gewollt hat, ist ebenfalls mit dem Bundesverfassungsgericht,

72 vgl. Beschluss vom 27. September 2005 -2 BvL 11/02-, 2 BvL 12/02, 2 BvL 13/02, a.a.O.,

73 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.

74 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.

75 So in dem vom BVerwG am 13. September 2006 -6 C 10/06- (a.a.O.) entschiedenen Fall.

76 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..

77 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 selbständigen, 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,

78 vgl. Begründung zum Gesetzesentwurf a.a.O.,

79 hätte eine Herausnahme zwangsläufig zu einer entsprechenden Lücke in der Beihilfenverordnung geführt. Diese hätte mit Außerkrafttreten 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.

80 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:

81 "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."

82 Dass allein der vom Bundesverfassungsgericht aufgezeigte Weg hin zu einem einheitlichen Verordnungsrang,

83 vgl. so auch BVerwG im Urteil vom 19. Februar 2009 -2 C 18/07-,

84 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.

85 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 fest-

zustellen, 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.

86 Vgl. zu dieser Problematik auch BVerfG, Beschluss vom 13. September 2005 a.a.O. unter Hinweis auf Schneider und Sendler, a.a.O..

87 Der geltend gemachte Zinsanspruch rechtfertigt sich aus §§ 291, 288 des Bürgerlichen Gesetzbuches in entsprechender Anwendung.

88 Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 154Abs. 1, 155 Abs. 1 Satz 3 VwGO.

89 Soweit der Kläger seine Klage in Höhe von 5,25 EUR betreffend das Präparat Hya-Opothol zurückgenommen hat, hält die Kammer eine Kostenquotelung zu Lasten 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,

90 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,

91 ist es daher ermessensgerecht, den Beklagten insgesamt mit den Kosten zu belasten.

92 Die vorläufige Vollstreckbarkeit der Kostenentscheidung beruht auf § 167 VwGO in Verbindung mit §§ 708Nr. 11, 711 der Zivilprozessordnung.

93 Die Berufung ist gemäß § 124Abs. 2 Nr. 3, § 124a VwGO und die Sprungrevision gemäß § 134 Abs. 2, § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO zuzulassen,

Gericht:	Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg 9. Senat
Entscheidungsdatum:	16.06.2009
Aktenzeichen:	OVG 9 S 32.08, OVG 9 S 35.08
ECLI:	ECLI:DE:OVGBEBB:2009:0616.OVG9S32.08.0A
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	juris
Normen:	§ 80 Abs 1 S 1 WasG BB, § 80 Abs 2 S 1 WasG BB
Zitiervorschlag:	Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 16. Juni 2009 – OVG 9 S 32.08 –, juris

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

Orientierungssatz

1. Etwaigem Vertrauen in die Nichterhebung einer Abgabe fehlt 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 (Anschluss, BVerwG, 2008-07-08, 9 B 44.07). (Rn.8)

2. Etwas anderes gilt auch nicht, wenn die Erhebung der Abgabe im Ermessen der Gemeinde steht. (Rn.8)

3. Die Bestandskraft des Beitragsbescheides des Wasser- und Bodenverbandes ist nach WasG BB § 80 Abs 2 S 1 a. F. nicht Voraussetzung für die Umlage des Verbandsbeitrages gewesen. (Rn.11)

4. Da der Gesetzgeber in WasG BB § 80 Abs 2 S 1 eine bestimmte Form der Umlage ausdrücklich angesprochen hat, nämlich eine Umlage nach dem (undifferenzierten Flächen-)Maßstab des WasG BB § 80 Abs 1 S 1 ist es nicht überwiegend wahrscheinlich, dass ein anderer Maßstab gewählt werden darf.(Rn.13)

Verfahrensgang

vorgehend VG Cottbus, 2. April 2008, 6 L 459/07, Beschluss
vorgehend VG Cottbus 6. Kammer, 19. März 2008, 6 L 459/07, Beschluss

Diese Entscheidung zitiert

Rechtsprechung

Anschluss BVerwG 9. Senat, 8. Juli 2008, 9 B 44/07

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 Verwaltungsge-

richt 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.

16 Die Regelungen der *Umlagesätze* für 2004 und 2006 in den Umlagesatzungen 2007 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 Mit-

gliedschaft 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 § 47Abs. 1, § 53Abs. 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, § 68Abs. 1 Satz 5 in Verbindung mit § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).

Gericht:	Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz 8. Senat
Entscheidungsdatum:	26.03.2009
Aktenzeichen:	8 C 10729/08
ECLI:	ECLI:DE:OVGRLP:2009:0326.8C10729.08.0A
Dokumenttyp:	Urteil
Quelle:	juris
Normen:	BImSchV 16, § 1 Abs 7 BauGB, § 1a Abs 2 BauGB, § 55 BauGB, § 3 Abs 3 S 1 BauO RP
Zitiervorschlag:	Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz, Urteil vom 26. März 2009 – 8 C 10729/08 –, juris

Anforderung an die ordnungsgemäße Verkündung eines Bebauungsplans

Leitsatz

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. Juli 2006, NuR 2007, S. 31 f.).(Rn.33)

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.(Rn.37)

Fundstellen

Info BRS 2009, Nr 3, 14-16 (Leitsatz und Gründe)
LKRZ 2009, 262-264 (Leitsatz und Gründe)

Diese Entscheidung zitiert

Rechtsprechung

Anschluss Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz 8. Senat, 4. Juli 2006, 8 C 11709/05

Tenor

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

1 Der Antragsteller wendet sich mit seinem Normenkontrollantrag gegen den Bebauungsplan „Gewerbegebiet Dannstadt-Ost, Erweiterung II" der Antragsgegnerin.

2 Er ist Inhaber des südlich der Ortslage Dannstadt und östlich der H. Straße (L 454) 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.

3 Eine Teilfläche der Parzelle … liegt im Geltungsbereich des Bebauungsplans „Gewerbegebiet Dannstadt-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 454 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.

4 Der angegriffene Bebauungsplan setzt östlich der Ortslage Dannstadt und im südlichen Anschluss an das seit etwa 1967 bestehende Gewerbegebiet „A…" sowie des durch gesonderten Bebauungsplan überplanten „Gewerbegebiets Dannstadt-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 Dannstadt zur L 530 und über diese zum Obst- und Gemüsegroßmarkt „Pfalzmarkt" oder – über einen derzeit geplanten Anschluss der L 530 an das Autobahnkreuz Mutterstadt – zur A 61 abgeleitet werden soll; der im Süden den Anschluss der Ortsrandstraße an die H. Straße (L 454) 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/Karlsruhe (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 454 über einen Kreisverkehr mit gleichzeitiger Anbindung des „M. Wegs" empfiehlt.

5 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.

6 Am 13. April 2005 beschloss der Rat der Antragsgegnerin die Einleitung eines Umlegungsverfahrens „Gewerbegebiet Dannstadt-Ost, Erweiterung I und II". In einem Entwurf des Umle-

gungsplans 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.

7 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.

8 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 454 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.

9 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 454 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.

10 In derselben Sitzung beschloss der Rat den Bebauungsplan als Satzung, der nach Ausfertigung und öffentlicher Bekanntmachung am 14. Juli 2007 in Kraft trat.

11 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 (…)."

12 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 ….

13 Zur Begründung seines am 7. Juli 2008 eingegangenen Normenkontrollantrags macht der Antragsteller im Wesentlichen folgendes geltend:

14 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.

15 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 genom-

men 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.

16 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.

17 Der Antragsteller beantragt,

18 den Bebauungsplan „Gewerbegebiet Dannstadt-Ost, Erweiterung II" in der Fassung der erneuten Bekanntmachung vom 30. Januar 2009 für unwirksam zu erklären.

19 Die Antragsgegnerin beantragt,

20 den Normenkontrollantrag zurückzuweisen.

21 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.

22 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.

23 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.

24 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.

25 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.

26 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 Dannstadt-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.

27 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

28 Der Normenkontrollantrag ist zulässig, insbesondere fristgemäß erhoben worden.

29 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.

30 Die Normenkontrolle hat aber in der Sache keinen Erfolg.

31 Der Bebauungsplan „Gewerbegebiet Dannstadt-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.

32 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.

33 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).

34 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.

35 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 Inkrafttreten 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.

36 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).

37 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.

38 Im Übrigen teilt der Senat die vom Antragsteller gegen die Wirksamkeit des Bebauungsplans geäußerten Bedenken nicht.

39 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).

40 2. Der Bebauungsplan genügt des Weiteren den materiell-rechtlichen Anforderungen, insbesondere denjenigen des Abwägungsgebots gemäß § 1 Abs. 7 BauGB.

41 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.

42 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.

43 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.

44 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.

45 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.

46 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).

47 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).

48 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.

49 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 454). 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 Flächenver-

brauchs 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.

50 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.

51 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.

52 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.

53 Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO.

54 Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit des Urteils wegen der Kosten beruht auf § 167 VwGO i.V.m. §§ 708 ff. ZPO.

55 Gründe für die Zulassung der Revision nach § 132 Abs. 2 VwGO liegen nicht vor.

56 **Beschluss**

57 Der Wert des Streitgegenstandes wird auf 15.000,-- € festgesetzt (§ 52 Abs. 1 GKG).

Gericht:	OLG München 6. Strafsenat
Entscheidungsdatum:	19.03.2009
Aktenzeichen:	6 St 10/08
ECLI:	ECLI:DE:OLGMUEN:2009:0319.6ST10.08.0A
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	juris
Normen:	Art 133 EG, Art 5 Abs 1 EGV 1334/2000, Art 1 EWGV 2603/69, Art 11 EWGV 2603/69, § 34 Abs 1 S 1 Nr 1 AWGÄndG 12... mehr
Zitiervorschlag:	OLG München, Beschluss vom 19. März 2009 – 6 St 10/08 –, juris

Geheimdienstliche Agententätigkeit und Verstoß gegen das Außenwirtschaftsgesetz: Exportgeschäfte in den Iran; Anwendungsvorrang europäischen Gemeinschaftsrechts; Bundeszuständigkeit

Leitsatz

1. § 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG i.d.F. vom 9. August 1994 (BGBl. I, 2068) und vom 28. März 2006 (BGBl. I, 574) i.V.m. § 5c Abs. 2 AWV i.d.F. vom 13. September 2000 (BAnz. 2000, 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. Juni 2000, 1) sowie Art. 1 und 11 der VO (EWG) Nr. 2603/69 des Rates vom 20. Dezember 1969 (ABl. 324 vom 27. Dezember 1969, 25) – nicht vereinbar.(Rn.16)(Rn.20)(Rn.84) Wegen des Anwendungsvorrangs des europäischen Gemeinschaftsrechts wird die Strafbarkeit nach dieser nationalen Vorschrift neutralisiert.(Rn.9)(Rn.11)(Rn.14)

2. § 34 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AWG i.d.F. vom 11. Dezember 1996 (BGBl. I, 1850) i.Vm. der Anlage zur 104. Verordnung zur Änderung der Ausfuhrliste – Anlage AL zur AWV (BAnz. Nr. 85a vom 7. Mai 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. Juni 2000, 1).(Rn.104) Auch hier ergibt sich daraus die Neutralisierung der nationalen Strafvorschrift.(Rn.9)(Rn.11)(Rn.14)(Rn.226)

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, 9. Mai 2006, StB 4/06, NStZ 2007, 93; BGH, 14. Juli 2005, StB 9/05, NStZ-RR 2005, 305).(Rn.173)

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 Umstän-de der Tat „bestimmt und geeignet" sind, die auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland „erheblich" zu gefährden.(Rn.218)

Verfahrensgang

nachgehend BGH 3. Strafsenat, 19. Januar 2010, StB 27/09, Beschluss

Diese Entscheidung wird zitiert

Literaturnachweise
Klaus Leipold, NJW-Spezial 2010, 376-377 (Aufsatz)

Diese Entscheidung zitiert

Rechtsprechung
Anschluss BGH 3. Strafsenat, 9. Mai 2006, StB 4/06
Anschluss BGH 3. Strafsenat, 14. Juli 2005, StB 9/05

Tenor

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

1 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).

2 Zudem ergeben die Ergebnisse des vorbereitenden Verfahrens mit Ausnahme von Fall 19 auch aus tatsächlichen Gründen keinen hinreichenden Tatverdacht (nachfolgend: III.).

3 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.

4 **Tatvorwurf der Anklage**

5 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. § 70Abs. 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]

6 Im Tatsächlichen legt der Generalbundesanwalt dem Angeschuldigten folgenden Sachverhalt zur Last ...

7 In den Jahren 2002 bis 2006 habe der Angeschuldigte auf Veranlassung der iranischen Defence Industries Organisation (DIO) 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 DIO 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.

II.

8 **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**

9 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.

10 **1. Gemeinschaftsrechtlicher Anwendungsvorrang**

11 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.

12 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.

13 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 Ge-

meinschaftsrecht 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).

14 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.).

15 **2. Unvereinbarkeit des § 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG i.V.m. § 5c Abs. 2 AWV mit Gemeinschaftsrecht**

16 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.

17 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.

18 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.

19 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).

20 **a) Unvereinbarkeit des § 5c Abs. 2 AWV mit Gemeinschaftsrecht**

21 § 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.

22 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.

23 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.

24 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.

25 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.

26 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).

27 § 5c Abs. 2 AWV genügt zudem nicht dem gemeinschaftsrechtlich begründeten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und beeinträchtigt die Chancengleichheit deutscher Unternehmer im Außenhandelswettbewerb.

28 (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.

29 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.).

30 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).

31 (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).

32 Dies ergibt sich aus

33 - dem klaren Wortlaut des Art. 296 Abs. 1 lit. b 1. Hs. EGV,

34 - dem Umstand, dass diese Vorschrift als Ausnahmevorschrift eng auszulegen ist (vgl. EuGH, Slg. 1986, II 1663/1684 Rn. 26)

35 - 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.

36 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.

37 (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 Verwendungszeck aus dem Bereich der chemischen, biologischen oder Kernwaffen zu erlassen, ermächtigt Art. 5 Abs. 1 der Verordnung zu

so genannten „catch-all"-Klauseln oder zu einer gegenständlichen Erweiterung des Art. 4 Abs. 1 bis 3 VO (EG) Nr. 1334/2000.

38 (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-Drs. 13/1100 S. 22/23;Reuter, NJW 1995, 2190/2191).

39 (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.

40 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:

41

> 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.

42 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).

43 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.

44 (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.).

45 (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-Drs. 13/10104, S. 27):

46

> 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.

47 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.

48 (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 vorauszu-

gehen (Koenig/Ciszewski, ZfWG 2008, 397/399 m.w.N.).

49 (5.4) Die Begründungstiefe der Darlegungslast des Gesetzgebers richtet sich nach der Wertigkeit der betroffenen Rechtsgüter und geschützten Interessen.

50 (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).

51 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

52 das Funktionieren des Staates und seiner Einrichtungen, d.h. die Sicherung der Existenz eines Mitgliedstaates gegenüber inneren und äußeren Einwirkungen, umfasse (BT-Drs. 16/10730, S. 15).

53 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.

54 (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).

55 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 auf Grund 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.

56 Zur Frage der Vereinbarkeit des § 5c Abs. 2 AWV mit dem Gemeinschaftsrecht hat sich das Bundesverfassungsgericht nicht geäußert.

57 (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.

58 (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.

59 (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-Drs. 14/4166, S. 12, 15):

60 Mit der Verordnung (EG) Nr. 1334/2000 erfolgte eine weitere Harmonisierung der europäischen Exportkontrollvorschriften ….

61 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…

62 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 ….

63 (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.

64 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-Drs. 13/5966, S. 4) anzupassen, sondern insbesondere auch an die Fortentwicklung des Gemeinschaftsrechts und dessen Harmonisierung (vgl. die Nachweise oben II. 1.).

65 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).

66 In der Folgezeit hat die Bundesregierung im Rahmen der Beantwortung Großer Anfragen zur Exportkontrollpolitik wiederholt dargelegt (BT-Drs. 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-Drs. 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-Drs. 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-Drs. 13/5966, S. 3).

67 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.

68 (8.2.2) Soweit der Bundesgesetzgeber bei der Anpassung des § 5c Abs. 2 AWV an die

VO (EG) Nr. 1334/2000 ausführt (BT-Drs. 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.

69 (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-Drs. 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).

70 (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.

71 (9) Wie die Bundesregierung einräumt (BT-Drs. 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-Drs. 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-Drs. 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.

72 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.

73 (10) § 5c Abs. 2 AWV genügt auch nicht dem Grundsatz der gemeinschaftsrechtlichen Verhältnismäßigkeit.

74 (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.

75 (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.

76 (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.

77 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.

78 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 Deutsch-

lands 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-Drs. 13/1100, S. 22/23; Reuter, RIW 1996, 719/721). Sie sich gleichwohl zuzumessen, untergräbt die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben.

79 (11) § 5c Abs. 2 AWV genügt schließlich nicht den gemeinschaftsrechtlichen Grundsätzen der Bestimmtheit, der Vorhersehbarkeit und der Rechtssicherheit.

80 (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, auf Grund 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).

81 (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.

82 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.verwaltungsvorschriften–im–internet.de/bsvwvbund_25072001_VB4500917.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.

83 (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.

84 **b) Unvereinbarkeit des § 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG mit Gemeinschaftsrecht**

85 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.

86 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.

87 (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).

88 (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.

89 § 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".

90 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.

91 (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-Drs. 11/4230, S. 5 und 7):

92 Das Fünfte Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes passt das AWG in ver-

schiedenen 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 …

93 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.

94 Trotz einer Reihe von aufgedeckten Fällen illegaler Ausfuhren von Embargowaren (vgl. § 5Abs. 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 § 42Abs. 1, § 43 Abs.3 AWG eine zentrale Rolle in der Verfolgung von Ausfuhrverstößen spielen.

95 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.

96 (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-Drs. 12/6911, S. 7):

97 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.

98 (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-Drs. 16/33, S. 10):

99 Die Änderung der §§ 33und 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….

100 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.

101 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.

102 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.

103 3. Unvereinbarkeit der § 34 Abs. 1 Nr. 1 AWG mit Gemeinschaftsrecht

104 § 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.

105 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.):

106 Abschnitt C enthält die Gemeinsame Liste der Europäischen Union für Güter mit doppeltem Verwendungszweck.

107 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.

108 (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.

109 (2) Durch die Parallelregelung wird ferner der gemeinschaftrechtliche 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, auf Grund 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.

110 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).

111 (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.

112 (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.

113 (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-Drs. 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.

114 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.

115 Kein hinreichender Tatverdacht aus tatsächlichen Gründen hinsichtlich der dem Angeschuldigten zur Last gelegten Verstöße gegen das AWG

116 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.

117 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.).

118 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.)

119 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.).

120 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.).

121 1. Bestimmung zur militärischen Endverwendung (§ 5c Abs. 2 AWV)

122 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.

123 a) …

124 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.

125 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 …

126 **2. Kenntnis des Angeschuldigten (§ 5c Abs. 2 AWV)**

127 Die Anklage beschreibt den Kenntnisstand des Angeschuldigten hinsichtlich der militärischen Verwendungsbestimmung der exportierten Güter nicht …

128 a) …

129 b) …

130 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.

131 (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.).

132 Diese Kenntnis soll vorliegen, wenn der Betreffende die Erkenntnisquellen kennt, aus denen die Kenntnis in zumutbarer Weise und ohne besondere Mühe gewonnen werden kann. Zu Grunde 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.

133 (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.

134 (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".

135 (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) …

136 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.

137 (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.

138 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 …

139 3. Geeignetheit, die auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland erheblich zu gefährden (§ 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG)

140 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.

141 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.).

142 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).

143 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.

144 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).

145 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.).

146 c) Die Anklage behauptet zwar die Gefahr anhaltender oder tiefgreifender Störungen der auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland, belegt sie jedoch nicht mit Tatsachen …

147 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.

148 d) Unter Berücksichtigung der Ermittlungsergebnisse ist die nach § 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG erforderliche Gefährdungseignung nicht hinreichend nachgewiesen.

149 (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 außenwirtschaftlichen 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.

150 (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.

151 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.

152 (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 …

153 (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 …

154 (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 auf Grund 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).

155 (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) …

156 4. Subjektiver Tatbestand des § 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG

157 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.

158 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.

159 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

160 ...

161 6. Versuch nach § 34 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 5 AWG

162 ...

163 7. Fahrlässige Tatbegehung nach § 34 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 7 AWG

164 ...

IV.

165 Geheimdienstliche Agententätigkeit gem. § 99 Abs. 1 Nr. 1 StGB

166 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.

167 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.

168 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.).

169 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.

170 1. Geheimdienst einer fremden Macht

171 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…

172 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.

173 (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; MünchKomStGB/Lampe/Hegmann, 2005, § 99 Rn. 3, 14).

174 (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 Aufklärungs- 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).

175 (3) Dies vermag aus folgenden Gründen nicht zu überzeugen:

176 (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.

177 (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 Drs. 5/898 S. 34).

178 (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 so genannte „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.

179 (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.

180 (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.

181 (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 …

182 **2. Ausüben einer geheimdienstlichen Tätigkeit**

183 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.

184 a) Das Tatbestandsmerkmal „Ausüben einer geheimdienstlichen Tätigkeit" umschreibt eine Tä-

tigkeit, 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)

185 Von einer solchen Tätigkeit geht die Anklage nicht aus. Sie ergibt sich auch nicht nach Aktenlage.

186 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.

187 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.

188 Unter Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte umschreibt der Anklagesatz auch keine „funktionelle" geheimdienstliche Tätigkeit …

189 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.

190 c) Nach dem Ergebnis der Ermittlungen ist eine solche funktionelle Eingliederung des Angeschuldigten auch nicht hinreichend wahrscheinlich.

191 (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.wikipedia.org oder www.globalsecurity.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).

192 (2) Gegen eine funktionelle Eingliederung des Angeschuldigten spricht auch, dass sich dieser mit dem Regime des Irans nicht identifiziert hat …

193 (3) Der Angeschuldigte wurde jeweils erst auf Grund 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.

194 (4) Die Anklage geht davon aus, dass der Angeschuldigte seine geschäftliche Tätigkeit ganz in den Dienst der DIO 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 auf

Grund 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 …

195 (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.

196 (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.

197 (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".

198 **3. Gegen die Bundesrepublik Deutschland gerichtet**

199 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.

200 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 (MüKommStGB/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-Drs. 5/2860, S. 23).

201 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.

202 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.

203 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.

204 **4. Subjektiver Tatbestand**

205 Der Anklagesatz enthält hinsichtlich der Verwirklichung des subjektiven Tatbestandes des § 99 Abs. 1 Nr. 1 StGB keine Angaben.

206 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.

207 **Gesamtwürdigung**

208 **...**

VI.

209 **Fehlende Bundesgerichtsbarkeit**

210 1. Das Oberlandesgericht ist zur Aburteilung der dem Angeschuldigten zur Last gelegten Straftaten nach § 120Abs. 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).

211 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.

212 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; BayObLG StV 1987, 392; Meyer-Goßner, StPO, 51. Aufl. [2008], § 209 Rn. 2).

213 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).

214 Bei der Auslegung dieser die sachliche Zuständigkeit des Oberlandesgerichts begründenden Norm, sind folgende Gesichtspunkte zu beachten:

215 (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.

216 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 zu Gunsten 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.

217 (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 zu Grunde 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.

218 Diese unterschiedlichen Anforderungen an eine Evokationsmöglichkeit bedürfen vor dem Hintergrund der grundsätzlichen Zuständigkeit der Ländergerichtsbarkeit einer harmonisierenden verfassungskonformen Auslegung. Bei Anlasstaten auf Grund Zuwiderhandlungen gegen weniger hoch zu veranschlagende Schutzgüter – wie etwa den störungsfreien Ablauf

des Außenwirtschaftsverkehrs – dürfen die Evokationsvoraussetzungen nicht geringer sein als bei Anlasstaten auf Grund 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.

219 (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).

220 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).

221 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).

222 (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.

223 c) Diesen Anforderungen genügt die Begründung für die Ausübung des Evokationsrechts nicht …

224 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.

225 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, zu Grunde liegen und in welchem Verhältnis diese zu den Interessen möglicherweise betroffener Drittstaaten stehen.

226 d) Obschon im Fall 19 der Anklage hinreichender Tatverdacht für eine Strafbarkeit des Angeschuldigten nach § 34 Abs. 1 Nr. AWG bestehen könnte, konnte der Senat das Hauptverfahren nicht vor dem zuständigen Gericht des Landes eröffnen, da § 34 Abs. 1 Nr. 1 AWG wegen Verstoßes gegen vorrangiges Gemeinschaftsrecht keine strafrechtliche Wirkung entfaltet.

227 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.

228 **Nebenentscheidungen**

229 **...**

Fußnoten

1) 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

Gericht:	BGH 5. Zivilsenat
Entscheidungsdatum:	19.09.2008
Rechtskraft:	ja
Aktenzeichen:	V ZR 28/08
Dokumenttyp:	Urteil
Quelle:	juris
Normen:	§ 906 Abs 2 S 1 BGB, § 906 Abs 2 S 2 BGB, § 9 Abs 1 BBergG, § 114 BBergG, §§ 114ff BBergG
Zitiervorschlag:	BGH, Urteil vom 19. September 2008 – V ZR 28/08 –, BGHZ 178, 90-100

Bergschadensrecht: Ausgleichsanspruch des Grundstückseigentümers gegen den beliehenen Bergbauberechtigten wegen unzumutbarer Beeinträchtigung der Grundstücksnutzung infolge Erderschütterungen durch untertägigen Bergbau

Leitsatz

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 Abs. 2 Satz 2 BGB in Betracht; diese Vorschrift wird nicht durch die Bergschadenshaftung (§§ 114 ff. BBergG) verdrängt(Rn.14)(Rn.15)(Rn.22)(Rn.28).

Fundstellen

BGHZ 178, 90-100 (Leitsatz und Gründe)
NSW BGB § 906 (BGH-intern)
NSW BBergG § 9 (BGH-intern)
NSW BBergG § 114 ff (BGH-intern)
NJW 2009, 762-765 (Leitsatz und Gründe)
NZM 2009, 134-136 (Leitsatz und Gründe)
WM 2009, 568-571 (Leitsatz und Gründe)
DWW 2009, 71-74 (Leitsatz und Gründe)
NuR 2009, 217-220 (Leitsatz und Gründe)
ZfB 2009, 65-71 (Leitsatz und Gründe)
VersR 2009, 792-794 (Leitsatz und Gründe)
ZfSch 2009, 316-320 (Leitsatz und Gründe)

Verfahrensgang

vorgehend LG Saarbrücken 11. Zivilkammer, 17. Januar 2008, 11 S 87/07, Urteil
vorgehend AG Lebach, 30. März 2007, 3A C 80/06

Diese Entscheidung wird zitiert

Rechtsprechung

Anschluss AG Hamm, 4. April 2014, 17 C 335/13
Vergleiche BFH 1. Senat, 25. Juli 2012, I R 101/10

Anschluss LG Saarbrücken 13. Zivilkammer, 25. November 2011, 13 S 117/09
Vergleiche Finanzgericht des Landes Sachsen-Anhalt 3. Senat, 9. Juni 2010, 3 K 1568/04

Literaturnachweise
Herbert Roth, LMK 2009, 280109 (Anmerkung)
Christian Friedrich Majer, LMK 2010, 309746 (Anmerkung)

Kommentare
Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB
● Vieweg/Regenfus, 8. Auflage 2017, § 906 BGB

Tenor

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 Gesetzbuchs, 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 §§ 985bis 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.

12 bb) Bei der Beschreibung dieser Rechtsstellung in § 8 Abs. 2 BBergG hat sich der 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 Überlegung, 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.

13 Den hier umso mehr gebotenen Ausgleich sieht das Bundesberggesetz selbst 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.

14 Dieser Ausgleich stellt bei dem heute erreichten Stand des bürgerlichen Rechts die 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 Ei-

gentums im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG. Die mit solchen Inhalts- und 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; Jarass/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 (Grundabtre-

tung) 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 §§ 8Abs. 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 Bergschaden 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 Beeinträchti-

gungen 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 müssen (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.

Klein Lemke Schmidt-Räntsch

Stresemann Czub

Gericht:	Sächsisches Oberverwaltungsgericht 2. Senat
Entscheidungsdatum:	17.09.2008
Aktenzeichen:	2 B 683/07
ECLI:	ECLI:DE:OVGSN:2008:0917.2B683.07.0A
Dokumenttyp:	Urteil
Quelle:	juris
Normen:	§ 102 BG SN vom 14.06.1999, § 12 Abs 1 S 1 BhV SN 2004, Art 75 Abs 1 Verf SN, Art 33 Abs 5 GG, Art 80 Abs 1 GG
Zitiervorschlag:	Sächsisches Oberverwaltungsgericht, Urteil vom 17. September 2008 – 2 B 683/07 –, juris

Selbstbehalt im sächsischen Beihilferecht

Leitsatz

1. Die Kürzung von Beihilfen sächsischer Beamter um einen jährlichen Selbstbehalt von 80,- Euro ist unzulässig. § 12 SächsBVO (BhV SN), der den Abzug vorsieht, ist nichtig, da § 102 SächsBG a. F. (BG SN) keine hinreichende Ermächtigungsgrundlage darstellt. (Rn.20)

2. Der Gesetzgeber muss selbst die Entscheidung treffen, ob und in welchem Ausmaß Eingriffe in das bestehende Beihilfesystem möglich sein sollen.(Rn.23)

Orientierungssatz

Die bloße Einführung einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage führt nicht dazu, dass die nichtige Bestimmung über den Selbstbehalt nunmehr nachträglich wirksam würde. 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.(Rn.38)

Verfahrensgang

vorgehend VG Dresden 3. Kammer, 18. Oktober 2007, 3 K 3095/04, ..., Urteil

Diese Entscheidung zitiert

Rechtsprechung

Vergleiche BVerwG 2. Senat, 17. Juni 2004, 2 C 50/02

Tenor

Die Berufung wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt der Beklagte.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

1 Der Kläger wendet sich gegen einen Beihilfebescheid des Beklagten, soweit die dort errechnete

Beihilfe um einen Selbstbehalt in Höhe von 80,- Euro gekürzt wurde.

2 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.

3 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.

4 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.

5 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 ent-

halten. 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.

6 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.

7 Der Beklagte trat der Klage unter Bezugnahme auf sein Vorbringen im Widerspruchsbescheid entgegen.

8 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.

9 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. Allgemei-

nen 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.

10 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.

11 Der Beklagte beantragt,

12 unter Änderung des Urteils des Verwaltungsgerichts Dresden vom 18. Oktober 2007 - 3 K 2799/04 - die Klage abzuweisen.

13 Der Kläger beantragt,

14 die Berufung zurückzuweisen.

15 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 durch-

aus zuließe. Eine Weitergeltung der gem. § 12 SächsBVO eingeführten Selbstbehaltspauschale sei deshalb auch nicht unter Bezugnahme auf die genannte Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu rechtfertigen.

16 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

17 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.

18 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.

19 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.

20 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).

21 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. 20Abs. 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.

22 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.).

23 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.).

24 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.

25 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:

26 „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."

27 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).

28 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.).

29 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 Gesetzessyste-

matik 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.

30 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:

31 „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,

32 1. welche Personen beihilfeberechtigt oder berücksichtigungsfähig sind,

33 2. unter welchen Voraussetzungen Beihilfen gewährt werden und welche Aufwendungen beihilfefähig sind,

34 3. 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."

35 Zur Begründung der Neufassung führt der Gesetzentwurf (LT-Drs. 4/5064) aus:

36 „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.)."

37 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.

38 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).

39 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.

40 Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO.

41 Die Revision ist nicht zuzulassen, da keiner der Gründe des § 132 Abs. 2 VwGO vorliegt.

42 **Beschluss vom 29.9.2008**

43 Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 80,- € festgesetzt.

44 **Gründe**

45 Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf § 63Abs. 2 Satz 1, § 47Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1, § 52 Abs. 3 GKG.

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

Gericht: Sächsisches Oberverwaltungsgericht 2. Senat
Entscheidungsdatum: 17.09.2008
Aktenzeichen: 2 B 685/07
ECLI: ECLI:DE:OVGSN:2008:0917.2B685.07.0A
Dokumenttyp: Urteil

Quelle: juris

Normen: Art 75 Verf SN, § 102 BG SN 1999
Zitiervorschlag: Sächsisches Oberverwaltungsgericht, Urteil vom 17. September 2008 – 2 B 685/07 –, juris

Beihilfe: Selbstbehalt im sächsischen Beihilferecht

Orientierungssatz

Die Regelung des § 12 SächsBVO über den Abzug eines Selbstbehalts in Höhe von 80,-- € von der beamtlich gewährten Beihilfe war mangels einer ausreichenden Ermächtigungsgrundlage von Beginn nichtig.(Rn.39)Der als Ermächtigungsgrundlage herangezogene § 102 SächsBG a. F. genügt nicht den Anforderungen des Art. 75 Abs. 1 SächsVerf, da die Vorschrift keine nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmte Ermächtigung enthält.(Rn.27)(Rn.31)

Verfahrensgang

vorgehend VG Dresden 3. Kammer, 18. Oktober 2007, 3 K 3095/04, ..., Urteil

Tenor

Die Berufung wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt der Beklagte.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

1 Die Klägerin wendet sich gegen zwei Beihilfebescheide des Beklagten, soweit die dort errechnete Beihilfe um einen Selbstbehalt in Höhe von insgesamt 80,- Euro gekürzt wurde.

2 Die Klägerin steht als Steuerobersekretärin im Dienst des Beklagten. Sie beantragte am 4.10.2004 die Gewährung einer Beihilfe für Krankheitskosten für sich selbst in Höhe von 150,97 Euro und für ihre Tochter in Höhe von 96,03 Euro. Der Beklagte erkannte einen Betrag von 246,45 Euro als beihilfefähig an. Von dem errechneten Beihilfeanspruch in Höhe von 152,04 Euro zog der Beklagte hinsichtlich der Aufwendungen für die Tochter der Klägerin (Belege Nr. 4 bis 6) einen Betrag von 29,93 Euro als Selbstbehalt unter der Rubrik „verrechnete Abschläge" ab und setzte mit Bescheid vom 20.10.2004 die Beihilfe auf 122,11 Euro fest.

3 Ihren gegen den Abzug des Selbstbehalts gerichteten Widerspruch vom 28.10.2004 begründete die Klägerin damit, dass sie sich derzeit in Elternzeit befinde. Der Beklagte wies den Widerspruch mit Widerspruchsbescheid vom 1.12.2004 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 Beihilfe-

verordnung - 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.

4 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.

5 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. Er sei auch bei einem in der Elternzeit befindlichen Beihilfeberechtigten für Aufwendungen vorzunehmen, die bei einem berücksichtigungsfähigen Angehörigen (z. B. einem Kind) entstehen. Eine Befreiung dieses Personenkreises sei nach dem eindeutigen und abschließenden Wortlaut des § 12 Abs. 1 SächsBVO nicht vorgesehen.

6 Am 22.11.2004 beantragte die Klägerin die Gewährung einer Beihilfe für Krankheitskosten für sich selbst und für ihre Tochter in Höhe von insgesamt 217,79 Euro. Der Beklagte erkannte einen Betrag von 213,29 Euro als beihilfefähig an. Von dem errechneten Beihilfeanspruch in Höhe von 141,61 Euro zog der Beklagte hinsichtlich der Aufwendungen für die Tochter der Klägerin (Belege 1, 2 und 4) einen Betrag von 50,07 Euro als Selbstbehalt unter der Rubrik „verrechnete Abschläge" ab und setzte mit Bescheid vom 30.11.2004 die Beihilfe auf 91,54 Euro fest. Den hiergegen gerichteten Widerspruch der Klägerin vom 27.12.2004 wies der Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 25.1.2004 zurück.

7 Die Klägerin erhob am 27.12.2004 Klage gegen den Bescheid vom 20.10.2004 in Gestalt des

Widerspruchsbescheides vom 1.12.2004 und erweiterte die Klage am 31.1.2005 auf den Bescheid vom 30.11.2004 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 25.1.2005. Zur Begründung trug sie im Wesentlichen vor, der Beklagte habe zu Unrecht hinsichtlich der Aufwendungen für ihre Tochter den Selbstbehalt gem. § 12 Abs. 2 SächsBVO abgezogen. Da sich die Klägerin in Elternzeit befinde, entfalle bei ihr der Selbstbehalt; Gleiches gelte auch für die Beihilfeleistungen an die Tochter der Klägerin. Zudem sei es unverhältnismäßig, den vollen Selbstbehalt für das Jahr 2004 zu veranschlagen, da § 12 SächsBVO erst seit dem 1.9.2004 gelte. Schließlich verstoße die Selbstbehaltsregelung gegen Art. 33 Abs. 5 GG und insbesondere gegen das Gebot der beamtenrechtlichen Rücksichtnahme.

8 Der Beklagte trat der Klage unter Bezugnahme auf sein Vorbringen in den Widerspruchsbescheiden entgegen und führte ergänzend aus, dass der Selbstbehalt ausdrücklich nur bei Waisen und Beihilfeberechtigten entfalle, die in der gesetzlichen Krankenversicherung versichert seien und oder sich in Elternzeit befänden. Die Tochter der Klägerin sei keine beihilfeberechtigte Person i. S. d. § 2 BhV, sondern berücksichtigungsfähige Angehörige gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 2 BhV. Auf diese finde die Ausnahmevorschrift des § 12 Abs. 2 SächsBVO nach ihrem eindeutigen Wortlaut keine Anwendung.

9 Auf einen gerichtlichen Hinweis auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 17.6.2004, wonach die Beihilfevorschriften des Bundes nicht den Anforderungen des verfassungsrechtlichen Gesetzesvorbehalts genügen, führte der Beklagte weiter aus, dass die sächsische Staatsregierung entsprechend der in § 102 SächsBG enthaltenen Verordnungsermächtigung am 22.7.2004 die Sächsische Beihilfeverordnung erlassen habe. Deren § 12 stehe in keinem unmittelbaren Zusammenhang mit den Beihilfevorschriften des Bundes, die als Verwaltungsvorschriften nicht den Anforderungen des verfassungsrechtlichen Gesetzesvorbehalts genügten. Als landesspezifische (Verordnungs-) Regelung sei die Einführung des Selbstbehalts gerade nicht in der Rechtsform einer Verwaltungsvorschrift erfolgt. Dem sächsischen Verordnungsgeber könne somit nicht vorgeworfen werden, er hätte in Kenntnis der Verfassungswidrigkeit der Beihilfevorschriften des Bundes in der vom Bundesverwaltungsgericht eingeräumten Übergangszeit verfassungswidrige Regelungen zu Lasten der Beihilfeberechtigten getroffen. Die weiteren Urteile des Bundesverwaltungsgerichts vom 28.10.2004, nach denen auch eine Bezugnahme im Landesrecht auf die nicht den verfassungsrechtlichen Erfordernissen entsprechenden Beihilfevorschriften des Bundes grundgesetzwidrig sei, seien erst nach Inkrafttreten der Sächsischen Beihilfeverordnung am 1.9.2004 ergangen. Im Übrigen billige das Bundesverwaltungsgericht auch den Ländern einen überschaubaren Zeitraum zum Erlass verfassungskonformer Ermächtigungsnormen für beihilferechtliche Regelungen zu. Im Hinblick auf die Rechtslage im Freistaat Sachsen bedeute dies, dass bis zur Änderungen der Ermächtigungsgrundlage in § 102 SächsBG a. F. sowie bis zum Erlass einer umfassenden sächsischen Beihilfeverordnung die derzeitigen Regelungen weiter anzuwenden seien, da diese aus Sicht höherrangigen Rechts hinsichtlich ihres materiellen Inhalts bislang regelmäßig keinen Anlass zu Beanstandungen gegeben hätten und da andernfalls ein für die Beihilfeberechtigten belastender, regelungsfreier Zustand bestehen würde. Das Bundesverwaltungsgericht habe den Übergangszeitraum zeitlich nicht näher konkretisiert. Die Änderung des § 102 SächsBG a. F. sei zwischenzeitlich erfolgt; eine Änderung der Sächsischen Beihilfeverordnung sei in Arbeit.

10 Mit Urteil vom 18.10.2007 hob das Verwaltungsgericht die angefochtenen Bescheide des Beklagten hinsichtlich des einbehaltenen Selbstbehalts in Höhe insgesamt 80,- Euro auf und verpflichtete den Beklagten zur Leistung einer weiteren Beihilfe in dieser Höhe. Zwar könne sich die Klägerin nicht darauf berufen, dass der Selbstbehalt von dem für ihre Tochter beantragten Beihilfeanspruch nicht hätte abgezogen werden dürfen, weil die Klägerin sich zum Zeitpunkt des Entstehens dieser Aufwendungen in Elternzeit befunden habe. Denn nach dem eindeutigen Wortlaut des § 12 Abs. 2 SächsBVO entfalle der Selbstbehalt nur bei dem Beihilfeberechtigten

selbst, der sich in Elternzeit befindet, nicht hingegen bei berücksichtigungsfähigen Angehörigen nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 BhV. Jedoch sei die vom Beklagten für die Vornahme des Selbstbehalts herangezogene Rechtsgrundlage, der am 1.9.2004 in Kraft getretene § 12 Abs. 1 SächsBVO, 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.

11 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.

12 Zur Begründung der am 29.11.2007 eingelegten Berufung wiederholt und vertieft der Beklagte sein erstinstanzliches Vorbringen, wonach § 102 SächsBG a. F. eine hinreichende Legitimation des Landesgesetzgebers für von der Beihilfeverordnung des Bundes abweichende landesspezifische Regelungen, speziell zum Selbstbehalt, darstelle. Folglich sei § 12 SächsBVO rechtmäßig und im Falle der Klägerin anzuwenden. Die Anwendung einer derartigen Kostendämpfungspauschale verstoße auch nicht gegen den Alimentationsgrundsatz. Dies ergebe sich aus dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 3.7.2003.

13 Der Beklagte beantragt,

14 unter Änderung des Urteils des Verwaltungsgerichts Dresden vom 18. Oktober 2007 - 3 K 3095/04 - die Klage abzuweisen.

15 Die Klägerin beantragt,

16 die Berufung zurückzuweisen.

17 Sie beruft sich auf ihr erstinstanzliches Vorbringen und trägt ergänzend vor, dass auch nach Auffassung des Beklagten § 102 SächsBG a. F. keine hinreichende Verordnungsermächtigung für eine Selbstbehaltsregelung dargestellt habe; aus diesem Grund habe der Landtag die Vorschrift § 102 SächsBG zwischenzeitlich durch Gesetz vom 10.4.2007 erheblich verändert. Auf die vom Bundesverwaltungsgericht als grundgesetzwidrig gerügte Bezugnahme von Landesrecht auf die Beihilfevorschriften des Bundes komme es nicht an, da in Sachsen Rechtsgrundlage des Selbstbehaltes gerade § 12 SächsBVO, nicht aber § 12 BhV sein sollte. Die weitere Anwendung des § 12 SächsBVO für einen Übergangszeitraum verbiete sich hier, da auch mehr als 3 ¼ Jahre nach den fraglichen Urteilen des Bundesverwaltungsgerichtes noch keine neue Beihilfeverordnung vorliege.

18 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

19 Die Berufung des Beklagten hat keinen Erfolg. Das Verwaltungsgericht hat der Klage zu Recht stattgegeben, da die Klägerin Anspruch auf die Gewährung der vollen Beihilfe ohne Abzug eines Selbstbehalts i. H. v. 80,- Euro hat.

20 Der Beihilfeanspruch der Klägerin 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 die Klägerin krankheitsbedingte Aufwendungen für ihre Tochter für die Monate September bis November 2004 geltend macht, ist auf die zu diesem Zeitpunkt bestehende Rechtslage abzustellen.

21 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. Nach § 12 Abs. 2 SächsBVO entfällt der Selbstbehalt (nur) bei dem Beilhilfeberechtigten selbst, der sich in Elternzeit befindet; für die Tochter der Klägerin als berücksichtigungsfähige Angehörige nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 BhV verbleibt es demnach bei der Selbstbehaltsregelung des § 12 Abs. 1 SächsBVO. § 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.

22 Der Abzug des Selbstbehalts von 80,- Euro ist indessen rechtswidrig und verletzt die Klägerin in ihren Rechten. Denn die als Rechtsgrundlage herangezogene Bestimmung des § 12 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 SächsBVO ist auch zu einem späteren Zeitpunkt nicht erfolgt (dazu unter c).

23 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. 20Abs. 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.

24 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.).

25 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.).

26 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.

27 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 ge-

mäß 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:

28 „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."

29 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).

30 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, BVerfGE 5, 71; 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.)

31 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.

32 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:

33 „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,

34 1. welche Personen beihilfeberechtigt oder berücksichtigungsfähig sind,

35 2. unter welchen Voraussetzungen Beihilfen gewährt werden und welche Aufwendungen beihilfefähig sind,

36 3. 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."

37 Zur Begründung der Neufassung führt der Gesetzentwurf (LT-Drs. 4/5064) aus:

38 „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.)."

39 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 in den Monaten September bis November 2004, nichtig.

40 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).

41 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.

42 Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO.

43 Die Revision ist nicht ist zuzulassen, da keiner der Gründe des § 132 Abs. 2 VwGO vorliegt.

44 **Beschluss vom 29.9.2008**

45 Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 80,- € festgesetzt.

46 **Gründe**

47 Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf § 63Abs. 2 Satz 1, § 47Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1, § 52 Abs. 3 GKG.

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

Gericht:	BVerwG 6. Senat
Entscheidungsdatum:	28.02.2008
Rechtskraft:	ja
Aktenzeichen:	6 BN 5/07, 6 BN 5/07 (6 CN 1/08)
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	juris
Norm:	Art 20 Abs 3 GG
Zitiervorschlag:	BVerwG, Beschluss vom 28. Februar 2008 – 6 BN 5/07 –, juris

Satzungsänderung durch Neufassung

Orientierungssatz

1. Das Rechtsstaatsprinzip wird nicht verletzt, 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. (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. (Rn.7)

2. Der Normgeber entscheidet darüber, 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. (Rn.4)

Fundstellen

Buchholz 430.4 Versorgungsrecht Nr 49 (red. Leitsatz und Gründe)

Verfahrensgang

vorgehend Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz 6. Senat, 20. November 2007, 6 C 10767/07, Urteil

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, 52Abs. 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.

Gericht: Oberverwaltungsgericht des Landes Sachsen-Anhalt 3. Senat
Entscheidungsdatum: 22.03.2006
Aktenzeichen: 3 L 249/04
ECLI: ECLI:DE:OVGST:2006:0322.3L249.04.0A
Dokumenttyp: Urteil

Quelle: juris

Normen: § 90 Abs 1 S 2 SGB 8, § 13 Abs 2 KiFöG ST
Zitiervorschlag: Oberverwaltungsgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 22. März 2006 – 3 L 249/04 –, juris

Erhebung von Beiträgen für den Besuch von Kindertageseinrichtungen

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.(Rn.24)(Rn.67)

Verfahrensgang

vorgehend VG Dessau, 22. April 2004, 2 A 222/03, Urteil

Diese Entscheidung wird zitiert

Rechtsprechung

Vergleiche Thüringer Oberverwaltungsgericht 3. Senat, 19. Juli 2006, 3 N 582/02

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 In-Kraft-Treten 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,

9 den Bescheid der Beklagten vom 9. April 2003 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 23. Juni 2003 aufzuheben.

10 Die Beklagte hat beantragt,

11 die Klage abzuweisen.

12 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.

13 Mit Urteil vom 22. April 2004 hat das Verwaltungsgericht Dessau die angefochtenen 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.

14 Zur Begründung der vom Verwaltungsgericht zugelassenen Berufung trägt die 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.

15 Die Beklagte beantragt,

16 unter Aufhebung des Urteils des Verwaltungsgerichts Dessau - 2. Kammer - vom 22. April 2004 die Klage abzuweisen.

17 Die Kläger beantragen,

18 die Berufung zurückzuweisen.

19 Die Kläger machen sich zur Begründung ihres Antrages in vollem Umfang die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils zu eigen und zum Gegenstand ihrer Erwiderung.

20 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

21 Die zulässige Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts vom 22. April 2004 ist unbegründet.

22 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.

23 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.

24 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).

25 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:

26 „Landesrecht kann für die Inanspruchnahme von Tageseinrichtungen für Kinder pauschale Beträge festsetzen und diese nach Einkommensgruppen oder Kinderzahl staffeln (Hervorhebung durch d. Senat)."

27 Die ab dem 1. April 1993 geltenden Neufassung der Vorschrift (Gesetz v. 16.02.1993, BGBl. I S. 239) lautete:

28 „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."

29 Diese Bestimmung ist in den nachfolgenden Gesetzesänderungen insoweit - hinsichtlich der Staffelungsmerkmale - nicht mehr geändert worden.

30 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 Landesge-

setzgeber 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.

31 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.

32 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):

33 „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."

34 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:

35 „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.

36 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:

37 „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)."

38 In der Begründung zu diesem Entwurf heißt es (BT-Drucksache 12/2866, S. 25):

39 „Die Vorschrift ersetzt § 90 der geltenden Fassung.

40 [Zu Absatz 1]

41 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)."

42 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:

43 „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)."

44 Die Bundesregierung hat diesem Vorschlag in ihrer Gegenäußerung ohne Einschränkung zugestimmt (BT-Drucksache 12/2866, S. 43).

45 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:

46 „Die Ausschussfassung nimmt einen Vorschlag des Bundesrates auf, dem die Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung zugestimmt hat."

47 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.

48 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.

49 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.

50 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:

51 „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."

52 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:

53 „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."

54 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:

55 „Hinsichtlich der Erhebung von Elternbeiträgen gelten die Regelungen in § 90 des Achten Bu-

ches Sozialgesetzbuch. Die Träger von Tageseinrichtungen können die Elternbeiträge für ihre Tageseinrichtungen nach Einkommensgruppen und Kinderzahl oder Zahl der Familienangehörigen staffeln."

56 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.

57 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):

58 „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."

59 Weiter hat die damalige Ministerin für Arbeit, Soziales und Gesundheit Dr. Kuppe im Rahmen der Einbringung des Gesetzentwurfes in den Landtag ausgeführt (Plenarprotokoll 2/33 vom 14.12.1995, S. 2393 f.):

60 „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)."

61 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.

62 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.

63 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):

64 „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."

65 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.

66 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.

67 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.

68 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.

69 Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO.

70 Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus den §§ 167 VwGO, 708Nr. 10, 711 ZPO. Gründe für die Zulassung der Revision (§ 132 Abs. 2 VwGO) liegen nicht vor.

Gericht:	Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz 8. Senat
Entscheidungsdatum:	13.03.2006
Aktenzeichen:	8 A 11599/05, 8 A 11599/05.OVG
ECLI:	ECLI:DE:OVGRLP:2006:0313.8A11599.05.0A
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	juris
Normen:	Art 297 Abs 1 Nr 1 StGBEG, Art 297 Abs 1 Nr 2 StGBEG, Art 297 Abs 3 StGBEG, Art 12 Abs 1 GG, Art 14 Abs 1 GG... mehr
Zitiervorschlag:	Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 13. März 2006 – 8 A 11599/05 –, juris

Kein Bauvorbescheid bei Prostitutionsverbot; Fortgeltung früherer Rechtsverordnung; Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht

Leitsatz

Nach Aufhebung der Rechtsverordnung zum Schutze der Jugend und des öffentlichen Anstandes für Rheinland-Pfalz vom 19. April 2005 (StAnz S 582) durch Rechtsverordnung vom 26. Oktober 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. August 1986 (StAnz S 916) in der Fassung der letzten Änderungsverordnung vom 17. Februar 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. Dezember 2001 (BGBl I, 3938) keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.

Fundstellen

DÖV 2006, 519-521 (Leitsatz und Gründe)
NVwZ-RR 2006, 611-613 (Leitsatz und Gründe)

Verfahrensgang

vorgehend VG Neustadt (Weinstraße), 8. August 2005, 3 K 303/05.NW, Urteil

Diese Entscheidung wird zitiert

Literaturnachweise

Jürgen Vahle, DVP 2007, 209 (Anmerkung)

Tenor

Die Berufung des Klägers gegen das aufgrund mündlicher Verhandlung vom 08. August 2005 ergangene Urteil des Verwaltungsgerichts Neustadt an der Weinstraße wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

Der Beschluss ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

1 I. Der Kläger begehrt die Erteilung eines positiven Bauvorbescheides zur Umnutzung eines Zahntechniklabors in eine Sauna mit Prostitutionsausübung.

2 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.

3 Die Erteilung eines vom Kläger am 30. August 2004 beantragten positiven Bauvorbescheides lehnte der Beklagte mit Bescheid vom 07. Oktober 2004 unter Hinweis auf entgegenstehende Festsetzungen des Bebauungsplanes ab. Den hiergegen eingelegten Widerspruch wies der Kreisrechtsausschuss des Beklagten mit der Begründung zurück, § 1 der Rechtsverordnung zum Schutze der Jugend und des öffentlichen Anstandes für den Regierungsbezirk Rheinhessen-Pfalz vom 14. August 1986 (StAnz. S. 916) in der Fassung der Änderungsverordnung vom 23. August 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.

4 Die hiergegen erhobene Klage wies das Verwaltungsgericht unter Berufung auf das in einer am 19. April 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.

5 Diese Verordnung, die ihrerseits die Verordnung vom 14. August 1986 in der Fassung der letzten Änderungsverordnung vom 17. Februar 2004 (StAnz. S. 202) außer Kraft gesetzt hatte, hob die Aufsichts- und Dienstleistungsdirektion mit Verordnung vom 26. Oktober 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. April 2005 außer Kraft getreten sind, durch diese Aufhebung wieder Gültigkeit erlangen".

6 Mit seiner vom Senat zugelassenen Berufung verfolgt der Kläger sein Begehren weiter. Er meint, nach Aufhebung der Verordnung vom 26. Oktober 2005 existiere kein rechtsverbindliches Prostitutionsverbot für den Rhein-Pfalz-Kreis mehr. Insbesondere könne die aufgehobene Verordnung vom 14. August 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 Abs. 1 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.

7 Der Kläger beantragt,

8 den Beklagten unter Abänderung des angefochtenen Urteils und Aufhebung des Bescheides vom 17. Oktober 1004 sowie des Widerspruchsbescheides vom 24. Januar 2005 zu verpflichten, ihm den am 30. August 2004 beantragten Bauvorbescheid zu erteilen.

9 Der Beklagten beantragt,

10 die Klage abzuweisen.

11 Er hält das Vorhaben im Hinblick auf die von ihm im Widerspruchsbescheid zitierte Verordnung,

die nach Aufhebung der Verordnung vom 19. April 2005 wieder Geltung beanspruche, für unzulässig.

12 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 Beklagten 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.

13 II. Die zulässige Berufung, die der Senat einstimmig für unbegründet hält und über die er - nicht zuletzt aufgrund des bereits ergangenen Urteils vom 17. Juli 2002 (BauR 2002, 1692) und der hierzu ergangenen Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 20. November 2003 (NVwZ 2004, 743) - gemäß § 130a VwGO nach vorheriger Anhörung der Beteiligten ohne mündliche Verhandlung durch Beschluss entscheidet, hat keinen Erfolg.

14 Das Verwaltungsgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Dem Kläger 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. August 1986 in der zuletzt durch Verordnung vom 17. Februar 2004 geänderten Fassung – SperrbezV 1986 -. Ungeachtet der Frage, ob der Kläger 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. Juli 1996 – 8 A 11337/95.OVG -, ESOVGRP) keinen positiven Bauvorbescheid beanspruchen.

15 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).

16 1. Entgegen der Auffassung des Klägers ist die Geltung der Sperrbezirksverordnung 1986 durch den Erlass der Verordnung vom 19. April 2005 – SperrbezV 2005 - nicht beendet worden. Zwar ordnet deren § 10 Abs. 2 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. Oktober 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. Oktober 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).

17 Dass es dem Verordnungsgeber darauf ankam, die Geltung der Sperrbezirksverordnung 2005 insgesamt (und damit auch ihres § 10 Abs. 2) 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 Abs. 2 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 Bundesverfassungsgericht, 6. Aufl. 2004, S. 319; Schneider, Gesetzgebung, S. 276; Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl. 1974, S. 144, BVerfGE 102, 197, 208).

18 Anderes folgt auch nicht aus der Rechtsprechung des 6. Senats des erkennenden Gerichts zur Geltung von Beitragssatzungen (s. Urteil vom 29. März 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.

19 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).

20 a. Gemäß Art. 297 Abs. 1 Nr. 1 EGStGB kann die Landesregierung (oder eine von ihr ermächtigte Behörde; s. Art. 297 Abs. 2 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. November 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. Oktober 2002, NordÖR 2003, 26 m.w.N. aus der Rechtsprechung). Auch das Inkrafttreten des Prostitutionsgesetzes vom 20. Dezember 2001 (BGBl. I, 3983) rechtfertigt keine Zweifel an der Gültigkeit der Norm (s. BVerwG, aaO.).

21 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.

22 Die Möglichkeit des gemeindeweiten Prostitutionsverbotes gemäß Art. 297 Abs. 1 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 Abs. 3 EGStGB in der Regel nicht möglich ist (s. zu alledem Urteil des erkennenden Senats vom 17. Juli 2002, BauR 2002, 1692).

23 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.N., Senatsurteil vom 17. Juli 2002, aaO., Nds. OVG, Urteil vom 24. Oktober 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.

24 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. Dezember 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 Abs. 1 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 Klägers, 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 Abs. 1 Nr. 1 EGStGB gestützten Prostitutionsverbots.

25 Entgegen der Auffassung des Klägers 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. Juli 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 Abs. 1 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.

26 Gegenteiliges lässt sich auch aus den bereits zitierten Urteilen des 12. Senates des erkennenden Gerichts vom 10. Oktober 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 Kläger 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.

27 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit des Beschlusses hinsichtlich der Kosten aus §§ 167 VwGO, 708 ff. ZPO.

28 Die Revision ist nicht zuzulassen, da Zulassungsgründe gemäß § 132 Abs. 2 VwGO nicht vorliegen.

Gericht:	BSG 1. Senat
Entscheidungsdatum:	13.12.2005
Aktenzeichen:	B 1 KR 4/05 R
Dokumenttyp:	Urteil
Quelle:	juris
Normen:	§ 21 Abs 1 Nr 5 SGB 1, § 58 SGB 5 vom 20.12.1988, § 59 SGB 5 vom 23.12.2002, Art 1 Nr 36 GMG, Art 3 Nr 3 GMG... mehr
Zitiervorschlag:	BSG, Urteil vom 13. Dezember 2005 – B 1 KR 4/05 R –, SozR 4-2500 § 58 Nr 1

Krankenversicherung - Wegfall des Sterbegeldes zum 1.1.2004 ist verfassungsgemäß

Leitsatz

Der Anspruch auf Sterbegeld in der gesetzlichen Krankenversicherung ist zum 1.1.2004 ohne Verstoß gegen das Grundgesetz entfallen.

Fundstellen

SozR 4-2500 § 58 Nr 1 (Leitsatz und Gründe)
RegNr 27284 (BSG-Intern)

Verfahrensgang

vorgehend SG Dresden 25. Kammer, 26. Januar 2005, S 25 KR 1319/04, Urteil

Diese Entscheidung wird zitiert

Rechtsprechung
Anschluss BSG 8. Senat, 13. Juni 2006, B 8 KN 1/05 KR R
Parallelentscheidung BSG 1. Senat, 13. Dezember 2005, B 1 KR 3/05 R
Parallelentscheidung BSG 1. Senat, 13. Dezember 2005, B 1 KR 2/05 R

Tatbestand

1 Die Beteiligten streiten über den Anspruch auf Sterbegeld.

2 Der 1935 geborene Ehegatte der Klägerin war bei der beklagten AOK krankenversichert. Er verstarb am 23. Juni 2004. Die Klägerin trug die Bestattungskosten. Sie beantragte bei der Beklagten, Sterbegeld in Höhe von 525,-- € 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 21. September 2004; Widerspruchsbescheid vom 21. Oktober 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 26. Januar 2005 *).*

4 Mit ihrer vom SG zugelassenen Sprungrevision rügt die Klägerin die Verletzung der in Art 37

Abs 8 GMG enthaltenen Übergangsbestimmung und trägt vor, der Gesetzgeber habe in Art 37 GMG geregelt, dass die §§ 58und 59 Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V) nF erst mit Wirkung zum 1. Januar 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 Klägerin) habe darauf vertraut, dass ihr Sterbegeld zustehe.

5 Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts vom 26. Januar 2005 aufzuheben und die Beklagte unter Änderung ihres Bescheides vom 21. September 2004 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 21. Oktober 2004 zu verurteilen, der Klägerin Sterbegeld in Höhe von 525,-- € zu zahlen.

6 Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

7 Sie hält die angefochtene Entscheidung für zutreffend.

Entscheidungsgründe

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 €, beim Tod eines nach § 10 Versicherten 262,50 €" (*zuvor ab dem 1. Januar 2002: 1.050 €/525 €, vgl Art 1 Nr 7 8. Euroeinführungsgesetz vom 23. Oktober 2001, BGBl I 2702; davor ab dem 1. Januar 1989: 2.100DM/1050DM, vgl Art 1 und 79 Abs 1 GRG).* Zwar trug die Klägerin die Bestattungskosten ihres verstorbenen Ehegatten, der im Todeszeitpunkt versichertes Mitglied der Beklagten war. Sie hätte daher Anspruch auf Sterbegeld in Höhe von 525 € gehabt, wenn der Verstorbene am 1. Januar 1989 versichert war und die genannte Regelung am 23. Juni 2004, dem Todestag des Versicherten, noch gegolten hätte. Letzteres ist indessen nicht der Fall. Denn das GMG hat den Anspruch auf Sterbegeld gemäß §§ 58und 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 € 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.

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 §§ 58und 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 20Abs 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 §§ 58und 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 Vertrauensschutz 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 (§§ 58und 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) 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, 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 3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.

Gericht:	SG Dortmund 24. Kammer
Entscheidungsdatum:	23.09.2005
Rechtskraft:	ja
Aktenzeichen:	S 24 KN 16/05 KR
Dokumenttyp:	Urteil
Quelle:	juris
Normen:	§ 58 SGB 5, § 59 SGB 5, Art 37 Abs 1 GMG, Art 37 Abs 8 GMG
Zitiervorschlag:	SG Dortmund, Urteil vom 23. September 2005 – S 24 KN 16/05 KR –, juris

Krankenversicherung - Sterbegeld - Abschaffung durch GMG

Orientierungssatz

Durch das GMG sind die Regelungen des Sterbegeldes zum 1.1.2004 außer Kraft getreten.

Tatbestand

1 Die Beteiligten streiten über einen Anspruch auf Sterbegeld wegen eines im Jahre 2004 eingetretenen Todesfalls.

2 Die ... 2004 verstorbene Versicherte A E war Mitglied der knappschaftlichen Krankenversicherung.

3 Am 08.10.2004 beantragte die Klägerin die Gewährung von Sterbegeld.

4 Mit Bescheid vom 27.09.2004 lehnte die Beklagte den Antrag wegen fehlender gesetzlicher Anspruchsgrundlage ab. Hiergegen legte die Klägerin am 30.09.2004 Widerspruch ein. Sie trug vor, die maßgeblichen Anspruchsgrundlagen seien nicht wirksam aufgehoben worden.

5 Mit Widerspruchsbescheid vom 20.12.2004 wies die Beklagte den Widerspruch zurück. Sie führte zur Begründung aus, durch das "Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung" vom 14.11.2003 sei der Anspruch auf Sterbegeld für alle Todesfälle, die ab dem 01.01.2004 eingetreten seien, weggefallen. Diese Rechtsfolge ergebe sich aus dem Regelungszusammenhang, wie er dem zuvor genannten Gesetz zu entnehmen sei.

6 Hiergegen hat die Klägerin am 17.01.2005 Klage erhoben, mit der sie ihr Begehren weiter verfolgt.

7 Die Klägerin beantragt,

8 die Beklagte unter Aufhebung des Bescheides vom 27.09.2004 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 20.12.2004 zu verurteilen, ihr wegen des Todes der Versicherten A E Sterbegeld in Höhe von 525,00 € zu gewähren,

9 weiterhin, die Sprungrevision zuzulassen.

10 Die Beklagte beantragt,

11 die Klage abzuweisen.

12 Sie hält die angefochtenen Bescheide für rechtmäßig.

13 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichts- und der beigezogenen Verwaltungsakte der Beklagten verwiesen, der Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen ist.

Entscheidungsgründe

14 Die zulässige Klage ist nicht begründet.

15 Die Klägerin ist durch die angefochtenen Bescheide nicht im Sinne von § 54 Abs. 2 des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) beschwert. Die Bescheide sind rechtmäßig. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Gewährung eines Sterbegeldes.

16 Dem Anspruch steht entgegen, dass eine Anspruchsgrundlage nicht – mehr – existiert. Dies ergibt sich aus wörtlicher, historischer und systematischer Auslegung des Gesetzes.

17 Im siebten Abschnitt des Dritten Kapitels des Fünften Buches des Sozialgesetzbuches (SGB V) in der bis zum 31.12.2003 gültigen Fassung (a. F.) war in § 58 SGB V a. F. geregelt, dass beim Tod eines Versicherten an denjenigen, der die Bestattungskosten trägt, ein Zuschuss zu den Bestattungskosten (Sterbegeld) gezahlt wird, wenn der Verstorbene am 01.01.1989 versichert war. Das Sterbegeld betrug beim Tod eines Mitglieds zuletzt 525,00 €, beim Tod eines nach § 10 SGB V Versicherten 262,50 € (§ 59 SGB V a. F.).

18 Die wörtliche Auslegung ergibt, dass der Gesetzgeber mit dem GKV-Modernisierungsgesetz (GMG) vom 14.11.2003 (BGBl. I S. 2190 ff.) die §§ 58, 59 SGB V a. F. mit Wirkung ab dem 01.01.2004 aufgehoben hat. Dies folgt aus der Eingangsformulierung zu Art. 1 Nr. 36 (BGBl. I S. 2196) i. V. mit Art. 37 Abs. 1, Abs. 8 (BGBl. I S. 2257), in der ausgeführt wird: "Im dritten Kapitel wird der Siebte Abschnitt wie folgt gefasst:". Es folgen Regelungen zum Zahnersatz in §§ 55 ff neuer Fassung (n. F.). Mit der Formulierung "wird der Siebte Abschnitt wie folgt gefasst" wird der bisherige Siebte Abschnitt vollständig aufgehoben und durch die neu gefassten Vorschriften ersetzt. Diese Formulierung beinhaltet den völligen Austausch einer Gliederungseinheit gegen einen neuen Wortlaut (vgl. Orlowski: "Das Sterbegeld ist eine gestrichene Leistung!" SGb 2004, 622, 623 mit Hinweisen auf das Handbuch der Rechtsförmlichkeit).

19 Zwar folgt 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 Paragraphen der zum 01.01.2004 noch nicht in Kraft getretenen Regelungen zunächst 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. Dies ändert jedoch nichts an der Aufhebung des ursprünglichen Siebten Abschnitts ab dem 01.01.2004. Aus dem Umstand, dass § 58Abs. 1, 2 und § 59 SGB V n. F. 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 weiter galten (vgl. auch Orlowski a.a.O.). In Kraft getreten sind zum 01.01.2004 die §§ 56, 57 und 58 Abs. 3 n. F. Hieraus folgt ebenfalls, dass die ursprünglichen Vorschriften des Siebten Abschnitts mit Wirkung zum 01.01.2004 aufgehoben wurden.

20 Entgegen einer in der Literatur vertretenen Auffassung (Schnapp, "Das Sterbegeld – eine auslaufende Leistung ?" SGb 2004, 451, 452) besteht nach dem Wortlaut des Gesetzes kein eindeutiger Anspruch auf Sterbegeld für im Jahre 2004 eingetretene Todesfälle. Mit der Formulierung "wird wie folgt gefasst" im Eingangstext von Nr. 36 GMG ist die Aufhebung der alten Vorschriften mit umfasst (vgl. Orlowski a.a.O.) Soweit in der Literatur (Schnapp a.a.O.) ausgeführt wird, dass jedenfalls § 59 SGB V a. F. wirksam bleibe, bestünde ebenfalls kein Anspruch auf Sterbegeld für einen im Jahre 2004 eingetretenen Todesfall mehr, da nur § 58 SGB V a. F. eine Anspruchsgrundlage darstellte und § 59 SGB V a. F. lediglich eine Inhaltsbestimmung des An-

spruchs (Höhe der Leistung) war (so auch Schmidt/Urmersbach "Das Sterbegeld nach §§ 58, 59 SGB V – Requiescat in pace" KrV 2004, 322, 323).

21 Auch nach dem Willen des Gesetzgebers (vgl. amtliche Begründung zum GMG (BT-Drs 15/1525)) ergibt sich, dass die Streichung des Sterbegelds zum 01.01.2004 beabsichtigt war (siehe Gesetzesbegründungen zu Nr. 36 und Nr. 3). Dort wird ausgeführt, dass eine "Streichung des Sterbegeldes" ... "als Solidarbeitrag zur Stabilisierung der finanziellen Situation der gesetzlichen Krankenversicherung erforderlich" gewesen sei (Begründung zu Nr. 36) und dass es sich um "Folgeregelungen zur Aufhebung des Siebten Abschnitts im Dritten Kapitel (Streichung des Anspruchs auf Sterbegeld)" gehandelt habe (Begründung zu Nr. 3).

22 Eine Fortgeltung von § 58 SGB V a. F. würde auch zu unsystematischen und sinnwidrigen Ergebnissen führen. Denn zum 01.01.2004 ist jedenfalls § 58 Abs. 3 SGB V n. F. unter der Überschrift "Beitrag für Zahnersatz" in Kraft getreten. Eine Weitergeltung von § 58 SGB V a. F. hätte zur Folge gehabt, dass innerhalb derselben Vorschrift eine Regelung zum Zahnersatz (in Abs. 3) und eine Regelung zum Sterbegeld (ohne Absatz als Satz 1) enthalten gewesen wäre. Zudem stünde die Regelung zum Sterbegeld im Abschnitt "Zahnersatz".

23 Die Kostenentscheidung folgt aus § 193 SGG.

24 Die Kammer hat wegen grundsätzlicher Bedeutung die Sprungrevision gem. § 161 SGG zugelassen. Die Zustimmung der Beklagten hat vorgelegen.

Gericht:	BVerfG 2. Senat
Entscheidungsname:	Beitragssatzsicherungsgesetz, Apothekenrabatt, BSSichG
Entscheidungsdatum:	13.09.2005
Rechtskraft:	ja
Aktenzeichen:	2 BvF 2/03
ECLI:	ECLI:DE:BVerfG:2005:fs20050913.2bvf000203
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	juris
Normen:	Art 72 Abs 2 GG, Art 74 Abs 1 Nr 12 GG, Art 74 Abs 1 Nr 19 GG, Art 74 Abs 1 Nr 19a GG, Art 76 GG... mehr **Diese Entscheidung hat Gesetzeskraft.**
Zitiervorschlag:	BVerfG, Beschluss vom 13. September 2005 – 2 BvF 2/03 –, BVerfGE 114, 196-257

(Verfassungsmäßigkeit des Beitragssatzsicherungsgesetzes: konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes - keine Zustimmungsbedürftigkeit des Bundesrates - Verordnungsänderungen durch den parlamentarischen Gesetzgeber im Hinblick auf rechtsstaatliche Anforderungen - keine Verletzung von GG Art 12 Abs 1 oder Art 14 Abs 1 durch die Bestimmungen des BSSichG - abweichende Meinung zur Beurteilung von Gesetzen, die Rechtsverordnungen ändern)

Leitsatz

1. Verfahrensbestimmungen lösen die Zustimmungsbedürftigkeit nach Art 84 Abs 1 GG nicht aus, wenn sie keinen neuen Einbruch in die Verwaltungszuständigkeit der Länder darstellen.

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.

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 Abs 1 Satz 2 GG) gebunden. Die Zustimmungsbedürftigkeit richtet sich nicht nach Art 80 Abs 2 GG.

Fundstellen

SozR 4-2500 § 266 Nr 9 (Leitsatz und Gründe)
BVerfGE 114, 196-257 (Leitsatz und Gründe)
MBl LSA 2005, 633 (Leitsatz)
DVBl 2005, 1503-1513 (Leitsatz und Gründe)
NVwZ 2006, 191-201 (Leitsatz und Gründe)
MedR 2006, 45-54 (Leitsatz und Gründe)
DÖV 2006, 165-170 (Leitsatz und Gründe)
ApoR 2006, 25-45 (red. Leitsatz und Gründe)

Diese Entscheidung wird zitiert

Rechtsprechung

Vergleiche Hessisches Finanzgericht 5. Senat, 12. November 2018, 5 K 1569/16

Vergleiche Hessisches Finanzgericht 5. Senat, 18. April 2018, 5 K 1108/15
Vergleiche FG Münster 15. Senat, 13. März 2018, 15 K 832/15 U
Anschluss BVerwG 8. Senat, 15. März 2017, 8 C 6/16
Vergleiche BVerfG 1. Senat 2. Kammer, 7. Mai 2014, 1 BvR 3571/13, ...
... mehr

Literaturnachweise

Stephan Meyer, Der Staat 48, 278-303 (Aufsatz)
Heinz-Uwe Dettling, MedR 2006, 81-89 (Entscheidungsbesprechung)
Claus Binder, Stefan Huster, Sebastian Kluckert, MedR 2016, 236-242 (Aufsatz)
Christofer Lenz, NVwZ 2006, 296-298 (Aufsatz)
Hans-Jürgen Papier, Christoph Krönke, PharmR 2015, 269-286 (Aufsatz)
... mehr

Tenor

Das Gesetz zur Sicherung der Beitragssätze in der gesetzlichen Krankenversicherung und in der gesetzlichen Rentenversicherung (Beitragssatzsicherungsgesetz – BSSichG) vom 23. Dezember 2002 (Bundesgesetzblatt I Seite 4637) ist mit dem Grundgesetz vereinbar.

Gründe

1 Das Verfahren betrifft die Überprüfung des Beitragssatzsicherungsgesetzes, das die Antragstellerinnen für verfassungswidrig halten, weil der Bundesrat dem Gesetz hätte zustimmen müssen und weil es pharmazeutische Großhändler und Apotheker in ihren Grundrechten aus Art. 12 Abs. 1 GG verletze.

A.

I.

2 1. Das Beitragssatzsicherungsgesetz beruht auf einem Entwurf, den die Fraktionen der SPD und von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN am 5. November 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.

3 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.

4 Die Zustimmung des Bundesrates hielten die Entwurfsverfasser nicht für erforderlich.

5 2. Nach dem Gesetzesbeschluss des Bundestages rief der Bundesrat den Vermittlungsaus-

schuss mit dem Ziel der Aufhebung des Gesetzesbeschlusses an, und er stellte fest, dass das Gesetz gemäß Art. 84 Abs. 1 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]).

6 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]).

7 4. Das Gesetz wurde am 30. Dezember 2002 verkündet (BGBl I S. 4637) und trat gemäß seinem Art. 13 größtenteils am 1. Januar 2003 in Kraft. Es wurde später durch Art. 1c des Zwölften SGB V–Änderungsgesetzes vom 12. Juni 2003 (BGBl I S. 844) und durch Art. 26 des Gesetzes zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Modernisierungsgesetz – GMG) vom 14. November 2003 (BGBl I S. 2190 <2255>) geändert.

II.

8 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 Bundesverfassungsgerichts ab (vgl. BVerfGE 106, 351; 106, 359; 106, 369; 108, 45).

III.

9 Die Antragstellerinnen 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.

10 1. Das Beitragssatzsicherungsgesetz ändert mit seinem Art. 1 das Fünfte Buch Sozialgesetzbuch (SGB V). Der Änderung des § 130 Abs. 1 SGB V wird entgegengehalten, sie belaste die Apotheker übermäßig. Die gleiche Wirkung auf pharmazeutische Unternehmen habe der neu eingefügte § 130 a Abs. 1 SGB V, während § 130 a Abs. 8 SGB V die Zustimmungsbedürftigkeit durch den Bundesrat auslöse.

11 a) Die Krankenkassen sind ihren Versicherten zur Versorgung mit Arzneimitteln verpflichtet (§ 31 Abs. 1 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 Abs. 3 SGB V) angesehen (vgl. Henninger, in: Schulin [Hg.], Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Bd. 1, 1994, § 44 Rn. 32).

12 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 (§ 31Abs. 3, §§ 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 Abs. 2 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).

13 Zugleich mit der Einführung des Festbetragskonzepts wurden die Apotheken verpflichtet, an der bis dahin allein dem Arzt obliegenden Auswahl preisgünstiger Arzneimittel teilzunehmen (§ 129 Abs. 1 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 Abs. 2 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).

14 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. Dezember 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 Abs. 3 SGB V).

15 Art. 30 Abs. 1 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. Mai 1992 geltenden Preise gesenkt.

16 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 Abs. 1 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 Abs. 1 bis 7 SGB V, Art. 1 Nr. 8 BSSichG).

17 § 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.

18 b) Art. 1 BSSichG hat folgenden Wortlaut:

19 Artikel 1

20 Änderung des Fünften Buches Sozialgesetzbuch

21 Das Fünfte Buch Sozialgesetzbuch – Gesetzliche Krankenversicherung – (Artikel 1 des Gesetzes vom 20. Dezember 1988, BGBl. I S. 2477, 2482), zuletzt geändert durch Artikel 3 des Gesetzes vom 23. Dezember 2002 (BGBl. I S. 4621), wird wie folgt geändert:

22 1. bis 6. ...

23 7. § 130 Abs. 1 wird wie folgt gefasst:

24 „(1) Die Krankenkassen erhalten von den Apotheken auf den für den Versicherten maßgeblichen Arzneimittelabgabepreis einen Abschlag. Der Abschlag beträgt bei einem Arzneimittelabgabepreis

25 von bis zu 52,46 Euro 6 vom Hundert,

26 von 54,81 Euro bis 820,22 Euro 10,0 vom Hundert,

27 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.

28 Der mit der Krankenkasse abzurechnende Betrag beträgt bei einem Arzneimittelabgabepreis

29 von 52,47 Euro bis 54,80 Euro 49,32 Euro."

30 8. Nach § 130 wird folgender § 130 a eingefügt:

31 „§130 a

32 Rabatte der pharmazeutischen Unternehmen

33 (1) Die Krankenkassen erhalten von Apotheken für ab dem 1. Januar 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.

34 (2) Ab dem 1. Januar 2003 bis zum 31. Dezember 2004 erhöht sich der Abschlag um den Betrag einer Erhöhung des Herstellerabgabepreises gegenüber dem Preisstand vom 1. Oktober 2002. Für Arzneimittel, die nach dem 1. Oktober 2002 erstmals in den Markt eingeführt werden, gilt Satz 1 mit der Maßgabe, dass der Preisstand der Markteinführung Anwendung findet.

35 (3) bis (7) ...

36 (8) Die Krankenkassen oder ihre Verbände können mit pharmazeutischen Unternehmen zu-

sätzlich 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.

37 (9) ..."

38 c) Nach Inkrafttreten des Beitragssatzsicherungsgesetzes ist mit dem Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Modernisierungsgesetz – GMG) vom 14. November 2003 (BGBl I S. 2190)erneut in die Regelung der Arzneimittelpreise eingegriffen worden: Die Staffelung des Apothekenabschlages (§ 130 Abs. 1 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 Abs. 1 SGB V) ist für verschreibungspflichtige Arzneimittel im Jahre 2004 auf 16 % erhöht worden (§ 130 a Abs. 1a 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 Abs. 1 bis 3 AMPreisV, Art. 24 Nr. 2 GMG).

39 2. Auch für Art. 7 Abs. 1 Satz 3 BSSichG wird vertreten, die Norm sei zustimmungsbedürftig gewesen. Sie hat die Anwendung des § 220 Abs. 2 SGB V bis zum 31. Dezember 2003 ausgeschlossen.

40 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 (§ 260Abs. 2, § 261 Abs. 2 SGB V) eventuell benötigte Beträge hinzugerechnet (§ 220 Abs. 1 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 Abs. 1 Nr. 4 SGB V), und zwar, wie § 220 Abs. 1 und § 261 Abs. 3 SGB V zu entnehmen ist, vor Beginn eines Haushaltsjahres für das Haushaltsjahr, das dem Kalenderjahr entspricht (§ 67 Abs. 1 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 (§ 220Abs. 2 Satz 1, § 261Abs. 3, § 262 SGB V).

41 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 Abs. 2 SGB V).

42 Art. 7 Abs. 1 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 Abs. 2 SGB V ausge-

setzt wird (Satz 3). Beide Maßnahmen sind bis zum 31. Dezember 2003 befristet und mit Ausnahmen versehen, die Deckungslücken durch den Risikostrukturausgleich (§ 266 SGB V) und durch extreme wirtschaftliche Notlagen berücksichtigen (Art. 7 Abs. 3 BSSichG).

43 b) Die Vorschrift hat folgenden Wortlaut:

44 Artikel 7

45 Gesetz zur Stabilisierung der Beitragssätze in der gesetzlichen Krankenversicherung im Jahre 2003

46 (1) Bis zum 31. Dezember 2003 sind Beitragssatzanhebungen der Krankenkassen (§ 4 des Fünften Buches Sozialgesetzbuch) nur zulässig, wenn die dafür erforderlichen Satzungsänderungen vor dem 7. November 2002 genehmigt worden sind. Eine hiervon abweichende Satzungsänderung ist unwirksam.
§ 220 Abs. 2 des Fünften Buches Sozialgesetzbuch ist in dem in Satz 1 genannten Zeitraum nicht anzuwenden.

47 (2) Absatz 1 gilt für Beiträge, die in Beitragsklassen festgesetzt werden, entsprechend.

48 (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.

49 3. Art. 4 BSSichG wird ebenfalls eine Umgehung der Zustimmungsbedürftigkeit durch den Bundesrat entgegengehalten.

50 a) Auf der 1969in 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 Abs. 1 SGB V ergibt und für den Bereich der Krankenhausfinanzierung durch § 17 Abs. 1 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.

51 § 6 Abs. 1 Satz 4 BPflV regelt solche Durchbrechungen. Art. 4 BSSichG führt eine weitere Ausnahme vom Grundsatz der Beitragssatzstabilität ein. Der aus der Einnahmesteigerung der Mit-

glieder der Krankenkassen errechnete neue Gesamtbetrag der Vergütungen darf nach der neuen Nr. 6 des § 6 Abs. 1 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.

52 b) Art. 4 BSSichG und der mit ihm im Zusammenhang stehende Art. 12 BSSichG lauten:

53 Artikel 4

54 Änderung der Bundespflegesatzverordnung

55 § 6 Abs. 1 der Bundespflegesatzverordnung vom 26. September 1994 (BGBl. I S. 2750), die zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 23. April 2002 (BGBl. I S. 1412) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

56 1. Satz 4 wird wie folgt geändert:

57 a) In Nummer 4 wird das Wort „oder" gestrichen.

58 b) In Nummer 5 werden das Semikolon durch die Angabe „, oder" ersetzt und folgende neue Nummer 6 angefügt:

59 „6. zusätzliche Leistungen aufgrund des Abschlusses eines Vertrages zur Durchführung eines strukturierten Behandlungsprogramms nach § 137 g Abs. 1 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;".

60 2. Der bisherige Satz 4 zweiter Halbsatz und Satz 5 folgen im Anschluss an die neue Nummer 6.

61 3. Folgender Satz wird angefügt:

62 „Auch die Tatbestände nach Absatz 1 Satz 4, Absatz 3 und 5 sind Gegenstand der Pflegesatzverhandlungen."

63 Artikel 12

64 Rückkehr zum einheitlichen Verordnungsrang

65 Die auf Artikel 4 des Gesetzes beruhenden Teile der Bundespflegesatzverordnung können aufgrund des § 16 Satz 1 Nr. 1 des Krankenhausfinanzierungsgesetzes in Verbindung mit diesem Artikel durch Rechtsverordnung geändert werden.

66 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 Abs. 2 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.

67 4. Übermäßige Belastung bewirkt nach Auffassung der Antragstellerinnen 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.

68 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 (§ 23Abs. 1, §§ 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.

69 b) Art. 11 BSSichG lautet:

70 Artikel 11

71 Gesetz zur Einführung von Abschlägen der pharmazeutischen Großhändler

§ 1

72 Abschläge der pharmazeutischen Großhändler

73 Die pharmazeutischen Großhändler gewähren den Apotheken für Fertigarzneimittel, die der Verschreibungspflicht auf Grund von § 48oder § 49 des Arzneimittelgesetzes und dem Versorgungsanspruch nach § 23Abs. 1, §§ 27und 31 des Fünften Buches Sozialgesetzbuch unterliegen, einen Abschlag in Höhe von 3 vom Hundert des Arzneimittelabgabepreises.

§ 2

74 Abschläge bei unmittelbarem Bezug

75 Für Arzneimittel, die Apotheken unmittelbar von pharmazeutischen Unternehmen bezogen haben, gewähren die pharmazeutischen Unternehmen den Abschlag nach § 1.

§ 3

76 Weiterleitung der Abschläge

77 Für Arzneimittel nach den §§ 1 und 2 erhalten die Krankenkassen von den Apotheken einen Abschlag in Höhe von 3 vom Hundert des Arzneimittelabgabepreises.

78 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).

79 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.

80 a) Der Beitrag zur gesetzlichen Rentenversicherung wird durch die Multiplikation der beitragspflichtigen Einnahmen mit dem Beitragssatz errechnet (§ 157 SGB VI).

81 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 Beitragsbemes-

sungsgrenze 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.

82 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 Abs. 1 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).

83 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 Abs. 4 SGB VI).

84 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).

85 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 Abs. 2 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 Abs. 3 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.

86 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 § 35Abs. 1, §§ 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).

87 b) Die hier angegriffenen Vorschriften lauten:

88 Artikel 2

89 Änderung des Sechsten Buches Sozialgesetzbuch

90 Das Sechste Buch Sozialgesetzbuch – Gesetzliche Rentenversicherung – in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. Februar 2002 (BGBl. I S. 754, 1404, 3384), zuletzt geändert durch Artikel 4 des Gesetzes vom 23. Dezember 2002 (BGBl. I S. 4621), wird wie folgt geändert:

91 1. bis 3. ...

92 4. Nach § 275 b wird folgender § 275 c eingefügt:

93 „§ 275 c

94 Beitragsbemessungsgrenzen für das Jahr 2003

95 (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.

96 (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.

97 (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."

98 5. § 287 wird wie folgt geändert:

99 a) Die Überschrift wird wie folgt gefasst:

100 „§ 287

101 Weitergeltung der Beitragssätze des Jahres 2003".

102 b) Absatz 1 wird aufgehoben.

103 c) Die Absatzbezeichnung „(2)" wird gestrichen.

104 6. …

105 Artikel 8

106 Gesetz zur Bestimmung der Beitragssätze in der gesetzlichen Rentenversicherung und der Beitragszahlung des Bundes für Kindererziehungszeiten für das Jahr 2003

107 (Beitragssatzgesetz 2003 – BSG 2003)

§ 1

108 Beitragssätze in der Rentenversicherung

109 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.

§ 2

110 Zahlungen für Kindererziehungszeiten

111 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.

112 Artikel 9

113 Gesetz zur Bestimmung der Beiträge und Beitragszuschüsse in der Alterssicherung der Landwirte für 2003

114 (Beitragsgesetz-Landwirtschaft 2003 – BGL 2003)

§ 1

115 Beitrag in der Alterssicherung der Landwirte

116 (1) Der Beitrag in der Alterssicherung der Landwirte beträgt für das Kalenderjahr 2003 monatlich 198 Euro.

117 (2) Der Beitrag in der Alterssicherung der Landwirte beträgt für das Beitrittsgebiet für das Kalenderjahr 2003 monatlich 166 Euro.

§ 2

118 Beitragszuschuss in der Alterssicherung der Landwirte

119 (1) In Anlage 1 des Gesetzes über die Alterssicherung der Landwirte wird der monatliche Zuschussbetrag für das Kalenderjahr 2003 wie folgt festgesetzt: (...)

120 (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: (...)

IV.

121 Die Antragstellerinnen halten in ihrer gemeinsamen Antragsbegründung das Beitragssatzsicherungsgesetz insgesamt für formell und einzelne Vorschriften zudem für materiell verfassungswidrig. Dazu tragen sie im Wesentlichen vor:

122 1. Das Beitragssatzsicherungsgesetz sei nicht verfassungsgemäß zustande gekommen, weil der Bundesrat nicht zugestimmt habe. Einzelne Vorschriften erfüllten die Tatbestände verschiedener Zustimmungserfordernisse:

123 § 130 a Abs. 8 SGB V (Art. 1 Nr. 8 BSSichG) enthalte eine verfahrensrechtliche Regelung, die

die Zustimmungsbedürftigkeit nach Art. 84 Abs. 1 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 Abs. 2 Satz 2 GG) widersprächen.

124 Art. 4 BSSichG löse die Zustimmungsbedürftigkeit ebenfalls aus. Diese Regelung habe Verordnungsrang, weil sie die Bundespflegesatzverordnung ändere; dazu hätte es nach Art. 80 Abs. 2 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 Abs. 2 GG, auch bei der Ausführung und Ausfüllung eines zustimmungsbedürftigen Gesetzes die Beteiligungsrechte des Bundesrates zu wahren, dürfe nicht umgangen werden.

125 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 Abs. 2 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 Abs. 2 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.

126 Andere Bedenken gegen die formelle Verfassungsgemäßheit des Gesetzes bestünden nicht. Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes ergebe sich für alle Vorschriften aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG (Sozialversicherung) und für Art. 4 BSSichG zudem aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG. Sowohl die Gesetzesänderungen als auch die Neuregelung von Rabattvorschriften hielten der Erforderlichkeitsprüfung nach Art. 72 Abs. 2 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.

127 2. Auch materiell seien einzelne Vorschriften des Gesetzes verfassungswidrig. Der Apothekenabschlag (§ 130 Abs. 1 SGB V, Art. 1 Nr. 7 BSSichG), der Herstellerrabatt (§ 130 a Abs. 1 SGB V, Art. 1 Nr. 8 BSSichG) und der Großhandelsabschlag (Art. 11 BSSichG) verletzten die Grundrechte der Apotheker, Hersteller und Großhändler aus Art. 12 Abs. 1 GG. Die Preisreglementierung sei eine Berufsausübungsregelung, die nicht nur mangels Zustim-

mung des Bundesrates formell verfassungswidrig sei, sondern in Bezug auf die Hersteller zudem gegen Art. 28 EGV verstoße.

128 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 Abs. 1 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.

129 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 Antragstellerinnen seien aber der Ansicht, dass ihm Verordnungsrang zukomme, so dass sich daraus die Zustimmungsbedürftigkeit nach Art. 80 Abs. 2 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 Bundesverfassungsgerichts. Das führe zu unzumutbarer Erschwerung der Wahl des richtigen Rechtsschutzes, der sich nur für die Teile im Verordnungsrang nach § 47 VwGO richte.

V.

130 1. Für die Bundesregierung hat das Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung Stellung genommen. Es hält das Beitragssatzsicherungsgesetz für verfassungsgemäß.

131 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 Abs. 2 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.

132 Die Antragstellerinnen 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. Januar 2004 durch umfassende Neuregelungen in der Arzneimittelpreisverordnung abgelöst worden.

133 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.

134 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.

135 2. Die Bayerische Staatsregierung führt aus, das Beitragssatzsicherungsgesetz habe nach Art. 84 Abs. 1 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.

136 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.

137 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.

138 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 Apo-

theken 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.

139 5. Der Bundesverband der Pharmazeutischen Industrie e.V. sieht die Hersteller von Nichtfestbetragsarzneimitteln durch die Rabattverpflichtung des § 130 a Abs. 1 und 2 SGB V in ihren Grundrechten aus Art. 12Abs. 1, Art. 14und Art. 3 Abs. 1 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 Abs. 1 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.

140 Gleichheitswidrig sei die Sonderbelastung der Hersteller von Nichtfestbetragsarzneimitteln, 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.

141 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.

142 Der durch Art. 11 BSSichG eingeführte Großhandelsabschlag verletze zudem Art. 12 Abs. 1 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 Abs. 1 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).

143 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.

B.

144 Die Anträge sind im Wesentlichen zulässig. Unzulässig sind sie, soweit die Antragstellerinnen beanstanden, Art. 1 Nr. 8 BSSichG (§ 130 a Abs. 1 Satz 3 SGB V) sei unvereinbar mit Art. 28 EGV. Das Bundesverfassungsgericht 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>).

C.

145 Soweit die Anträge zulässig sind, sind sie unbegründet. Das Beitragssatzsicherungsgesetz ist mit dem Grundgesetz vereinbar.

I.

146 Das Gesetz ist formell verfassungsgemäß. Es ist nach den Regelungen des Grundgesetzes zustande gekommen.

147 1. a) Für sämtliche Regelungen des Beitragssatzsicherungsgesetzes ist die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG gegeben.

148 Sozialversicherung im Sinne des Art. 74 Abs. 1 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>).

149 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.

150 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 Abs. 1 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.

151 c) Die die Krankenhäuser betreffenden Entgeltregelungen (Art. 4, Art. 5 BSSichG) sind auch von der Kompetenzzuweisung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG gedeckt, der die Finanzhilfen und die Entgelte für teilstationäre und stationäre Krankenbehandlung umfasst.

152 2. Es kann offen bleiben, ob der Erlass des Beitragssatzsicherungsgesetzes den Bindungen des Art. 72 Abs. 2 GG in seiner seit 1994 geltenden Fassung unterlag oder ob Art. 125 a Abs. 2 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 Abs. 2 n.F. GG stand.

153 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.

154 3. Das Beitragssatzsicherungsgesetz bedurfte nicht der Zustimmung des Bundesrates.

155 a) Art. 1 Nr. 8 BSSichG löst nicht die Notwendigkeit der Zustimmung des Bundesrates nach Art. 84 Abs. 1 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.

156 aa) Die Tätigkeit der Krankenkassen gehört zur Landeseigenverwaltung, soweit es sich um nicht länderübergreifend zuständige Krankenkassen handelt.

157 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 Abs. 2 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 Abs. 1 Nr. 12 GG verwendete (vgl. BVerfGE 63, 1 <35>). Da Art. 87 Abs. 2 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).

158 Die Krankenkassen gehören zur mittelbaren Staatsverwaltung; sie sind rechtsfähige Körperschaften des öffentlichen Rechts mit Selbstverwaltung (§ 4 Abs. 1 SGB V). Das hindert die An-

wendung des Art. 84 Abs. 1 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 Abs. 1 GG vorgesehene Zustimmungserfordernis.

159 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 Abs. 1 angeordneten Sechs-Prozent-Rabatt hinausreichen. Solche zusätzlichen Rabatte sollen durch die Handlungsform der Vereinbarung erreicht werden können.

160 cc) Der Verweis auf eine Vereinbarung als Handlungsform der Krankenkassen zur Herbeiführung eines weiteren Preisabschlages enthält indes keine nach Art. 84 Abs. 1 GG zustimmungsbedürftige Regelung.

161 Verfahrensbestimmungen haben keinen die Zustimmungsbedürftigkeit nach Art. 84 Abs. 1 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).

162 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).

163 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 Antragstellerinnen 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.

164 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.

165 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 Abs. 1 Satz 1 SGB X. Zum Abschluss eines Vertrages bedarf es einer Ermächtigung durch § 130 a Abs. 8 SGB V nicht.

166 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 Abs. 1 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 Abs. 1 SGB V: Knittel, in: Krauskopf [Hg.], a.a.O., § 131 SGB V Rn. 3).

167 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 Abs. 1 Satz 2 SGB V) gehalten, solche Gelegenheiten wahrzunehmen, und ein Vertrag mit entsprechendem Inhalt fand in § 53 Abs. 1 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 Abs. 2 SGB V betrifft vielmehr Gegenstände, die gesetzlich normiert sind, nämlich die Packungsgröße und -ausstattung durch die auf § 31 Abs. 4 SGB V beruhende Zuzahlungsverordnung sowie die Sammlung und der Austausch der Arzneimitteldaten durch § 35 a Abs. 4 und Abs. 5 SGB V. § 131 Abs. 2 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 Abs. 2 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.

168 ee) Für § 131 Abs. 1 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 Abs. 1 BGB).

169 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 Abs. 1 SGB V) hinwegdächte, blieben solche Vereinbarungen angesichts des Wirtschaftlichkeitsgebots (§ 70 Abs. 1 Satz 2 SGB V) zulässig.

170 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.

171 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.

172 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 Abs. 1 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 Antragstellerinnen 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.

173 b) Art. 7 Abs. 1 BSSichG, der die Anwendung des § 220 Abs. 2 SGB V bis zum 31. Dezember 2003 ausgeschlossen hat, bedurfte ebenfalls nicht der Zustimmung des Bundesrates nach Art. 84 Abs. 1 GG; denn diese Norm regelt nicht das Verwaltungsverfahren.

174 § 220 Abs. 2 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 Abs. 2 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 Abs. 1 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 Abs. 1 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>).

175 Nur eine Vorschrift, die das bislang geltende Verfahren änderte, beträfe danach das Verwaltungsverfahren.

176 Art. 7 Abs. 1 BSSichG schreibt aber nicht ein anderes Vorgehen der Krankenkasse und der Aufsichtsbehörde zum Erreichen einer Beitragssatzerhöhung vor, sondern schließt Beitragssatzerhöhungen grundsätzlich - Ausnahmen in Absatz 3 - aus.

177 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 Abs. 2 GG, die für Verordnungen zur Preisregelung auf Grund von § 78 Abs. 1 AMG gelten, sind nicht entsprechend anwendbar.

178 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 Abs. 2 GG zustimmungsbedürftig gewesen wäre.

179 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 gemäß Art. 84 Abs. 1 GG (vgl. §§ 64 ff. AMG). Die auf ihm beruhende Verordnung bedurfte deshalb der Zustimmung des Bundesrates gemäß Art. 80 Abs. 2 GG (vgl. auch § 78 Abs. 1 AMG).

180 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 Antragstellerinnen als Formenmissbrauch beanstandete Umgehung der Bundesratszustimmung, die durch die Zustimmungsbedürftigkeit des Gesetzes verhindert werden müsste, nicht gesehen werden.

181 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.

182 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>).

183 Art. 11 BSSichG gibt keine Veranlassung, von dieser Ansicht abzuweichen. Der Zweck des Zustimmungserfordernisses nach Art. 84 Abs. 1 GG liegt im Schutz der grundsätzlichen Verwaltungszuständigkeit der Länder. Eine Einwirkung des Bundes, die zu Verschiebungen in dem durch Art. 83, Art. 84 Abs. 1 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.).

184 Alle Regelungskonstellationen, die keinen Einbruch oder weiteren Einbruch des Bundes in die Verwaltungszuständigkeiten der Länder bewirken, sind von der Zustimmungsbedürftigkeit aus-

genommen, weil sie vom Zweck des Art. 84 Abs. 1 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>).

185 Nach dem Zweck der Zustimmungsbedürftigkeit ist auch das Zustimmungserfordernis nach Art. 80 Abs. 2 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 gemäß Art. 80 Abs. 1 GG keinesfalls auf Organisations- oder Verfahrensregelungen beschränkt. Eine Verordnungsermächtigung kann sich auch auf materielle Detailregelungen richten. Für solche Verordnungen enthält Art. 80 Abs. 2 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.

186 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.

187 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 Abs. 2 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 Abs. 2 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.

188 Das begegnet am Maßstab des Art. 80 Abs. 1 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, Bundesverfassungsgericht 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 Abs. 2 GG, sondern nach den für förmliche Gesetze geltenden Normen, die hier nicht einschlägig sind.

189 Selbst wenn man der Regelung durch förmliches Gesetz entnehmen wollte, der parlamentari-

sche 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.

II.

190 Auch Art. 4 BSSichG löst die Zustimmungsbedürftigkeit nicht aus. § 6 Abs. 1 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 Abs. 1 GG. Danach bestand kein Zustimmungserfordernis, denn eine Regelung des Verfahrens der Landeseigenverwaltung enthält die Änderung des § 6 Abs. 1 BPflV nicht. Darüber hinaus genügt Art. 4 BSSichG den rechtsstaatlichen Anforderungen, die an die Änderung einer Verordnung durch den Gesetzgeber zu stellen sind.

191 1. Die Bundespflegesatzverordnung ist als Art. 1 der Verordnung zur Neuordnung des Pflegesatzrechts vom 26. September 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.

192 Die Antragstellerinnen berufen sich für die Zustimmungspflichtigkeit von Art. 4 BSSichG auf Art. 80 Abs. 2 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 gemäß Art. 84 Abs. 1 GG der Zustimmung des Bundesrates (vgl. nur § 18, § 18a, § 28 Abs. 1 KHG). Eine anderweitige, die Zustimmungsbedürftigkeit der Verordnung ausschließende Regelung (Art. 80 Abs. 2 GG) enthält das Krankenhausfinanzierungsgesetz nicht. Vielmehr wiederholt § 16 Satz 1 KHG das Zustimmungserfordernis.

193 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).

194 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 Abs. 2 des Gesetzes vom 21. Januar 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.

195 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.

196 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.

197 b) Das Rechtsstaatsprinzip und das hieraus folgende Prinzip der Rechtssicherheit erlauben nur eine Lösung, die der geänderten Verordnung einen einheitlichen Rang zuweist.

198 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.

199 Durch die Änderung darf keine missverständliche, irreführende Norm entstehen, deren Bezeichnung (Verordnung) und Kennzeichnung als Normsetzung auf Grund einer Ermächtigung (Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG) zu ihrem tatsächlichen Rang (förmliches Gesetz) und den davon abhängigen Rechtsfolgen im Widerspruch steht.

200 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.

201 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 Abs. 1 Satz 3 GG) wäre kein Verlass mehr; der wirkliche Status der einzelnen Bestimmungen könnte nur mit erheblichem Aufwand ermittelt werden.

202 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.

203 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 Abs. 1 GG abhängt, erweist sich als im Sinne des Art. 3 Abs. 1 GG nicht sachgerecht (vgl. BVerfGE 70, 35 <56 f.>).

204 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.

205 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.

206 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:

207 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.

208 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.

209 cc) Der parlamentarische Gesetzgeber ist bei der Änderung einer Verordnung an die Grenzen der Ermächtigungsgrundlage (Art. 80 Abs. 1 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 Abs. 1 GG ist nicht anwendbar; eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht ist unzulässig.

210 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 Abs. 2 GG. Es gilt auch hier (vgl. bereits oben unter I. 3. c), dass Art. 80 Abs. 2 GG angesichts seines den Schutzzweck der Norm überschießenden Zustimmungserfordernisses nicht über seinen Wortlaut hinaus ausgedehnt werden kann.

211 Die von Art. 80 Abs. 2 GG bezweckte Fortsetzung des Schutzes der grundsätzlichen Verwaltungszuständigkeit der Länder kann im Verfahren der förmlichen Gesetzgebung unabhängig von Art. 80 Abs. 2 GG anhand der Einzelheiten des jeweiligen Regelungsvorhabens am Maßstab des Art. 84 Abs. 1 GG geprüft werden. Nur wenn die im Gesetzgebungsverfahren bewirkte Verordnungsänderung einen der zustimmungsauslösenden Tatbestände des Art. 84 Abs. 1 GG erfüllt, ist die Mitwirkungsbefugnis des Bundesrates gerechtfertigt.

212 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.

213 3. Nach diesen Maßstäben ist Art. 4 BSSichG verfassungsgemäß.

214 a) Art. 4 BSSichG bedurfte nach Art. 84 Abs. 1 GG nicht der Zustimmung des Bundesrates.

215 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.

216 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, §§ 6Abs. 1 Satz 1, 12 Abs. 1,13 Abs. 1,17 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 Abs. 3 BPflV ausgeschlossen ist. Diese Regelung des Verfahrens der Krankenkassen wird durch den neuen § 6 Abs. 1 Satz 6 BPflV weder ergänzend noch einschränkend berührt.

217 b) Die Bundespflegesatzverordnung ist im Zusammenhang mit anderen gesetzgeberischen Maßnahmen geändert worden.

218 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.

219 c) Die Änderungen der Bundespflegesatzverordnung in Art. 4 BSSichG halten sich auch in den

Grenzen der Ermächtigungsgrundlage (Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG).

220 Die Verordnungsermächtigung zur Regelung der Pflegesätze (§ 16 Satz 1 Nr. 1 KHG) umfasst auch Maßnahmen zur Sicherung der Beitragssatzstabilität. § 17 Abs. 1 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.

221 Dass sich das dazu in § 3und § 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 Abs. 1 Satz 4 Nr. 6 BPflV) begegnet keinen Bedenken.

III.

222 Das Gesetz ist auch im Übrigen materiell verfassungsgemäß.

223 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 Abs. 1 GG vereinbar. Die Antragstellerinnen selbst gehen von der Verfassungsmäßigkeit der einzelnen Regelungen aus; ihre Annahme, diese führten insgesamt zu einer "additiven" Grundrechtsbeeinträchtigung, kann nicht bestätigt werden.

224 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 Abs. 2 und 4 sowie auf § 88 Abs. 2 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.

225 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.

226 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 Ersatz-

kassen mit den Innungsverbänden der Zahntechniker vereinbarten Vergütungen (Höchstpreise) für die nach dem bundeseinheitlichen Verzeichnis abrechnungsfähigen zahntechnischen Leistungen mit Wirkung vom 1. Januar 2003 um 5 v.H. abgesenkt.

227 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.

228 Die Antragstellerinnen 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 Antragstellerinnen nicht angegriffen.

229 b) Art. 12 Abs. 1 GG schützt die Erwerbszwecken dienende Tätigkeit und ist insoweit nach Art. 19 Abs. 3 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 Bundesverfassungsgerichts vom 1. September 1999 - 1 BvR 264/95 u. a. -, NJW 2000, S. 1781).

230 Auch die Inanspruchnahme Privater zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe ist ein Eingriff in die freie wirtschaftliche Betätigung im Sinne 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 Abs. 1 und 5 SGB V).

231 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.

232 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 Antragstellerinnen 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.

233 Auch die Beteiligung der Apotheker und Großhändler an der Abrechnung des Herstellerrabatts (§ 130 a Abs. 1 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 Bundesverfassungsgerichts vom 1. September 1999 - 1 BvR 264/95 u. a. -, NJW 2000, S. 1781 f.).

234 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.

235 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 Bundesverfassungsgerichts vom 1. September 1999 - 1 BvR 264/95 u. a. -, NJW 2000, S. 1781 <1782>).

236 Die Antragstellerinnen 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 Apothe-

ker sehen die Antragstellerinnen 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.

237 Diese recht allgemein gehaltenen Ausführungen der Antragstellerinnen begründen nicht die Verfassungswidrigkeit eines "additiven" Grundrechtseingriffs. Dies gilt schon im Hinblick darauf, dass die Antragstellerinnen 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.

238 Darüber hinaus sind die Ausführungen der Antragstellerinnen 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 Antragstellerinnen 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.

239 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.N.). 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 Bundesverfassungsgericht nicht eingreifen.

240 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.

241 Diese Festlegung auf eine bestimmte Form der Kranken- oder Altersvorsorge ist an Art. 2 Abs. 1 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 Abs. 1 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 Bundesverfassungsgerichts aufgestellten Maßstäben nicht ersichtlich.

242 3. § 130 a Abs. 1 und Abs. 2 SGB V (Art. 1 Nr. 8 BSSichG) ist mit Art. 14 Abs. 1 GG vereinbar.

243 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.).

244 Die Maßstäbe, die das Bundesverfassungsgericht für die Auferlegung nichtsteuerlicher Abgaben entwickelt hat, sind nicht auf staatliche Preisreglementierungen wie Mindestvergütungen oder Zwangsrabatte anwendbar. Sinn und Zweck der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts 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.N.). Die Belastungsgleichheit der Abgabepflichtigen und der Verfassungsgrundsatz der Vollständigkeit des Haushaltsplans (Art. 110 Abs. 1 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.

Abweichende Meinung

245 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

246 (C. II. der Gründe).

247 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 im Sinne von Art. 100 Abs. 1 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.

248 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 Abs. 1 GG die legislative Gestaltungsmacht.

249 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.

250 2. Die Gesichtspunkte, derentwegen die Senatsmehrheit von diesem Konzept abweicht, überzeugen nicht.

251 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.>).

252 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.

253 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.

254 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 Bundesverfassungsgericht vorbehalten ist (Art. 100 Abs. 1 GG).

255 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.

256 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 Abs. 1 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 Abs. 1 GG geäußerten Bedenken fehl.

257 Die von der Senatsmehrheit gefundene Lösung trägt zudem zur Rechtssicherheit praktisch nicht bei, eher ist das Gegenteil zu erwarten.

258 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.

259 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 Bundesverfassungsgerichts nach Art. 100 Abs. 1 GG einzuholen ist. Die Vorlage eines Gerichts nach Art. 100 Abs. 1 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 Abs. 1 GG. Die Fachgerichte treffen abschließende Sachentscheidungen und haben insbesondere keine Alternativen zur inzidenten Nichtigerklärung der Norm, wie sie dem Bundesverfassungsgericht 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 Abs. 1 Nr. 2 GG, § 76 Abs. 1 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.

260 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 Abs. 1 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.

261 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.

262 b) Die Bindung des Gesetzgebers an Inhalt, Zweck und Ausmaß der gesetzlichen Verordnungsermächtigung (Art. 80 Abs. 1 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 Abs. 1 Satz 2 GG bleiben anders als bei Art. 80 Abs. 2 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 Abs. 1 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.

263 Dass der Senat den Gesetzgeber nicht auch dem Zitiergebot (Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG) unterworfen hat, ist inkonsequent.

264 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 Bundesverfassungsgerichts vom 27. Juli 2005 - 1 BvR 668/04 - NJW 2005, S. 2603 <2604 f.>).

Gericht:	SG Duisburg 9. Kammer
Entscheidungsdatum:	10.06.2005
Aktenzeichen:	S 9 KN 8/05 KR
Dokumenttyp:	Urteil
Quelle:	juris
Normen:	§ 58 SGB 5 vom 20.12.1988, § 59 SGB 5 vom 23.12.2002, Art 2 Abs 1 GG, Art 14 Abs 1 GG, Art 20 Abs 1 GG... mehr
Zitiervorschlag:	SG Duisburg, Urteil vom 10. Juni 2005 – S 9 KN 8/05 KR –, juris

Krankenversicherung - Sterbegeld - keine Anspruchsgrundlage mehr nach Einführung des GMG zum 01.01.2004 - Verfassungsmäßigkeit

Orientierungssatz

1. 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 5 in der ab dem 1.1.2004 geltenden Fassung ist in ausreichender Form klargestellt, dass die bisherigen Regelungen in den §§ 58und 59 SGB 5 nicht mehr weiter gelten, sondern abgeschafft werden.

2. Die Streichung des Anspruchs auf Sterbegeld verstößt nicht gegen Verfassungsrecht.

Verfahrensgang

nachgehend BSG 8. Senat, 13. Juni 2006, B 8 KN 1/05 KR R, Urteil

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 Kläger ist der Sohn der ... 2004 verstorbenen Versicherten der Beklagten, Frau E K L.

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 Beklagte die Zahlung von Sterbegeld wegen fehlender gesetzlicher Vorschriften ab.

5 Zur Begründung führte sie aus:

6 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 Abs. 1 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 bis-

lang 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 Abs. 1 Satz 2 SGB V, des § 21 Abs. 1 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.

7 Hiergegen erhob der Kläger durch seinen Prozessbevollmächtigten am 30.09.2004 bei der Beklagten 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 gegenteiliger 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.

8 Mit Widerspruchsbescheid vom 20.12.2005 wies die Beklagte 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 Abs. 1 GKV-Modernisierungsgesetz sei dieses Gesetz am 01.01.2004 in Kraft getreten. In Absatz 8 dieser Vorschrift sei zwar geregelt, dass die §§ 55, 58 Abs. 1 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 Abs. 1 SGB V und § 21 Abs. 1 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.

9 Der Kläger hat am 02.02.2005 durch seinen Prozessbevollmächtigten Klage erhoben, mit der er sein Begehren auf Auszahlung von Sterbegeld weiter verfolgt.

10 Er wiederholt sein bisheriges Vorbringen und trägt ergänzend vor:

11 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 Beklagte 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 Gesetzgebers, 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.

12 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 Kläger einen Anspruch gegenüber der Beklagten auf Zahlung des beantragten Sterbegeldes.

13 Der Kläger beantragt,

14 die Beklagte 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.

15 Die Beklagte beantragt,

16 die Klage abzuweisen.

17 Die Beklagte verbleibt bei ihrer in dem angefochtenen Bescheid dargelegten Rechtsauffassung.

18 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte sowie den Verwaltungsvorgang der Beklagten, die sämtlich vorgelegen haben und Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind, Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

19 Die zulässige Klage ist unbegründet, denn dem Kläger 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.

20 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.

21 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.

22 Diese Vorschriften sind unstreitig mit Wirkung zum 01.01.2004 entfallen.

23 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.

24 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."

25 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.

26 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.

27 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.

28 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.

29 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.

30 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 §§ 58und 59 SGB V nicht mehr weiter gelten, sondern abgeschafft werden.

31 Diese Änderung trat auch bereits zum 01.01.2004 und nicht erst zum 01.01.2005 in Kraft.

32 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.

33 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" überschriebenen 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.

34 Davon, dass der Gesetzgeber eine solche Regelung hat fortbestehen lassen wollen, kann ver-

nünftigerweise nicht ausgegangen werden.

35 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.

36 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.

37 Die Streichung des Anspruchs auf Sterbegeld verstößt auch nicht gegen Verfassungsrecht.

38 Weder unterliegt der Anspruch auf Sterbegeld der Eigentumsgarantie des Art 14 Abs 1 des Grundgesetzes – GG – (vgl. hierzu: Bundesverfassungsgericht – BverfG – Beschluss vom 22.12.1992, Az: 1 GMG 1582/91) noch sind Rechtsstaats- oder Sozialstaatsprinzip verletzt.

39 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.

40 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.

41 Ein Verstoß gegen das Sozialstaatsprinzip ist ebenfalls nicht ersichtlich.

42 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).

43 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.

44 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.

45 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).

46 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.

47 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 Klägerin 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.

48 Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 Abs 1 SGG.

Gericht:	SG Koblenz 6. Kammer
Entscheidungsdatum:	22.02.2005
Aktenzeichen:	S 6 KNK 115/04
ECLI:	ECLI:DE:SGKOBLE:2005:0222.S6KNK115.04.0A
Dokumenttyp:	Gerichtsbescheid
Quelle:	juris
Normen:	§ 21 Abs 1 Nr 5 SGB 1 vom 26.05.1994, § 21 Abs 1 SGB 1 vom 14.11.2003, § 11 Abs 1 S 2 SGB 5 vom 19.06.2001, § 11 Abs 1 SGB 5 vom 14.11.2003, § 58 SGB 5 vom 20.12.1988... mehr
Zitiervorschlag:	SG Koblenz, Gerichtsbescheid vom 22. Februar 2005 – S 6 KNK 115/04 –, juris

Krankenversicherung - Sterbegeld - Abschaffung durch GMG ab 1.1.2004

Orientierungssatz

Gegen den Anspruch auf Fortgeltung des Sterbegeldanspruchs über den 1.1.2004 hinaus spricht auch die Streichung des Sterbegeldes in § 11 Abs 1 S 2 SGB 5 aF und § 21 Abs 1 Nr 5 SGB 1 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.

Tenor

1. Die Klage wird abgewiesen.

2. Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten.

Tatbestand

1 Die Beteiligten streiten über die Gewährung von Sterbegeld.

2 Die Klägerin ist die Ehefrau des Verstorbenen, der bis zu seinem Tod bei der Beklagten krankenversichert war.

3 Am 7.9.2004 beantragte die Klägerin unter Vorlage der Rechnung des Bestattungsinstituts die Gewährung von Sterbegeld.

4 Mit Bescheid vom 8.9.2004 lehnte die Beklagte 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.

5 Im Widerspruchsverfahren machte die Klägerin 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 §§ 58und 59 Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V) seien nicht ausdrücklich aufgehoben worden.

6 Mit Bescheid vom 16.11.2004 wies die Beklagte 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.

7 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.

8 Am 13.12.2004 ist die Klage bei Gericht eingegangen.

9 Die Klägerin wiederholt ihr Vorbringen, dass durch das Gesundheitsmodernisierungsgesetz der Anspruch auf Sterbegeld nicht wirksam gestrichen worden sei. Die maßgeblichen §§ 58und 59 SGB V seien nicht ausdrücklich aufgehoben worden. Vielmehr sei dieser Gesetzesabschnitt gemäß Artikel 1 Nr 36 Gesundheitsmodernisierungsgesetz neu gefasst und mit zwei neuen Paragraphen überschrieben worden. Deren Regelungen würden jedoch gemäß 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.

10 Die Klägerin beantragt,

11 den Bescheid vom 8.9.2004 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 16.11.2004 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, Sterbegeld nach dem Verstorbenen zu bewilligen.

12 Die Beklagte beantragt,

13 die Klage abzuweisen.

14 Sie verweist auf ihren bisherigen Standpunkt.

15 Das Gericht hat die Beteiligten hinsichtlich der Erteilung eines Gerichtsbescheides angehört. Bedenken wurden nicht vorgebracht.

16 Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird Bezug genommen auf den Inhalt der Gerichtsakte sowie den der Verwaltungsakte.

Entscheidungsgründe

17 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.

18 Die zulässige Klage ist erfolglos.

19 Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Gewährung von Sterbegeld nach ihrem verstorbenen Ehemann, weil zum Zeitpunkt des Todes des Versicherten die Beklagte als gesetzliche Krankenkasse nicht mehr zur Zahlung von Sterbegeld verpflichtet war.

20 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.

21 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.

22 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.

23 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".

24 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. Oktober des Vorjahres von den Spitzenverbänden der Krankenkassen festgesetzt werden (§ 58 Abs 3 SGB V).

25 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.

26 Durch das GMG wurde - entgegen der Auffassung der Klägerin - das Sterbegeld zum 1.1.2004 aus dem Leistungskatalog in den §§ 21 Abs 1 SGB I und 11 Abs 1 SGB V gestrichen. Der Klägerin 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.

27 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 Sterbe-

geld 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.

28 Gerade dies spricht für eine vollständige Verdrängung des § 58 SGB V aF durch die Neufassung zum 1.1.2004.

29 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.

30 Gegen den Anspruch auf Fortgeltung des Sterbegeldanspruchs über den 1.1.2004 hinaus stützt sich die Beklagte 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.

31 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.

32 Nach alledem fehlt es an einer Anspruchsgrundlage für die Gewährung von Sterbegeld, so dass

die Klage abzuweisen ist.

33 Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.

Gericht:	SG Dresden 25. Kammer
Entscheidungsdatum:	26.01.2005
Aktenzeichen:	S 25 KR 1319/04
ECLI:	ECLI:DE:SGDRESD:2005:0126.S25KR1319.04.0A
Dokumenttyp:	Urteil
Quelle:	juris
Normen:	§ 21 Abs 1 SGB 1, § 58 SGB 5, § 59 SGB 5, Art 37 Abs 1 GMG, Art 14 Abs 1 GG... mehr
Zitiervorschlag:	SG Dresden, Urteil vom 26. Januar 2005 – S 25 KR 1319/04 –, juris

Krankenversicherung - Sterbegeld - Abschaffung durch GMG - kein Verstoß gegen Verfassungsrecht

Orientierungssatz

1. Durch das GMG sind die Regelungen des Sterbegeldes zum 1.1.2004 außer Kraft getreten.

2. Die Abschaffung der Regelungen über das Sterbegeld verstoßen nicht gegen Verfassungsrecht. Weder unterliegt der Anspruch auf Sterbegeld der Eigentumsgarantie des Art 14 Abs 1 GG (vgl BVerfG vom 22.12.1992 - 1 BvR 1582/91 = SozR 3-2500 § 59 Nr 3), noch sind Rechtsstaats- und Sozialstaatsprinzip verletzt.

Verfahrensgang

nachgehend BSG 1. Senat, 13. Dezember 2005, B 1 KR 4/05 R, Urteil

Diese Entscheidung wird zitiert

Rechtsprechung
Parallelentscheidung SG Dresden 25. Kammer, 26. Januar 2005, S 25 KR 1233/04

Diese Entscheidung zitiert

Rechtsprechung
Vergleiche BVerfG 1. Senat 3. Kammer, 22. Dezember 1992, 1 BvR 1582/91

Tenor

I. Die Klage wird abgewiesen.

II. Die Beklagte hat keine außergerichtlichen Kosten der Klägerin zu erstatten.

III. Die Sprungrevision wird zugelassen.

Tatbestand

1 Die Beteiligten streiten über den Anspruch auf Sterbegeld beim Tod eines Versicherten nach dem 31.12.2004.

2 Der ... 1935 geborene Ehegatte der Klägerin, Herr D L P, war bei der Beklagten krankenversichert und ist ... 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.

3 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.

4 **Die Klägerin beantragt,**

5 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, D L P, Sterbegeld in Höhe von 525,00 EUR zu bezahlen.

6 **Die Beklagte beantragt**

7 die Klage abzuweisen.

8 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.

9 Die Klägerin hat außerdem beantragt, die Sprungrevision zuzulassen. Die Beklagte hat vorsorglich erklärt, dass mit einer Einlegung einer Sprungrevision durch die Klägerin Einverständnis bestehe.

10 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.

Entscheidungsgründe

11 **I.**

12 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.

13 Der geltend gemachte Anspruch steht der Klägerin jedoch nicht zu. In Betracht gekommen wä-

re 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.

14 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.

15 *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.

16 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.

17 Der letzten Ansicht ist zu folgen.

a)

18 Das Dritte Kapitel des SGB V enthielt in seiner bisherigen Fassung folgende Vorschriften über das Sterbegeld:

19 "Siebter Abschnitt. Sterbegeld

20 § 58 Sterbegeld

21 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.

22 § 59 Höhe des Sterbegeldes

23 Das Sterbegeld beträgt beim Tod eines Mitglieds 525 Euro, beim Tod eines nach § 10 Versicherten 262,50 Euro."

24 Art. 1 Nr. 36 GMG beginnt mit folgender Regelung:

25 "Im Dritten Kapitel wird der Siebte Abschnitt wie folgt gefasst:

26 'Siebter Abschnitt. Zahnersatz'"

27 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.

28 Zum In-Kraft-Treten enthält das GMG folgende Regelung in Art. 37 Abs. 1:

29 "Das Gesetz tritt am 1. Januar 2004 in Kraft, soweit in den folgenden Absätzen nichts Abweichendes bestimmt ist."

30 Eine der Ausnahmen enthält Art. 37 Abs. 8 GMG mit folgender Regelung, die hier nur auszugsweise wiedergegeben wird:

31 "Artikel 1 (...) in Nummer 36 die §§ 55, 58 Abs. 1, 2 und 4 sowie § 59 (...) treten am 1. Januar 2005 in Kraft"

32 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.

33 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:

34 "8. Neuordnung der Finanzierung

35 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:

(...)

36 – 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."

37 Auf S. 80 findet sich folgende Begründung:

38 "Zu Nummer 3 (§ 11)

39 Es handelt sich um eine Folgeregelung zur Aufhebung des Siebten Abschnitts im Dritten Kapitel (Streichung des Anspruchs auf Sterbegeld)."

40 Die eigentliche Neufassung des Siebten Abschnittes wird auf S. 91 in folgender Weise begründet:

41 "Zu Nummer 36 (Siebter Abschnitt, §§ 55 bis 59)

42 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).

43 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.

44 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.

45 Die Streichung des Sterbegeldes für Mitglieder und Familienversicherte ist als Solidarbeitrag zur Stabilisierung der finanziellen Situation der gesetzlichen Krankenversicherung erforderlich.

46 Der neue Siebte Abschnitt enthält nunmehr die Vorschriften zur Neuordnung der Versorgung mit Zahnersatz."

47 Die Änderung des Ersten Buches des Sozialgesetzbuches wird auf S. 153 mit folgenden Worten begründet:

48 "Zu Artikel 3 (Änderung des Ersten Buches Sozialgesetzbuch)

49 Folgeänderung aus den Änderungen in den §§ 195und 200b RVO (Streichung des Anspruchs auf Entbindungsgeld), der Änderung des § 24b SGB V (Änderung des Anspruchs bei Sterilisationen) sowie der Aufhebung der §§ 58und 59 SGB V (Streichung des Anspruchs auf Sterbegeld)."

50 Auf S. 171 wird die finanzielle Entlastung durch die Abschaffung des Sterbegeldes mit jährlich 0,4 Mrd. EUR angegeben.

b)

51 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.

52 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 §§ 58und 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.

53 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.

54 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.staatmodern.de , bestimmt jedoch, dass für die rechtsförmliche Gestaltung von Gesetzentwürfen das Handbuch der Rechtsförmlichkeit gelte.

55 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.

56 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 amtli-

che Überschrift "Beitrag für Zahnersatz" trägt, vgl. SG Chemnitz, a.a.O.

3.

57 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.

58 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.).

59 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.)

60 **II.**

61 Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 Abs. 1 SGG und folgt der Entscheidung in der Hauptsache.

62 Die Sprungrevision war auf Antrag der Klägerin zuzulassen, weil die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat, §§ 161Abs. 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.

Gericht: SG Dresden 25. Kammer
Entscheidungsdatum: 26.01.2005
Aktenzeichen: S 25 KR 1233/04
ECLI: ECLI:DE:SGDRESD:2005:0126.S25KR1233.04.0A
Dokumenttyp: Urteil

Quelle:

Zitiervorschlag: SG Dresden, Urteil vom 26. Januar 2005 – S 25 KR 1233/04 –, juris

Orientierungssatz

Parallelentscheidung zum Urteil des SG Dresden vom 26.01.2005 - S 25 KR 1319/04, das vollständig dokumentiert ist.

Verfahrensgang

nachgehend BSG 1. Senat, 13. Dezember 2005, B 1 KR 3/05 R, Urteil

Diese Entscheidung zitiert

Rechtsprechung

Parallelentscheidung SG Dresden 25. Kammer, 26. Januar 2005, S 25 KR 1319/04

Tenor

I. Die Klage wird abgewiesen.

II. Die Beklagte hat keine außergerichtlichen Kosten der Klägerin zu erstatten.

III. Die Sprungrevision wird zugelassen.

Tatbestand

1 Die Beteiligten streiten über den Anspruch auf Sterbegeld beim Tod eines Versicherten nach dem 31.12.2004.

2 Der ... 1944 geborene Ehegatte der Klägerin, Herr J P M, war bei der Beklagten krankenversichert und ist am ... 2004 verstorben. Die Bestattungskosten hat die Klägerin getragen. Daher beantragte sie am 02.08.2004 bei der Beklagten die Zahlung von Sterbegeld in Höhe von 525,00 EUR. Diese lehnte die Zahlung mit Bescheid vom 04.08.2004 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 09.08.2004 Widerspruch ein, der mit dem Widerspruchsbescheid vom 01.09.2004 abschlägig beschieden wurde. Zugegangen ist der Widerspruchsbescheid der Klägerin am 08.09.2004. 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 08.10.2004, Eingang bei Gericht am selben Tag.

3 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. Es sei das In-Kraft-Treten der neuen Regelungen entscheidend und nicht die Neufassung des Siebten Abschnittes. Von den Regelungen, die nun an Stelle der Regelungen zum Sterbegeld treten würden, sei nur § 58 Abs. 3 SGB V neuer Fassung schon zum 01.01.2004 in Kraft getreten. Dieser enthalte aber nur Randregelungen. Die eigentlichen Kernregelungen zum Zahnersatz würden erst zum 01.01.2005 in Kraft treten. Der Passus, der das In-Kraft-Treten dieser Normen zum 01.01.2005 regelt, sei eindeutig und nicht auslegungsfähig. Auf die Motive des Gesetzgebers käme es daher nicht an.

4 **Die Klägerin beantragt,**

5 den Bescheid vom 04.08.2004 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 01.09.2004 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, ihr für ihren verstorbenen Ehemann, Herrn J P M, Sterbegeld in Höhe von 525 EUR zu bezahlen.

6 **Die Beklagte beantragt**

7 die Klage abzuweisen.

8 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.

9 Die Klägerin hat außerdem beantragt, die Sprungrevision zuzulassen. Die Beklagte hat vorsorglich erklärt, dass mit einer Einlegung einer Sprungrevision durch die Klägerin Einverständnis bestehe.

10 Das Gericht hat die Verwaltungsakte der Beklagten mit dem Aktenzeichen 4851/2004 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.

Entscheidungsgründe

11 **I.**

12 Der Klage war abzuweisen, weil sie zwar zulässig, aber unbegründet ist.

13 Der geltend gemachte Anspruch steht der Klägerin 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.

14 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.

15 *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.

16 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.

17 Der letzten Ansicht ist zu folgen.

a)

18 Das Dritte Kapitel des SGB V enthielt in seiner bisherigen Fassung folgende Vorschriften über das Sterbegeld:

19 "Siebter Abschnitt. Sterbegeld

20 § 58 Sterbegeld

21 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.

22 § 59 Höhe des Sterbegeldes

23 Das Sterbegeld beträgt beim Tod eines Mitglieds 525 Euro, beim Tod eines nach § 10 Versicherten 262,50 Euro."

24 Art. 1 Nr. 36 GMG beginnt mit folgender Regelung:

25 "Im Dritten Kapitel wird der Siebte Abschnitt wie folgt gefasst:

26 'Siebter Abschnitt. Zahnersatz'"

27 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.

28 Zum In-Kraft-Treten enthält das GMG folgende Regelung in Art. 37 Abs. 1:

29 "Das Gesetz tritt am 1. Januar 2004 in Kraft, soweit in den folgenden Absätzen nichts Abweichendes bestimmt ist."

30 Eine der Ausnahmen enthält Art. 37 Abs. 8 GMG mit folgender Regelung, die hier nur auszugsweise wiedergegeben wird:

31 "Artikel 1 (...) in Nummer 36 die §§ 55, 58 Abs. 1, 2 und 4 sowie § 59 (...) treten am 1. Januar 2005 in Kraft"

32 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.

33 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:

34 "8. Neuordnung der Finanzierung

35 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:

(...)

36 – 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."

37 Auf S. 80 findet sich folgende Begründung:

38 "Zu Nummer 3 (§ 11)

39 Es handelt sich um eine Folgeregelung zur Aufhebung des Siebten Abschnitts im Dritten Kapitel (Streichung des Anspruchs auf Sterbegeld)."

40 Die eigentliche Neufassung des Siebten Abschnittes wird auf S. 91 in folgender Weise begründet:

41 "Zu Nummer 36 (Siebter Abschnitt, §§ 55 bis 59)

42 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).

43 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.

44 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.

45 Die Streichung des Sterbegeldes für Mitglieder und Familienversicherte ist als Solidarbeitrag zur Stabilisierung der finanziellen Situation der gesetzlichen Krankenversicherung erforderlich.

46 Der neue Siebte Abschnitt enthält nunmehr die Vorschriften zur Neuordnung der Versorgung mit Zahnersatz."

47 Die Änderung des Ersten Buches des Sozialgesetzbuches wird auf S. 153 mit folgenden Worten begründet:

48 "Zu Artikel 3 (Änderung des Ersten Buches Sozialgesetzbuch)

49 Folgeänderung aus den Änderungen in den §§ 195und 200b RVO (Streichung des Anspruchs auf Entbindungsgeld), der Änderung des § 24b SGB V (Änderung des Anspruchs bei Sterilisationen) sowie der Aufhebung der §§ 58und 59 SGB V (Streichung des Anspruchs auf Sterbegeld)."

50 Auf S. 171 wird die finanzielle Entlastung durch die Abschaffung des Sterbegeldes mit jährlich 0,4 Mrd. EUR angegeben.

b)

51 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.

52 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 §§ 58und 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.

53 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.

54 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.staatmodern.de , bestimmt jedoch, dass für die rechtsförmliche Gestaltung von Gesetzentwürfen das Handbuch der Rechtsförmlichkeit gelte.

55 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.

56 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.

57 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.

58 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.).

59 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.)

60 **II.**

61 Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 Abs. 1 SGG und folgt der Entscheidung in der Hauptsache.

62 Die Sprungrevision war auf Antrag der Klägerin zuzulassen, weil die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat, §§ 161Abs. 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.

Gericht:	SG Reutlingen 3. Kammer
Entscheidungsdatum:	20.01.2005
Aktenzeichen:	S 3 KR 3431/04
ECLI:	ECLI:DE:SGREUTL:2005:0120.S3KR3431.04.0A
Dokumenttyp:	Urteil
Quelle:	juris
Normen:	Art 37 Abs 1 GMG vom 14.11.2003, Art 37 Abs 8 GMG vom 14.11.2003, § 21 Abs 1 SGB 1 vom 26.05.1994, § 11 Abs 1 S 2 SGB 5 vom 19.06.2001, § 58 SGB 5 vom 20.12.1988... mehr
Zitiervorschlag:	SG Reutlingen, Urteil vom 20. Januar 2005 – S 3 KR 3431/04 –, juris

Krankenversicherung - Sterbegeld - keine Anspruchsgrundlage mehr nach Einführung des GMG zum 01.01.2004

Orientierungssatz

1. Aus Art 37 Abs 1, 8 GMG ergibt sich nicht, dass der gesamte Siebte Abschnitt idF des GMG erst zum 1.1.2005 in Kraft treten sollte. In Kraft getreten sind zum 1.1.2004 die §§ 56, 57 und 58 Abs 3. Damit sind erhebliche Teile des Siebten Abschnitts zum 1.1.2004 wirksam geworden. Daraus folgt zwingend, dass die ursprünglichen Vorschriften des Siebten Abschnitts mit Wirkung zum 1.1.2004 aufgehoben wurden.

2. Auch aus der amtlichen Begründung zum GMG ergibt sich eindeutig, dass der Gesetzgeber die Streichung des Sterbegelds zum 1.1.2004 beabsichtigt hat. Zu beachten ist, dass auch aus der Aufhebung von § 11 Abs 1 S 2 SGB 5 aF sowie der Änderung des § 21 Abs 1 SGB 1 und den dazu vorliegenden Begründungen fest steht, dass eine Aufhebung des Sterbegeldanspruchs bereits ab dem Jahr 2004 beabsichtigt war.

Verfahrensgang

nachgehend BSG 1. Senat, 13. Dezember 2005, B 1 KR 2/05 R, Urteil

Tatbestand

1 Die Beteiligten streiten über einen Anspruch auf Sterbegeld bei Tod der Versicherten im Jahr 2004.

2 Die Mutter der Klägerin war zuletzt Mitglied der beklagten Krankenkasse. Auch zum 01.01.1989 war sie Mitglied einer gesetzlichen Krankenkasse. Sie verstarb ... 2004. Die Klägerin hat die Bestattungskosten getragen.

3 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.

4 Deswegen hat die Klägerin am 27.10.2004 Klage erhoben. Die Klägerin wiederholt ihr Vorbringen aus dem Verwaltungsverfahren.

5 Die Klägerin beantragt,

6 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 € 525,00 zu verurteilen,

7 ferner die Sprungrevision zuzulassen.

8 Die Beklagte beantragt,

9 die Klage abzuweisen.

10 Die Beklagte verweist zur Erwiderung auf die Ausführungen im Widerspruchsbescheid.

11 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).

12 Wegen des weiteren Vorbringens der Beteiligten und weiterer Einzelheiten wird auf die Verwaltungsakte der Beklagten sowie auf die Gerichtsakte verwiesen.

Entscheidungsgründe

13 Das Gericht ist gemäß § 124 Abs. 2 Sozialgerichtsgesetz (SGG) im Einverständnis mit den Beteiligten berechtigt, den Rechtsstreit ohne mündliche Verhandlung zu entscheiden.

14 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.

15 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.

16 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 € 525, beim Tod eines nach § 10 Versicherten € 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:

17 "Im dritten Kapitel wird der Siebte Abschnitt wie folgt gefasst:"

18 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 § 58Abs. 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.

19 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.).

20 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).

21 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 ein-

deutig 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).

22 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 € 0,4 Milliarden eingeschätzt).

23 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.

24 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).

25 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.

Gericht:	SG Dresden 18. Kammer
Entscheidungsdatum:	03.01.2005
Aktenzeichen:	S 18 KR 1174/04
ECLI:	ECLI:DE:SGDRESD:2005:0103.S18KR1174.04.0A
Dokumenttyp:	Gerichtsbescheid
Quelle:	juris
Normen:	§ 58 SGB 5, § 59 SGB 5, Art 1 Nr 36 GMG, Art 37 Abs 1 GMG, Art 37 Abs 8 GMG... mehr
Zitiervorschlag:	SG Dresden, Gerichtsbescheid vom 03. Januar 2005 – S 18 KR 1174/04 –, juris

Die Abschaffung des Sterbegeldes zum 1. 1. 2004 ist verfassungsgemäß.

Leitsatz

Durch das Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung ist die Anspruchsgrundlage für das Sterbegeld mit Wirkung vom 01.01.2004 aufgehoben worden. Der Wegfall des Sterbegeldes verstößt nicht gegen das Grundgesetz.

Sonstiger Orientierungssatz

Die früheren gesetzlichen Vorschriften über das Sterbegeld sind mit Wirkung vom 1. 1. 2004 außer Kraft getreten. Das ergibt sich aus Art. 1 Nr. 36 des Gesetzes zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung (GMG). (Rn.10)

Der Gesetzgeber hat nicht angeordnet, dass Art. 1 Nr. 36 GMG erst zum 1. 1. 2005 in Kraft treten würde. (Rn.18)

Der Wortlaut des Gesetzes ist eindeutig. Eine Diskrepanz zwischen Gesetzeswortlaut und Gesetzeszweck besteht nicht. (Rn.26)

Die Abschaffung des Sterbegeldes durch das GMG zum 1. 1. 2004 ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Die gesetzliche Regelung, die das Sterbegeld aus dem Katalog der Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung herausnimmt, entspricht den Vorgaben des BVerfG. Danach darf der Gesetzgeber Leistungen kürzen und den Umfang von Ansprüchen vermindern, wenn die gesetzliche Regelung dem Zweck des Gemeinwohls dient und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht. (Rn.29)

Tenor

I. Die Klage wird abgewiesen.

II. Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten.

Tatbestand

1 Der Kläger beantragte am 17.06.2004 die Auszahlung von Sterbegeld aus dem Recht seiner am ...06.2004 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.

2 Der Kläger beantragt (gemäß § 123 Abs. 1 des Sozialgerichtsgesetzes [SGG]) sinngemäß ergänzt):

3 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 ..06.2004 verstorbene Frau G K ein Sterbegeld in Höhe von 525,00 EUR zu zahlen.

4 Die Beklagte beantragt unter Bezugnahme auf die Gründe des Widerspruchsbescheids,

5 die Klage abzuweisen.

6 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

7 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.

8 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.

9 Ergänzend wird noch auf Folgendes hingewiesen:

10 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.

11 1. Die Vorschriften über das Sterbegeld sind durch Artikel 1 Nr. 36 GMG außer Kraft gesetzt worden. Artikel 1 Nummer 36 GMG lautet wörtlich:

12 "36. Im Dritten Kapitel wird der Siebte Abschnitt wie folgt gefasst:

13 Siebter Abschnitt Zahnersatz [...]"

14 Es folgen die §§ 55bis 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.

15 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.

16 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.

17 2. Außer Kraft getreten sind die Vorschriften über das Sterbegeld gemäß Artikel 37 Abs. 1 GMG mit Wirkung vom 01.01.2004.

18 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:

19 "(1) Dieses Gesetz tritt am 1. Januar 2004 in Kraft, soweit in den folgenden Absätzen nichts Abweichendes bestimmt ist."

20 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:

21 "(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."

22 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 § 58und § 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, § 58Abs. 1, 2 und 4 und § 59 SGB V neuer Fassung) andererseits.

23 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, § 58Abs. 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.

24 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.

25 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, § 58Abs. 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.

26 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 § 58Abs. 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.

27 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 §§ 58und 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.

28 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, § 58Abs. 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.

29 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.

30 Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 Abs. 1 SGG und folgt der Entscheidung in der Hauptsache.

Sonstiger Langtext

31 Rechtsmittelbelehrung:

32 Dieser Gerichtsbescheid kann mit der Berufung angefochten werden.

33 Die Berufung ist innerhalb eines Monats nach Zustellung des Gerichtsbescheid beim Sächsischen Landessozialgericht, Parkstraße 28, 09120 Chemnitz, schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle einzulegen.

34 Die Berufungsfrist ist auch gewahrt, wenn die Berufung innerhalb der Frist beim Sozialgericht Dresden, Löbtauer Straße 4, 01067 Dresden, schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle eingelegt wird.

35 Hinweis:

36 Die Berufungsschrift soll den angefochtenen Gerichtsbescheid bezeichnen, einen bestimmten Antrag enthalten und die zur Begründung der Berufung dienenden Tatsachen und Beweismittel angeben. Der Berufungsschrift und allen folgenden Schriftsätzen sollen Abschriften für die übrigen Beteiligten beigefügt werden.

Gericht: SG Dresden 25. Kammer
Entscheidungsdatum: 15.12.2004
Aktenzeichen: S 25 KR 1229/04
ECLI: ECLI:DE:SGDRESD:2004:1215.S25KR1229.04.0A
Dokumenttyp: Urteil

Quelle:

Normen: § 58 SGB 5, § 59 SGB 5, Art 37 Abs 1 GMG vom 14.11.2003, Art 37 Abs 8 GMG vom 14.11.2003, Art 14 Abs 1 GG... mehr
Zitiervorschlag: SG Dresden, Urteil vom 15. Dezember 2004 – S 25 KR 1229/04 –, juris

Krankenversicherung - Wegfall des Sterbegeldes zum 1.1.2004 - Verfassungsmäßigkeit

Leitsatz

Das Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung hat das Sterbegeld zum 1.1.2004 abgeschafft. Die Streichung des Sterbegeldes ist nicht verfassungswidrig.

Tenor

I. Die Klage wird abgewiesen.

II. Die Beklagte hat keine außergerichtlichen Kosten der Klägerin zu erstatten.

Tatbestand

1 Die Beteiligten streiten über den Anspruch auf Sterbegeld beim Tod eines Versicherten nach dem 31.12.2004.

2 Der Vater der Klägerin war bei der Beklagten krankenversichert und ist am 06.2004 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.

3 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.

4 Die Beklagte beantragt, die Klage abzuweisen.

5 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.

6 Das Gericht hat die Verwaltungsakte der Beklagten mit dem Aktenzeichen 5069/2004-618 bei-

gezogen 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

7 I. Der Klage war abzuweisen, weil sie zwar zulässig, aber unbegründet ist.

8 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.

9 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.

10 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.

11 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.ausportal.de/aktuell/standpunkte/01/index_6433.htm; Orlowski, SGb 2004, 622 f.

12 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.

13 § 59 Höhe des Sterbegeldes Das Sterbegeld beträgt beim Tod eines Mitglieds 525 Euro, beim Tod eines nach § 10 Versicherten 262,50 Euro."

14 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.

15 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"

16 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.

17 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).

18 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.

19 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.

20 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.

21 Die Streichung des Sterbegeldes für Mitglieder und Familienversicherte ist als Solidarbeitrag zur Stabilisierung der finanziellen Situation der gesetzlichen Krankenversicherung erforderlich.

22 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 §§ 195und 200b RVO (Streichung des Anspruchs auf Entbindungsgeld), der Änderung des § 24b SGB V (Änderung des Anspruchs bei Sterilisationen) sowie der Aufhebung der §§ 58und 59 SGB V (Streichung des Anspruchs auf Sterbegeld)."

23 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 Änderungsbe-

fehl "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.

24 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 §§ 58und 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.

25 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.

26 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.staat-modern.de, bestimmt jedoch, dass für die rechtsförmliche Gestaltung von Gesetzentwürfen das Handbuch der Rechtsförmlichkeit gelte.

27 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.

28 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.

29 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.

30 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.).

31 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 ent-

lastet. 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.)

32 II. Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 Abs. 1 SGG und folgt der Entscheidung in der Hauptsache.