

Verantwortlich für die Beachtung des maßgeblichen Verfahrensrechts ist in erster Linie die Prüfungsbehörde, nicht der Prüfling. Der Prüfling muss einen Verfahrensfehler nur dann rügen, wenn er weiß oder wissen müsste, dass ein solcher vorliegt. Je stärker eine Verfahrensregelung der Sphäre des Prüflings zuzuordnen ist, desto eher ist er verpflichtet, von sich aus der Beachtung des Verfahrensrechts Aufmerksamkeit zu schenken. Die Rüge ist bei Verfahrensmängeln entbehrlich, welche aus Sicht der Prüfungsbehörde offenkundig sind.

In mündlichen Prüfungen ist dem Prüfling nicht zuzumuten, eine Verfahrensrüge zu erheben, da dies das erhebliche Risiko einer Belastung der Prüfungssituation mit sich bringt. Wenn in diesen Fällen der Prüfling deshalb ausnahmsweise die Rüge auch noch nach Mitteilung des Prüfungsergebnisses erheben darf, kann sich eine Verzögerung der Geltendmachung nur noch auf Darlegungs- und Beweisebene auswirken und nicht mehr zum grundsätzlichen Ausschluss des Prüflings mit seiner Rüge führen. Rechtsmittelfristen dürfen deshalb ausgeschöpft werden. Ein ausdrückliches Gebot unverzüglicher nachträglicher Geltendmachung in der Prüfungsordnung ist aber möglich. In schriftlichen Prüfungen muss der Prüfling die Rüge noch in der konkreten Prüfungssituation erheben, wenn er seines Rügerechts nicht verlustig gehen will. Rechtliche Konsequenzen aus Verfahrensfehlern, insbesondere die Erklärung des Rücktritts von der Prüfung, muss er aber noch nicht ziehen.

Auch in materieller Hinsicht, bei Geltendmachung von Bewertungsfehlern, ist der Prüfling gefordert. Wenn er ein wirksames Überdenken der Bewertungsentscheidung erreichen will, muss er substantiiert ausführen, wo und weshalb im Einzelnen fehlerhafte Bewertungen vorgenommen worden sind. Derartige Darlegungen unterliegen bis zum rechtskräftigen Abschluss des Prüfungsverfahrens keinen zeitlichen Beschränkungen.

Zur Rechtsprechung

Rechtsanwalt Dr. Christof Lenz, Stuttgart

Die Umgehung des Bundesrats bei der Verordnungsänderung durch Parlamentsgesetz*

I. Anlass und Entscheidung

Anlass der Entscheidung des *Zweiten Senats* war das so genannte Beitragssatzsicherungsgesetz (BSSichG)¹. Mit ihm wollte die Regierung *Schröder* nach ihrer knappen Bestätigung 2002 notdürftig die Lächer stopfen, welche die hohe Arbeitslosigkeit in die Finanzen der sozialen Sicherungssysteme gerissen hatte. Die Inhalte des Gesetzes waren für die Betroffenen, insbesondere für den Arzneimittelsektor, drastisch und politisch umstritten. Sie wurden im Gesetzgebungsverfahren gegen die Opposition durchgesetzt und fanden nicht die Zustimmung des von ihr beherrschten Bundesrats. Deshalb kam es nicht nur zu den üblichen Verfassungsbeschwerden der betroffenen Berufsgruppen, die beim zuständigen *Ersten Senat* jedenfalls während der Amtszeit von *Jaeger* einen schweren Stand hatten², sondern auch zu einem Normenkontrollantrag der Länder Baden-Württemberg und Saarland nach Art. 93 I Nr. 2 GG. Der Normenkontrollantrag war vorrangig auf staatsorganisatorische Fragen und erst in zweiter Linie auf Grundrechtsverletzungen gestützt. Deshalb war für ihn nach § 14 BVerfGG der *Zweite Senat* zuständig³.

Der Wechsel zum *Zweiten Senat* und zu *Mellinghoff* als Berichterstatter hat den Normenkontrollanträgen nicht zum Erfolg

verholfen: Die Zustimmung des Bundesrats zum Beitragssatzsicherungsgesetz sei nicht erforderlich gewesen, Grundrechte seien nicht verletzt worden⁴. Die nachfolgende Analyse beschränkt sich auf zwei wesentliche Aussagen des Beschlusses: Erstens die neue Dogmatik zu Art. 80 II GG, welche das Zustimmungserfordernis des Bundesrats deutlich begrenzt (dazu unter II). Zweitens die neuen Voraussetzungen, unter denen von der Regierung mit Zustimmung des Bundesrats erlassene Rechtsverordnungen durch Parlamentsgesetze geändert werden dürfen (dazu unter III). Grundrechtsfragen können hier nicht behandelt werden⁵.

II. Korrektur von Art. 80 II GG zu Lasten des Bundesrats

1. Konstellationen

Nach Art. 80 II GG bedürfen vorbehaltlich anderweitiger bundesgesetzlicher Regelungen Rechtsverordnungen der Bundesregierung oder eines Bundesministers der Zustimmung des Bundesrats, wenn die Rechtsverordnungen auf Grund von zustimmungsbedürftigen Bundesgesetzen ergehen oder wenn die Rechtsverordnungen von den Ländern im Auftrag des Bundes oder als eigene Angelegenheiten ausgeführt werden. Das ohne Zustimmung des Bundesrats beschlossene Beitragssatzsicherungsgesetz änderte oder überlagerte gleich mehrere solcher zustimmungsbedürftigen Rechtsverordnungen. In jedem dieser Fälle stellte sich die Frage, ob dadurch das Beitragssatzsicherungsgesetz als Ganzes zustimmungsbedürftig geworden ist. Zwei Konstellationen standen im Mittelpunkt des Normenkontrollverfahrens.

a) *Arzneimittelpreisverordnung (AMPreisV)*. Die Bundesregierung wollte die pharmazeutischen Großhändler mit einem Volumen von 600 Mio. Euro an der Sanierung der Gesetzlichen Krankenkasse (GKV) beteiligen, indem sie in diesem Umfang die den pharmazeutischen Großhändlern grundsätzlich mögliche Handelsspanne zu Gunsten der GKV abschöpfte⁶. Dazu hätte die Bundesregierung die Preisspannenregelung in § 2 AMPreisV ändern müssen, was sie nicht konnte, weil dafür nach § 78 AMG und nach Art. 80 II GG die Zustimmung des Bundesrats erforderlich war. § 78 AMG als zum Erlass der Arzneimittelpreisverordnung ermächtigendes Gesetz konnte der Bundestag nicht ändern, weil für eine Änderung des Arzneimittelgesetzes wiederum die nicht erreichbare Zustimmung des Bundesrats erforderlich war⁷. Diese Hindernisse umging das Beitragssatzsicherungsgesetz, indem es formal auf eine Änderung

* Besprechung von BVerfG, Beschl. v. 13. 9. 2005 – 2 BvF 2/03, NVwZ 2006, 191. – Der Autor ist Fachanwalt für Verwaltungsrecht und Soziales der Kanzlei *Oppenländer Rechtsanwälte* in Stuttgart. Er war am Normenkontrollverfahren der Länder Baden-Württemberg und Saarland gegen das Beitragssatzsicherungsgesetz nicht beteiligt, hat zum Beitragssatzsicherungsgesetz aber das Verfahren geführt, das zu BVerfGE 106, 369, geführt hat.

1) BGBl I, 4637.

2) Vgl. allein zum Beitragssatzsicherungsgesetz die Entscheidungen vom 14. 1. 2003 und 15. 1. 2003, mit denen einstweilige Anordnungen gegen das In-Kraft-Treten bzw. den Weitevollzug des Gesetzes abgelehnt wurden (BVerfGE 106, 351 = NVwZ 2003, 979 – Zahnärztliche Labore; BVerfGE 106, 359 = BeckRS 2003, 20 530 – Apotheker; BVerfGE 106, 369 – Großhandel für Arzneimittel. S. auch BVerfGE 108, 45 = NJW 2003, 2737 – Pharmazeutische Unternehmen). In der Sache gebilligt hat der *Erste Senat* die deutliche Erhöhung der Versicherungspflichtgrenze durch das Beitragssatzsicherungsgesetz, vgl. die Kammerentscheidungen BVerfG (2. Kammer des Ersten Senats), BVerfGK 2, 283 = NZS 2005, 479; BVerfG (2. Kammer des Ersten Senats), ZFSH/SGB 2004, 185; BVerfG (3. Kammer des Ersten Senats), NJW 2004, 1859.

3) Das war im BVerfG ungeachtet Nr. A II 1 b des Plenumsbeschlusses v. 15. 11. 1993 (BGBl I, 2492) nicht ganz unumstritten. Frau *Jaeger* konnte sich mit ihren Bemühungen, auch die Normenkontrolle ihrem *Ersten Senat* zuzuweisen, nicht durchsetzen.

4) BVerfG, NVwZ 2006, 191.

5) Zu den Grundrechtsproblemen der derzeit (noch) geltenden Regelung des Gesetzes zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung (GMG) v. 14. 11. 2003 (BGBl I, 2190) vgl. *Deitling/Lenz*, Der Arzneimittelvertrieb in der Gesundheitsreform 2003, 2003.

6) Vgl. die Begr. d. GE, BT-Dr 15/28, S.20.

7) Vgl. die amtl. Begr. zum Gesetz zur Neuordnung des Arzneimittelrechts v. 24. 2. 1976, abgedr. bei *Kloessel/Cyran*, ArzneimittelR, Losebl. (Stand: 96. Erg.-Lfg. 2005), M 1, Blatt 332 unter A. a. E.

der Arzneimittelpreisverordnung verzichtete, die Änderung materiell aber in Form eines neben die Arzneimittelpreisverordnung gestellten Zusatzgesetzes erreichte (Gesetz zur Einführung von Abschlägen der pharmazeutischen Großhändler, Art. 11 BSSichG).

b) *Bundespflegesatzverordnung (BPfV)*. Die zweite Konstellation betraf die Gesamtbudgets der Krankenhäuser und damit die Bundespflegesatzverordnung. Die Bundespflegesatzverordnung bedurfte nach Art. 80 II GG der Zustimmung des Bundesrats, und zwar schon deshalb, weil das in § 16 ihre Ermächtigungsgrundlage enthaltende Krankenhausfinanzierungsgesetz ebenfalls ein Zustimmungsgesetz ist⁸. Der Gesetzgeber des Beitragssatzsicherungsgesetz nahm die Änderung der Bundespflegesatzverordnung nicht wie im Bereich der Arzneimittelpreisregulierung durch ein neben die Verordnung gestelltes Zusatzgesetz vor, sondern änderte durch Gesetz die zustimmungsbedürftige Verordnung direkt, um allerdings über die so genannte Entsteuerungsklausel diesem parlamentarisch veränderten Recht wiederum die Qualität von bloßem Verordnungsrecht zuzusprechen (Rückkehr zum einheitlichen Verordnungsrang, Art. 12 BSSichG).

2. Lösung des Zweiten Senats

Die Antrag stellenden Länder rügten in beiden Konstellation eine unzulässige Umgehung des aus Art. 80 II GG folgenden Zustimmungserfordernisses. Der *Zweite Senat* ist dem nicht gefolgt, letztlich mit dem Argument, die Verfassung gewähre dem Bundesrat in Art. 80 II GG ein zu weitgehendes Zustimmungsrecht. Art. 80 II GG enthalte für Verordnungen, die primär materielle, aber keine verfahrensmäßigen Regelungen i. S. von Art. 84 I GG treffen, ein „gewissermaßen überschießendes, den Schutzzweck verlassendes Zustimmungserfordernis“, welches über den Wortlaut der Norm hinaus nicht ausgedehnt werden könne⁹, vom Bundestag also unbeanstandet umgangen werden darf.

Das *BVerfG* argumentiert formal. Die Zustimmungsbedürftigkeit eines Gesetzes könne sich nicht aus den nur für der Erlass von Verordnung geltenden Bestimmungen des Art. 80 II GG ergeben¹⁰. Es entstehe auch keine Schutzlücke zu Lasten der Länder. Die von Art. 80 II GG nach Auffassung des *Zweiten Senats* bezweckte Fortsetzung des Schutzes der grundsätzlichen Verwaltungszuständigkeit der Länder könne im Verfahren der förmlichen Gesetzgebungsverfahren unabhängig von Art. 80 II GG anhand der Einzelheiten des jeweiligen Regelungsvorhabens am Maßstab des Art. 84 I GG beurteilt werden. Das Zustimmungserfordernis des Bundesrats sei nur gerechtfertigt, wenn die im Gesetzgebungsverfahren bewirkte Ordnungsänderung einen die Zustimmungsbedürftigkeit auslösenden Tatbestände des Art. 84 I GG erfülle, also nur wenn den Ländern Vorgaben für die Errichtung der Behörden für das Verwaltungsverfahren gemacht werden.

3. Kritische Würdigung

Die Lösung des *Zweiten Senats* ist in sich schlüssig, aber nicht überzeugend. Sie ist weniger Auslegung als Korrektur der Verfassung. Die richterliche Annahme von angeblichen Verfassungszwecken dominiert. Die Entstehungsgeschichte wird aber vernachlässigt, die einschlägige eigene Rechtsprechung ganz übergangen.

Richtig ist immerhin der Ausgangspunkt des *Zweiten Senats*. Art. 80 II GG begründet in erheblichem Umfang Zustimmungserfordernisse und geht über den durch Art. 84 I GG gesetzten Standard hinaus. Genau das ist Inhalt und Zweck von Art. 80 II GG. Dieses Ergebnis der Beratungen im Parlamentarischen Rat zu dieser Verfassungsbestimmung ist bislang durchgehend als „Sieg der Föderalisten“ bei der Entstehung des Grundgesetzes verstanden und bewertet worden¹¹. Nach bislang ganz unbestrittener Auffassung unterwirft Art. 80 II GG in seiner letzten Variante, die auf den Vollzug durch die Länder abstellt, auch Rechtsverordnungen dem Zustimmungsbedürfnis, die weder auf Grund eines zustimmungsbedürftigen Gesetzes ergehen noch auf Ermächtigungsgrundlagen beruhen, die in Exekutivkompetenzen der Länder eingreifen und damit das Gesetz selbst zustimmungspflichtig machen

würden¹². Dann geht es aber nicht an, ein abweichendes, auf eine Gleichsetzung mit Art. 84 I GG abstellendes verfassungspolitisches Konzept gegen den Willen des Verfassungsgebers zum Maßstab für die Auslegung des geltenden Verfassungsrechts zu machen. Genau dies tut aber der *Zweite Senat* durch seine These vom „gewissermaßen überschießenden, den Schutzzweck verlassenden Zustimmungserfordernis“ in Art. 80 II GG. Vor diesem klaren entstehungsgeschichtlichen Hintergrund ist Art. 80 II GG auch kein geeigneter Platz, um richterlich die Föderalismusdebatte durch Zurückdrängen des Bundesrates voranzubringen¹³.

Man hätte auch erwarten dürfen, dass der *Zweite Senat* wenigstens seine eigene Rechtsprechung heranzieht und sich mit deren Wertungen auseinandersetzt. Wenn es um die Frage geht, ob eine Umgehung des aus Art. 80 II GG folgenden Zustimmungserfordernis zulässig ist oder nicht, spielt natürlich eine Rolle, dass das Grundgesetz in dieser Vorschrift selbst eine „Umgehungs“-möglichkeit nennt: den Vorbehalt anderweitiger bundesgesetzlicher Regelungen. Eine solche andere bundesgesetzliche Regelung kann ihrerseits aber nur mit Zustimmung des Bundesrats ergehen, wie der *Zweite Senat* selbst schon in seiner Grundsatzentscheidung vom 24. 2. 1970 festgestellt hat¹⁴. Die Vorstellung, der Bundestag könne durch anderweitiges Bundesgesetz ohne Zustimmung des Bundesrats das ihm lästige Zustimmungserfordernis abschütteln, ist „von der Natur der Sache her widersinnig und würde zu einer von der Verfassung nicht gewollten Verkürzung der Mitwirkung des Bundesrats an der Rechtsetzung führen“¹⁵. Das bedeutet aber, dass die aus Art. 80 II GG folgende Zustimmungspflicht durch die Verfassung selbst vor Umgehung geschützt ist. Deshalb lag nahe, sowohl Art. 4 wie Art. 11 BSSichG als „anderweitige bundesgesetzliche Regelung“ i. S. von Art. 80 II GG zu verstehen und so von der Zustimmung des Bundesrats abhängig zu machen¹⁶.

III. Halbherzige Verordnungsthese

1. Vom Argument der Länder zum Selbstzweck

Die Antrag stellenden Länder hatten sich auf den Standpunkt gestellt, durch das Parlament geänderte Rechtsverordnungen behielten insgesamt die Rechtsnatur der Rechtsverordnungen – mit der Folge, dass für sie die Vorgaben des Art. 80 GG, insbesondere das aus Absatz 2 folgende Zustimmungserfordernis des Bundesrats gelten. Darauf ist der *Zweite Senat* angesprungen, aber nur halbherzig. Die durch das Parlament geänderte Rechtsverordnung habe zwar einheitlichen Verordnungsrang und der parlamentarische Gesetzgeber sei bei Änderungen einer solchen Verordnung auch an die Grenzen der Ermächtigungsgrundlage

8) Vgl. *BVerfG*, NVwZ 2006, 191 Rdnr. 197 – wegen Art. 84 I GG.

9) Vgl. *BVerfG*, NVwZ 2006, 191 Rdnr. 190 zur Änderung der AMPreisV und Rdnrn. 215 ff. zur BPfV.

10) *BVerfG*, NVwZ 2006, 191 Rdnr. 193.

11) Vgl. *Ramsauer*, in: AK-GG, Losebl. (Stand: Okt. 2001), Art. 80 Rdnr. 12; *Antoni*, AöR 114 (1989), 220 (224); *Nierhaus*, in: BK z. GG, Losebl. (Stand: Nov. 1998), Art. 80 Rdnr. 475.

12) *Nierhaus*, in: BK z. GG (o. Fußn. 11), Art. 80 Rdnr. 579.

13) Nach den Plänen der Großen Koalition zur Föderalismusreform bleibt das angeblich überschießende, den Schutzzweck verlassende Zustimmungserfordernis in Art. 80 II GG unverändert. Der „Überschuss“ vergrößert sich sogar noch, weil der vorgeschlagene neue Art. 84 GG viel seltener zur Zustimmungsbedürftigkeit von Gesetzen führen wird. Das bestätigt aber nur, dass der Koalitionsvertrag Art. 80 II GG nicht so verengend versteht wie der *Zweite Senat* des *BVerfG* (vgl. Anhang 2 zum Koalitionsvertrag, Ergebnis der Koalitionsarbeitsgruppe zur Föderalismusreform).

14) *BVerfGE* 28, 66 (77) = NJW 1970, 892 L. Die Literatur folgt dem ganz überwiegend, vgl. *Bryde*, in: *v. Münch/Kunig* (o. Fußn. 13), Art. 80 Rdnr. 28.

15) *BVerfGE* 28, 66 (77) = NJW 1970, 892 L.

16) Die weitere Entwicklung hat verdeutlicht, dass jedenfalls bezogen auf die Arzneimittelpreisverordnung im Beitragssatzsicherungsgesetz ein klarer Umgehungsfall vorlag. Als wenige Monate später im Rahmen des GMG Regierung und die den Bundesrat beherrschende Opposition zusammenarbeiteten, wurde Art. 11 BSSichG aufgehoben und die Handelsspannen in der Arzneimittelpreisverordnung verändert (Art. 24, 26 GMG); s. zum GMG auch *Dettling/Lenz* (o. Fußn. 5), S. 163 ff., dort auch zu Grundrechtsfragen der derzeitigen Fassung der AMPreisV.

aus Art. 80 I 2 GG gebunden, nicht aber – worum es den Antragstellerinnen eigentlich ging – an Art. 80 II GG. Der *Zweite Senat* hat den argumentativen Ansatz Baden-Württembergs und des Saarlands nur dazu genutzt, seine eigene Konzeption zu entfalten. Für die Änderung von Rechtsverordnungen durch das Parlament sieht er ein Bedürfnis, weil grundlegende Reformen nur möglich seien, wenn sowohl förmliche Gesetze als auch auf ihnen beruhende Verordnungen in einem einheitlichen Vorgang geändert und aufeinander abgestimmt werden können¹⁷.

Das Rechtsstaatsprinzip und das daraus folgende Prinzip der Rechtssicherheit forderten, dass die geänderte Verordnung einheitlich Verordnungsrang habe¹⁸. Materiell dürfe der Gesetzgeber Rechtsverordnungen nur dann durch Parlamentsgesetze ändern, wenn es sich um „eine Anpassung im Rahmen einer Änderung eines Bereichs durch den Gesetzgeber handelt“, aber nicht, wenn die Verordnung unabhängig von sonstigen gesetzgeberischen Maßnahmen geändert werde. Dies sei unzulässig¹⁹. Eine weitere materielle Begrenzung des parlamentarischen Gesetzgebers folge daraus, dass neben den Regeln über die Gesetzgebung in solchen Fällen auch die Grenzen der Ermächtigungsgrundlage aus Art. 80 I 2 GG einzuhalten seien²⁰.

2. Kritische Würdigung

Das nur vage begründete Ergebnis ist halbherzig. Wenn durch Parlamentsgesetze veränderte Rechtsverordnungen von Verfassungs wegen die Rechtsnatur einer Rechtsverordnung haben, dann ist es konsequent, auf sie die verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 80 GG insgesamt anzuwenden und nicht nur beschränkt auf die Vorgaben zur Ermächtigungsregelung aus Absatz 1 Satz 2. Hier legt das Sondervotum von *Osterloh* und *Gerhardt* den Finger in die Wunde. Wenn über einen selbst definierten Sinn und Zweck die verfassungsrechtliche Regelung aus Art. 80 II GG beiseite geschoben werden kann, dann kann für Art. 80 I 2 GG kaum etwas anderes gelten. Inkonsequent ist ferner, dass der *Zweite Senat* den Gesetzgeber auch dem Zitiergebot aus Art. 80 I 3 GG nicht unterworfen hat²¹.

Wichtiger ist: Der praktische Effekt der Neukonstruktion durch den *Zweiten Senat* ist wenig greifbar. Für die Antragstellenden Länder im konkret entschiedenen Fall war er gleich Null. Denn der *Senat* hat den entscheidenden Schritt verweigert, aus der Rechtsnatur (Rechtsverordnung) die Bindung an Art. 80 II GG und damit an das Zustimmungserfordernis zu folgern. *Osterloh* und *Gerhardt* meinen in ihrem Sondervotum, es entstände bestenfalls formalistischer Leerlauf. Unsicherheiten darüber, ob eine beabsichtigte Veränderungsänderung von der bestehenden Ermächtigung gedeckt ist, würden dadurch ausgeräumt, dass die Praxis zunächst die Ermächtigungsgrundlage erweitere²². Das trifft deshalb nicht ganz zu, weil der Parlamentsgesetzgeber ja gerade dann zur Änderung von Rechtsverordnungen mobilisiert wird, wenn die Zustimmung des Bundesrats zum politischen Projekt der Bundesregierung und der sie tragenden Bundestagsfraktionen nicht zu erlangen ist. Das Beitragssatzsicherungsgesetz ist dafür ein besonders deutliches Beispiel. Ob dagegen die eher harmlose Voraussetzung, dass die parlamentsbeschlossene Änderung der Rechtsverordnung in ein Gesamtpaket („Änderung des Sachbereichs“) eingebettet sein muss, größere Schwierigkeiten und Rechtsunsicherheiten auslöst, wie das Sondervotum meint, erscheint zweifelhaft.

IV. Zusammenfassung

Der *Zweite Senat* hat Art. 80 II GG zu Lasten des Bundesrats korrigiert. Das relativiert einen im Parlamentarischen Rat errungenen Sieg der Länder, und deshalb kann man von einer Niederlage des Föderalismus sprechen. Man muss aber kein Anhänger einer streng historischen Verfassungsauslegung sein, um sich daran zu stoßen, dass ein Verfassungsgericht allseits anerkannte Inhalte der Verfassung als über den selbst definierten Schutzzweck der Verfassung hinausgehend definiert und deshalb ihre Umgehung erlaubt. Denn solche Korrekturen der Verfassung können auch nicht damit verteidigt werden, dass sie eine Föderalismusreform nur vorwegnehmen; die Große Koalition will Art. 80 II GG gar nicht verändern. Die aus Anlass dieses Falls vom *Zweiten Senat* aufgestellte Ordnungsthese ist halbherzig geblieben, weil sie vor Art. 80 II GG halt macht. Deshalb hatte

sie im konkreten Fall auch keine praktische Bedeutung. Ob sich das in zukünftigen Fällen ändert hängt davon ab, wie das *BVerfG* die selbst definierten Voraussetzungen anwendet.

17) *BVerfG*, NVwZ 2006, 191 Rdnr. 200. Angenehmer Nebeneffekt ist eine Entlastung des *BVerfG*, weil die Fachgerichte selbst verwerfen können.

18) *BVerfG*, NVwZ 2006, 191 Rdnr. 210.

19) *BVerfG*, NVwZ 2006, 191 Rdnr. 212.

20) *BVerfG*, NVwZ 2006, 191 Rdnr. 214.

21) Vgl. *BVerfG*, NVwZ 2006, 191 Rdnrn. 266 f. – Sondervotum.

22) *BVerfG*, NVwZ 2006, 191 Rdnr. 266 – Sondervotum.

Rechtsanwälte Dr. Burghard Hildebrandt und Dr. Nicole Castillon, Berlin

Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger nationaler Beihilfen*

I. Einleitung

Das OVG *Berlin-Brandenburg* hat kürzlich eine Entscheidung erlassen, die die Praxis der Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger nationaler Beihilfen in Zukunft maßgeblich bestimmen könnte. In seinem Beschluss vom 7. 11. 2005 (NVwZ 2006, 104)¹ hat es die Rückforderung einer durch privatrechtlichen Vertrag gewährten und für gemeinschaftsrechtswidrig befundenen Beihilfe durch Verwaltungsakt für *nicht offensichtlich rechtswidrig* erklärt. Es vertritt die Auffassung, die Rückforderung der Beihilfe lasse sich materiell-rechtlich auf den allgemeinen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch stützen. Dabei sei in formell-rechtlicher Hinsicht der Erlass eines Rückforderungsbescheides zulässig, denn nur eine Rückforderung mittels Verwaltungsakt könne eine sofortige und tatsächliche Vollstreckung der Kommissionsentscheidung gewährleisten. Zwar fehle es im nationalen Recht an der an sich notwendigen Ermächtigungsgrundlage zum Erlass eines solchen Verwaltungsaktes. Art. 14 III der Verordnung über besondere Vorschriften für die Anwendung des Art. 93 (heute Art. 88) EG² verlange jedoch, die Rückforderung der Beihilfe durch sofort vollziehbaren Verwaltungsakt geltend zu machen und aus Gründen des Gemeinschaftsrechts von einer nationalen gesetzlichen Grundlage ausnahmsweise abzusehen.

II. Anmerkungen

Die Entscheidung des OVG *Berlin-Brandenburg* überrascht, denn sie stellt ein Novum dar. Seit dem Erlass der BVVO ist eine Vielzahl gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfen von den zuständigen nationalen Behörden im Klagewege vor den ordentlichen Gerichten zurückgefordert worden. Zweifel an der gemeinschaftsrechtlichen Zulässigkeit dieser Form der Rückforderung bestanden dabei – soweit ersichtlich – nicht. Vielmehr wurde bislang davon ausgegangen, dass die Rückforderung einer durch privatrechtlichen Vertrag gewährten gemeinschaftsrechtswidrigen Beihilfe mit Mitteln des Zivilrechts im Klagewege erfolgen muss³. Der nun vom OVG *Berlin-Brandenburg* beschrittene Weg der Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfen könnte Schule machen; er geht offenbar auf eine Grundsatzentscheidung des Bundesfinanzministeriums zurück⁴. Die Entscheidung des OVG *Berlin-Brandenburg*, die die neue Praxis der

* Besprechung von OVG *Berlin-Brandenburg*, Beschl. v. 7. 11. 2005 – 8 S 93/05, NVwZ 2006, 104 ff. – Der Autor Hildebrandt ist Partner bei Gleiss Lutz, Berlin, und Lehrbeauftragter an der Freien Universität Berlin. Die Autorin Castillon war zum Zeitpunkt der Abfassung des Beitrags Rechtsanwältin bei Gleiss Lutz, Berlin.

1) Vorgehend VG *Berlin*, EuZW 2005, 659, m. Anm. Heidenhain.

2) Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates v. 22. 3. 1999, ABIEG 1999 Nr. L 83, S. 1 – im Folgenden BVVO.

3) Vgl. nur BGH, EuZW 2003, 444; BGH, NVwZ 2004, 636 = EuZW 2004, 252; BGH, EuZW 2004, 254.

4) So Arhold/Wimmer, in: FAZ v. 14. 9. 2005, S. 25.