

Rechtsquellen:

BGSG § 3
BGSGAusglVO § 1

Stichworte:

Bundesgrenzschutz; Bahnpolizei; Bundespolizei; Deutsche Bahn AG; Verkehrsunternehmen; Eisenbahnverkehrsunternehmen; Eisenbahninfrastrukturunternehmen; Ausgleichsbetrag; Vorteilsabschöpfung; Ausgleichspflicht.

Leitsatz:

Das Bundesgrenzschutzgesetz (heute: Bundespolizeigesetz) gestattet es nicht, allein die Deutsche Bahn AG mit einem Ausgleichsbetrag für die Kosten der Erfüllung der Aufgaben der Bahnpolizei zu belasten. Ausgleichspflichtig sind auch die anderen Eisenbahnverkehrsunternehmen, deren Züge auf dem Netz der Deutsche Bahn AG verkehren.

Urteil des 6. Senats vom 17. Mai 2006 - BVerwG 6 C 22.04

I. VG Koblenz vom 10.12.2003 - Az.: VG 2 K 1198/03.KO -
II. OVG Koblenz vom 04.11.2004 - Az.: OVG 12 A 10337/04 -



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

BVerwG 6 C 22.04
OVG 12 A 10337/04

Verkündet
am 17. Mai 2006
Thiele
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 6. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
auf die mündliche Verhandlung vom 17. Mai 2006
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht
Dr. Bardenhewer und die Richter am Bundesverwaltungsgericht
Dr. Hahn, Büge, Dr. Graulich und Dr. Bier

für Recht erkannt:

Das Urteil des Oberverwaltungsgerichts Rheinland-Pfalz vom 4. November 2004, das Urteil des Verwaltungsgerichts Koblenz vom 10. Dezember 2003 und der Bescheid der Grenzschutzdirektion Koblenz vom 20. November 2002 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 31. März 2003 werden aufgehoben.

Die Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens.

G r ü n d e :

I

- 1 Die klagende Deutsche Bahn AG wendet sich gegen einen Leistungsbescheid der Beklagten, der sie zur Zahlung eines Ausgleichsbetrages für die Erbringung bahnpolizeilicher Leistungen durch den Bundesgrenzschutz verpflichtet.

- 2 Die Deutsche Bahn AG ist eine Holding-Gesellschaft, die vollständig im Eigentum der Beklagten steht und als Ergebnis der sog. Bahnreform in zwei Stufen entstanden ist. Die erste Stufe der Reform ist wiederum in zwei Schritten umgesetzt worden. Im ersten Schritt sind das unter dem Namen „Deutsche Bundesbahn“ als nicht rechtsfähiges Sondervermögen verwaltete Bundeseisenbahnvermögen sowie das Sondervermögen Deutsche Reichsbahn (Art. 26 Einigungsvertrag) zu einem nicht rechtsfähigen Sondervermögen des Bundes unter dem Namen „Bundeseisenbahnvermögen“ zusammengeführt worden; es wird vom Bund verwaltet (§ 1 des Gesetzes zur Zusammenführung und Neugliederung der Bundeseisenbahnen vom 27. Dezember 1993, BGBl I S. 2378). Im zweiten Schritt wurde aus dem Bundeseisenbahnvermögen der unternehmerische Teil, der zum Erbringen von Eisenbahnverkehrsleistungen und zum Betreiben der Eisenbahninfrastruktur notwendig war, ausgegliedert und daraus die Deutsche Bahn Aktiengesellschaft gegründet (§ 1 Deutsche Bahn Gründungsgesetz - DBGrG - vom 27. Dezember 1993, BGBl I S. 2386), während die Aufgaben der Eisenbahnverkehrsverwaltung des Bundes auf das Bundesministerium für Verkehr und das Eisenbahn-Bundesamt übertragen wurden (Gesetz

über die Eisenbahnverkehrsverwaltung des Bundes vom 27. Dezember 1993, BGBl I S. 2394). Die durch Ausgliederung entstandene Deutsche Bahn AG wurde am 5. Januar 1994 in das Handelsregister beim Amtsgericht Berlin-Charlottenburg eingetragen. Auf der zweiten Stufe der Bahnreform wurden im Jahr 1999 gemäß § 2 Abs. 1 DBGrG u.a. die sog. Führungsgesellschaften, nämlich die DB Regio AG, DB Reise & Touristik AG, DB Cargo AG, DB Station & Service AG sowie DB Netz AG als 100%ige Töchter aus der Deutsche Bahn AG ausgegründet, mit denen diese Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge schloss. Daneben fanden gemäß § 3 Abs. 3 DBGrG weitere Ausgliederungen und Beteiligungen statt.

- 3 Aufgrund von Art. 1 Nr. 2 i.V.m. Art. 4 des Gesetzes zur Übertragung der Aufgaben der Bahnpolizei und der Luftsicherheit auf den Bundesgrenzschutz vom 23. Januar 1992 (BGBl I S. 178) übernahm der Bundesgrenzschutz ab 1. April 1992 die bahnpolizeilichen Aufgaben auf dem Gebiet der Anlagen der Bundes-eisenbahnen im gesamten Bundesgebiet. Die Kosten hierfür wurden in vollem Umfang aus Steuermitteln getragen, bis der Bundesgesetzgeber im Jahr 1999 die im vorliegenden Rechtsstreit streitige Ausgleichspflicht in § 3 Abs. 2 Bundesgrenzschutzgesetz - BGSG - einführte, die 50 % des Gesamtaufwandes des Bundesgrenzschutzes für die Erfüllung bahnpolizeilicher Aufgaben des Bundesgrenzschutzes nicht überschreiten darf. Der aufgrund dieser Vorschrift erlassene § 1 der Verordnung vom 6. Dezember 2002 zur Festsetzung des Ausgleichs für die Erfüllung bahnpolizeilicher Aufgaben des Bundesgrenzschutzes (BGBl I S. 1683) - BGSGAusgIVO - regelt, dass die Deutsche Bahn AG verpflichtet ist, für die durch die Aufgabenerfüllung des Bundesgrenzschutzes entstandenen Vorteile ab dem 1. Januar 2000 jährlich 20,83 % des aufgebrauchten Gesamtaufwandes als Ausgleich zu leisten.
- 4 Die Grenzschutzdirektion Koblenz der Beklagten verlangte auf dieser Rechtsgrundlage mit Leistungsbescheid vom 20. November 2002 von der Klägerin „für die durch die Erfüllung bahnpolizeilicher Aufgaben des BGS erlangten Vorteile für das Jahr 2002“ einen Ausgleichsbetrag in Höhe von 125 000 000 DM (= 63 911 485 €). Der Berechnung legte sie einen von 608 Mio. DM auf 600 Mio. DM abgerundeten Gesamtaufwand des Jahres 2001 für die Wahr-

nehmung regelmäßiger bahnpolizeilicher Aufgaben durch den Bundesgrenzschutz zugrunde. Dabei ging sie davon aus, dass von insgesamt rund 33 000 Polizeivollzugsbeamten des Bundesgrenzschutzes im Jahresdurchschnitt 5 700 Personen regelmäßig für die Wahrnehmung bahnpolizeilicher Aufgaben eingesetzt waren. Ferner seien von knapp 5 800 Zivilbeschäftigten im Bundesgrenzschutz rund 480 Personen fast ausschließlich im administrativen bahnpolizeilichen Bereich tätig gewesen. Zu den sich daraus errechnenden Personalausgaben von rund 540 Mio. DM kamen rund 67 Mio. DM Sachausgaben für regelmäßig eingesetzte Kraftfahrzeuge etc. sowie die Kosten für im Jahresdurchschnitt 480 Polizeivollzugsbeamte und 95 Zivilbeschäftigte anlässlich temporärer Einsätze von Verbandskräften zur Unterstützung des bahnpolizeilichen Einzeldienstes (z.B. Fußballfanbegleitung) hinzu, die Personalausgaben in Höhe von rund 49,5 Mio. DM und Sachausgaben von 6,1 Mio. DM ausgelöst hätten. Ausdrücklich nicht einbezogen waren erhöhte Ausgaben wegen insgesamt durchgeführter 13 Castor-Transporte, die nicht zur regelmäßigen Aufgabenerfüllung nach § 3 Abs. 2 BGGSG gehört hätten, sowie besondere polizeiliche Maßnahmen des Bundesgrenzschutzes infolge der nach dem 11. September 2001 veränderten Sicherheitslage. Die danach allgemein erhöhte polizeiliche Präsenz sei nur mittelbar bahnpolizeilich verursacht gewesen und werde nicht als Grundlage für die Ermittlung eines unternehmerischen Sicherheitsgewinns zugunsten der Klägerin gewertet.

- 5 Dagegen legte die Klägerin am 6. Dezember 2002 Widerspruch ein, den die Grenzschutzdirektion Koblenz mit Bescheid vom 31. März 2003 zurückwies. Die dagegen am 2. Mai 2003 erhobene Anfechtungsklage hat das Verwaltungsgericht Koblenz mit Urteil vom 10. Dezember 2003 abgewiesen.
- 6 Die von der Klägerin dagegen eingelegte Berufung hat das Oberverwaltungsgericht Koblenz mit Urteil vom 4. November 2004 (12 A 10337/04.OVG - DVBl 2005, 132) zurückgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt:
- 7 Der von der Beklagten erhobene Ausgleichsbetrag finde seine Rechtsgrundlage in § 1 BGGSGAusglVO. Danach sei das durch die Erfüllung bahnpolizeilicher

Aufgaben des Bundesgrenzschutzes begünstigte Verkehrsunternehmen Deutsche Bahn AG verpflichtet, für die hierdurch erlangten Vorteile ab dem 1. Januar 2000 jährlich 20,83 % des aufgebrachten Gesamtaufwandes als Ausgleich zu leisten. Die der Festsetzung des Ausgleichsbetrages zugrunde gelegte Kostenermittlung, die letztlich auf einer Schätzung des Gesamtaufwandes beruhe, sei nicht zu beanstanden. Die gerichtliche Kontrolldichte beschränke sich insoweit auf Vertretbarkeit. Die Beklagte habe sich am Personalbestand des Bundesgrenzschutzes im Jahr 1998 von 33 000 Polizeivollzugsbeamten orientiert. Für bahnpolizeiliche Aufgaben seien im Jahresschnitt etwa 5 700 Beamte und 480 Zivilbeschäftigte eingesetzt worden. Das entspreche einem Anteil von 16 %. Den ermittelten Gesamtaufwand von 608 Mio. DM habe die Beklagte zugunsten der Klägerin auf 600 Mio. DM gerundet.

- 8 § 1 BGSAusglVO sei auch mit höherrangigem Recht vereinbar. Die Klägerin sei Verkehrsunternehmen i.S.d. § 3 Abs. 2 Satz 1 BGS. Als solches sei sie durch die Erfüllung der Aufgaben des Bundesgrenzschutzes auf dem Gebiet der Bahnanlagen der Eisenbahnen des Bundes begünstigt. Der Verordnungsgeber sei berechtigt gewesen, allein für die Klägerin eine Ausgleichsquote festzusetzen. Der festgesetzte Prozentsatz von 20,83 % werde seiner Höhe nach den gesetzlichen Vorgaben des § 3 Abs. 2 Satz 2 und 3 BGS gerecht.
- 9 Die Verordnungsermächtigung in § 3 Abs. 2 BGS sei verfassungsmäßig. Die Bestimmung werde den Anforderungen der Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG sowie Art. 80 Abs. 1 GG gerecht. Eine Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes liege ebenso wenig vor wie ein Verstoß gegen den aus dem allgemeinen Rechtsstaatsprinzip folgenden Gedanken des Vertrauensschutzes. Darüber hinaus sei der Ausgleichsbetrag auch finanzverfassungsrechtlich gerechtfertigt.
- 10 Gegen dieses Urteil hat die Klägerin Revision eingelegt, mit der sie ihr Begehren nach Aufhebung der Bescheide vom 20. November 2002 und vom 31. März 2003 weiterverfolgt. Zur Begründung führt sie aus:
- 11 Der angefochtene Leistungsbescheid und der Widerspruchsbescheid seien einfachrechtlich rechtswidrig und verletzen sie in ihren Rechten. Nach § 3 Abs. 2

Satz 1 BGGSG müssten die nach § 3 Abs. 1 BGGSG begünstigten Verkehrsunternehmen einen angemessenen Ausgleich für die erlangten Vorteile leisten. Sie, die Klägerin, sei weder ein Verkehrsunternehmen i.S.d. § 3 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. Abs. 1 BGGSG noch erlange sie durch die Erfüllung der Aufgaben nach § 3 Abs. 1 BGGSG einen ausgleichspflichtigen Vorteil i.S.d. § 3 Abs. 2 Satz 1 BGGSG. Einen solchen Vorteil unterstellt, stelle der von ihr zu zahlende Betrag von 125 000 000 DM jedenfalls keinen angemessenen Ausgleich dar. Insoweit stehe zum einen § 1 der Verordnung nicht im Einklang mit der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage des § 3 Abs. 2 Satz 2 bis 4 BGGSG, zum anderen entspreche die Berechnung des Gesamtaufwandes durch die Beklagte nicht den gesetzlichen Anforderungen.

- 12 Der Leistungsbescheid vom 20. November 2002 und der Widerspruchsbescheid vom 31. März 2003 seien auch mit Verfassungsrecht unvereinbar, denn die Auferlegung einer Bundesgrenzschutzabgabe gemäß § 3 Abs. 2 BGGSG i.V.m. der Verordnung vom 6. Dezember 2000 verstoße sowohl gegen Finanzverfassungsrecht als auch gegen ihre, der Klägerin, Grundrechte.

- 13 Ihre finanzielle Inanspruchnahme durch die Beklagte nach § 3 Abs. 2 BGSOG verstoße überdies gegen Europarecht. Sie verletze das Trennungsgebot des Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 91/440/EWG, indem sie als Holdinggesellschaft pauschal für Ausgleichszahlungen herangezogen werde, die nur Unternehmen innerhalb des Konzerns beträfen, welche Eisenbahnleistungen erbrächten. Außerdem verletze die Inanspruchnahme das Gebot aus Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie 91/440/EWG, die Verschuldung zu minimieren. Umgekehrt liege in der Nichtveranschlagung von Kosten für den Polizeieinsatz auch keine unzulässige Beihilfe i.S.v. Art 87 Abs. 1 EG. Es fehle insofern an der einer Beihilfe notwendigerweise inne wohnenden Begünstigung, als sie und andere privatrechtlich organisierte Unternehmen gesetzlich daran gehindert seien, Aufgaben des Sicherheitsschutzes unter Ausübung hoheitlicher Befugnisse überhaupt selbst wahrzunehmen. Unter der gegenteiligen Annahme stelle die Anwendung von § 3 Abs. 2 BGSOG allerdings eine unzulässige staatliche Beihilfe gegenüber den mit ihr im Wettbewerb stehenden Unternehmen dar, die eine Vorlage des Rechtsstreits an den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften erforderlich mache.
- 14 Schließlich beruhe das Urteil des Oberverwaltungsgerichts auf Verstößen gegen das Verfahrensrecht. Es verletze den Überzeugungsgrundsatz, den Anspruch auf rechtliches Gehör und die Aufklärungspflicht.
- 15 Die Beklagte tritt der Revision der Klägerin mit den nachfolgenden Erwägungen entgegen:
- 16 Der streitgegenständliche Bescheid entspreche den Anforderungen von § 1 BGSOGAusgIVO. Diese Verordnung finde ihre gesetzliche Grundlage in § 3 Abs. 2 BGSOG. Die bahnpolizeilichen Aufgaben des Bundes, für deren Erfüllung der Ausgleich zu leisten sei, seien in § 3 Abs. 1 BGSOG umschrieben. Räumlich erstrecke sich die Tätigkeit des Bundesgrenzschutzes auf das „Gebiet der Bahnanlagen der Eisenbahnen des Bundes“. Auf die Frage, ob und in welchem Umfange die Eisenbahninfrastruktur im sachenrechtlichen Eigentum der Klägerin oder ihrer die Infrastruktur betreibenden Tochtergesellschaften DB Netz AG und DB Station & Service AG stehe, komme es deshalb nicht an. Inhaltlich um-

fassten die bahnpolizeilichen Aufgaben die Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung, die den Benutzern, den Anlagen oder dem Betrieb der Bahn drohten oder beim Betrieb der Bahn entstanden oder von den Bahnanlagen ausgingen. Der Klägerin selbst verblieben Aufgaben, die nicht eigentlich hoheitlich-polizeilichen Charakter hätten, sondern der Sicherung des Eisenbahnbetriebes dienten (§ 4 des Allgemeinen Eisenbahngesetzes - AEG). Nach § 3 Abs. 2 BGSG sei ein Ausgleich von denjenigen Verkehrsunternehmen zu zahlen, die dadurch begünstigt würden, dass der Bundesgrenzschutz auf dem Gebiet der Bahnanlagen der Eisenbahnen des Bundes nach Maßgabe des § 3 Abs. 1 BGSG Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung abwende.

- 17 Die Klägerin sei auch ein Verkehrsunternehmen i.S.d. § 3 Abs. 2 BGSG. § 3 Abs. 2 BGSG unterscheide nicht zwischen Eisenbahnverkehrsunternehmen und Eisenbahninfrastrukturunternehmen. Die nach § 25 DBGrG gebildeten fünf sog. Führungsgesellschaften erfüllten Aufgaben innerhalb der Klägerin bei gleichzeitigem Fortbestand eines Verkehrsunternehmens. Die Klägerin trete gegenüber der Öffentlichkeit als einheitliches Eisenbahnunternehmen auf und schließe auch als solches Beförderungsverträge mit Kunden. Als Unternehmen, dem die Tätigkeit der Tochtergesellschaften zuzurechnen sei, sei die Klägerin sowohl Eisenbahnverkehrsunternehmen als auch Eisenbahninfrastrukturunternehmen. In beiden Eigenschaften komme der Klägerin die Aufgabenerfüllung nach § 3 Abs. 1 BGSG zugute. Die Klägerin werde unter verschiedenen Aspekten dadurch i.S.d. § 3 Abs. 2 BGSG begünstigt, dass der Bundesgrenzschutz bahnpolizeiliche Aufgaben nach § 3 Abs. 1 BGSG erfülle. Der durch den Bundesgrenzschutz geschaffene „Sicherheitsgewinn“ könne durch einen privaten Werksschutz weder personell noch technisch geleistet werden, insbesondere weil diesem keinerlei polizeiliche Befugnisse zuständen.
- 18 Die Begünstigung der Klägerin entfalle nicht deshalb, weil die in § 3 Abs. 1 BGSG beschriebenen Aufgaben auch von der Landespolizei wahrgenommen werden könnten. Beim Bundesgrenzschutz handele es sich um eine Sonderpolizei mit speziellem bahntechnischem Fachwissen. Aus dem Wortlaut von § 3 Abs. 1 BGSG ergebe sich, dass es ausschließlich um die Abwehr eisenbahnty-

pischer Gefahren, d.h. der Bahn drohender oder von ihr verursachter Gefahren gehe. Damit sei der vom Bundesverfassungsgericht zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung der Luftsicherheitsgebühr (Beschluss vom 11. August 1998 - BvR 1270/94 -) festgestellte „spezifische Bezug“ zu der Tätigkeit der Klägerin als Verkehrsunternehmen gegeben. Die Klägerin erlange durch die ständige Präsenz, hohe Verfügbarkeit und bahnfachliche Qualifikation des Bundesgrenzschutzes Vorteile, die die Landespolizei nicht bieten könne.

- 19 Nach § 3 Abs. 2 Satz 4 BGGG sei, wenn mehrere Verkehrsunternehmen begünstigt seien, für jedes Unternehmen ein Prozentsatz festzusetzen, mit dem es sich an dem Gesamtaufwand zu beteiligen habe. Für die fünf ausgegliederten Tochtergesellschaften (Führungsgesellschaften) der Klägerin habe ein eigener Prozentsatz nicht festgesetzt werden müssen, denn ihre Begünstigung sei gleichzeitig und vorrangig eine Begünstigung der Muttergesellschaft, mit der die Tochtergesellschaften wirtschaftlich durch Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge verbunden seien. Auf den Bahnanlagen der Klägerin verkehrten zwar auch andere Verkehrsunternehmen als die Tochtergesellschaften der Klägerin. Diese hätten aber zusammen nur weniger als 5 % der gesamten Verkehrsleistung erbracht. Der Ordnungsgeber habe den ihm durch § 3 Abs. 2 BGGG gesetzten Rahmen nicht dadurch verlassen, dass er nur die Klägerin als begünstigt angesehen habe. Der Sicherheitsgewinn, der dem die Anlagen benutzenden fremden Verkehrsunternehmen entstehe, sei nicht abzuschöpfen, weil er mit dem an das Infrastrukturunternehmen gezahlten Trassenentgelt bereits ausgeglichen sei. Nach § 3 Abs. 3 Satz 4 BGGG sei, wenn mehrere Verkehrsunternehmen begünstigt seien, für jedes Unternehmen gesondert ein Prozentsatz festzusetzen. Der Gesetzgeber sei davon ausgegangen, dass auch nur ein Unternehmen begünstigt sein könnte. Ebenso wie bei der Luftsicherheitsgebühr liege es an der Klägerin, den an die Beklagte zu zahlenden Ausgleich als Kostenposition an ihre Tochtergesellschaften weiterzugeben bzw. in die Kalkulation der Fahrpreise und Trassenentgelte eingehen zu lassen.
- 20 Die Festsetzung des Ausgleichs auf 20,83 % des aufgebrauchten Gesamtaufwandes sei „angemessen“ i.S.d. § 3 Abs. 2 Satz 1 BGGG und damit auch nicht unverhältnismäßig. Dieser Anteil halte sich innerhalb des gesetzlichen Rah-

mens, der einen Anteil in Höhe von bis zu 50 % zulasse. Das Berufungsgericht habe auch zu Recht angenommen, dass die Klägerin zur Zahlung des Ausgleichs hinreichend leistungsfähig sei. Sie könne den Ausgleichsbetrag nämlich weitergeben. Die Verordnung stelle auch kein unzulässiges Einzelfallgesetz dar. Denn die Ermächtigungsgrundlage in § 3 Abs. 2 Satz 2 BGG sei in der Weise „offen“, dass e i n Verkehrsunternehmen ebenso ausgleichspflichtig gemacht werden könne wie m e h r e r e.

- 21 § 3 Abs. 2 Satz 2 BGG verstoße nicht gegen das Verfassungsrecht des Bundes. Die Norm genüge den Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 GG an eine Rechtsverordnungsermächtigung. Die Erhebung des Ausgleichs stehe nicht im Gegensatz zu dem im Grundgesetz festgesetzten System der Einnahmebeschaffung zur Deckung der Staatsausgaben und widerspreche nicht der Begrenzungs- und Schutzfunktion der bundesstaatlichen Finanzverfassung. Es handele sich um eine Vorzugslast mit der Nähe zur Gebühr. Einer Einordnung in das System der herkömmlichen Abgabearten bedürfe es nicht, da es keinen numerus clausus von zulässigen Abgaben gebe.
- 22 Die Vertreterin des Bundesinteresses beim Bundesverwaltungsgericht hält das Berufungsurteil für zutreffend und unterstützt das Vorbringen der Beklagten.

II

- 23 Die Revision hat Erfolg. Die Abweisung der Klage durch die vorinstanzlichen Urteile verletzt Bundesrecht (§ 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO). Die Urteile des Oberverwaltungsgerichts und des Verwaltungsgerichts sind daher aufzuheben. Die gegen den Leistungsbescheid der Beklagten gerichtete Anfechtungsklage ist zulässig und begründet. Der Bescheid ist rechtswidrig und verletzt die Klägerin in ihren Rechten; er ist deshalb zusammen mit dem Widerspruchsbescheid aufzuheben (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Die Beklagte hat den Leistungsbescheid zwar zutreffend auf die verordnungsrechtliche Ermächtigungsgrundlage und die beim Erlass des Bescheides zu beachtenden Bestimmungen des Bundesgrenzschutzgesetzes gestützt (1.). Die Rechtsverordnung entspricht aber nicht

der ihr zugrunde liegenden gesetzlichen Verordnungsermächtigung in § 3 Abs. 2 BGGSG und ist daher unwirksam (2.). Ob diese ihrerseits mit höherrangigen Grundsätzen des Verfassungsrechts in Einklang steht, bleibt offen (3.).

- 24 1. Mit dem Bescheid vom 20. November 2002 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 31. März 2003 verlangt die Grenzschutzdirektion von der Klägerin für die Vorteile, die sie durch die Erfüllung bahnpolizeilicher Aufgaben des Bundesgrenzschutzes (jetzt: der Bundespolizei) im Jahr 2002 erlangt hat, gemäß § 1 der Verordnung zur Festsetzung des Ausgleichs für die Erfüllung bahnpolizeilicher Aufgaben des Bundesgrenzschutzes vom 6. Dezember 2000 (BGBl I S. 1683 - BGSGAusglVO) die Leistung eines Ausgleichs in Höhe von 125 000 000 DM (= 63 911 485 €).
- 25 Sie war für den Erlass des Leistungsbescheides zuständig. Nach § 3 Abs. 2 Satz 5 BGGSG i.d.F. von Art. 1 Nr. 2 des Gesetzes zur Sanierung des Bundeshaushalts (Haushaltssanierungsgesetz - HSanG -) vom 22. Dezember 1999 (BGBl I S. 2534) werden die Ausgleichsbeträge durch die Grenzschutzdirektion erhoben.
- 26 Nach § 1 BGSGAusglVO ist das durch die Erfüllung bahnpolizeilicher Aufgaben des Bundesgrenzschutzes begünstigte Verkehrsunternehmen Deutsche Bahn AG verpflichtet, für die hierdurch erlangten Vorteile ab dem 1. Januar 2000 jährlich 20,83 % des aufgebrauchten Gesamtaufwandes als Ausgleich zu leisten. Mit dieser verordnungsrechtlichen Grundlage stimmt der angefochtene Leistungsbescheid überein.
- 27 a) Nach § 1 BGSGAusglVO wird zur Ausgleichsabgabe das „begünstigte Verkehrsunternehmen Deutsche Bahn AG“ verpflichtet. An diese normative Festlegung des Abgabenschuldners war die Beklagte beim Erlass des Bescheides gebunden.
- 28 b) Die nach § 1 BGSGAusglVO zu erbringende Ausgleichszahlung wird erhoben für „die Erfüllung bahnpolizeilicher Aufgaben des Bundesgrenzschutzes“. Damit nimmt die Verordnung sinngemäß auf § 3 Abs. 1 BGGSG Bezug. Nach

dieser Vorschrift hat der Bundesgrenzschutz die Aufgabe, Gefahren abzuwehren, die den Benutzern, den Anlagen oder dem Betrieb der Bahn drohen oder beim Betrieb der Bahn entstehen oder von den Bahnanlagen ausgehen. Dies umfasst insbesondere die Verhütung von Straftaten durch Streifen- und Postendienst in den Bahnhöfen, in den Zügen, auf den Bahnanlagen und Gleiskörpern, den Einsatz von Überwachungs- und Kontrolltechnik (z.B. Hubschrauber), die Begleitung von gewaltbereiten Gruppen bei Großveranstaltungen und Demonstrationen, die Erteilung von Platzverweisen, Ingewahrsamnahmen sowie die Überwachung der Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften durch den Verkehrsbetreiber in enger Zusammenarbeit mit dem Eisenbahnbundesamt (vgl. BTDrucks 14/1636 S. 173). Diesem Aufgabenbereich entstammen die vom Bundesgrenzschutz erbrachten und zum Ausgleich gestellten Leistungen.

- 29 c) Nach § 1 BGSGAusglVO ist der Ausgleich von der Klägerin „für die hierdurch erlangten Vorteile“ zu leisten. Mit diesem Merkmal nimmt § 1 BGSGAusglVO den entsprechenden Teil - „für die erlangten Vorteile“ - aus der gesetzlichen Abgabebegründung in § 3 Abs. 2 Satz 1 BGSG auf (vgl. Wolff, VerwArch 35 (2002), 553 <554>). Auch insoweit hat der Verordnungsgeber eine bindende Festlegung getroffen, welche die eigenständige Überprüfung des Tatbestandsmerkmals durch die entscheidende Behörde entbehrlich machte.
- 30 d) Der durch den Leistungsbescheid festgesetzte Ausgleichsbetrag in Höhe von 125 000 000 DM (= 63 911 485 €) muss nach § 1 BGSGAusglVO 20,83 % des aufgebrauchten Gesamtaufwandes betragen. Der Betrag hängt also von zwei Faktoren ab, nämlich dem nach § 3 Abs. 2 Satz 2 BGSG in der Verordnung festgesetzten Prozentsatz und der Höhe des Gesamtaufwandes. Wie der Gesamtaufwand festzustellen ist, lässt sich weder der Verordnung noch dem Bundesgrenzschutzgesetz entnehmen. Die Kosten für die Amtshandlungen nach § 3 Abs. 1 BGSG lassen sich auch aus dem Haushaltsplan nicht ersehen, da dieser nicht nach Aufgabenarten der Bahnpolizei unterteilt ist. Nur die Gesamtkosten für die Beamten, die im Bereich der Bahn eingesetzt werden, können dem Haushaltsplan mittelbar entnommen werden. Aus diesen Gesamtkosten der Bahnpolizei muss wiederum durch Schätzung der

Anteil herausgenommen werden, der auf die Amtshandlungen entfällt, die sich nicht auf § 3 Abs. 1 BGG stützen. Dies lässt sich aus der Organisation des Bundesgrenzschutzes und den üblichen Personalkostensätzen für Polizeivollzugsbeamte im Groben berechnen. Diese Schätzung ist durch den Gesetzgeber vorgegeben.

- 31 Der Leistungsbescheid legt einen personellen und sächlichen Gesamtaufwand des Bundesgrenzschutzes für die Wahrnehmung regelmäßiger bahnpolizeilicher Aufgaben in Höhe von abgerundet 600 Mio. DM im Jahr 2001 zugrunde.
- 32 Das Berufungsurteil hat die Kostenermittlung der Grenzschutzdirektion nicht beanstandet, da sie auf einer vertretbaren Schätzung beruhe. Dabei ist es im Anschluss an das Urteil vom 18. März 2004 - BVerwG 3 C 23.03 - (NVwZ 2004, 991 <993>) zutreffend davon ausgegangen, dass die Behörde auf Schätzungen angewiesen und hierzu berechtigt ist, wo die präzise Ermittlung der Einsatzwerte unmöglich ist oder mit einem unververtretbaren Aufwand verbunden wäre; unter diesen Voraussetzungen beschränkt sich die gerichtliche Kontrolle hinsichtlich der Schätzungen auf eine Vertretbarkeitskontrolle. Das Oberverwaltungsgericht hat dazu festgestellt, dass der Gesamtaufwand für die bahnpolizeiliche Aufgabenerfüllung nicht genau ermittelt werden können, nachdem die personelle Trennung zwischen der Bahnpolizei und den übrigen Kräften des Bundesgrenzschutzes schon 1998 zugunsten einer integrativen Aufgabenerfüllung aufgehoben worden sei, und ferner, dass sich die Schätzung der Grenzschutzdirektion hinsichtlich der Personal- und der Sachkosten insgesamt im Rahmen des Vertretbaren halte. An diese Tatsachenfeststellungen ist das Bundesverwaltungsgericht gebunden, denn die Revision hat die Feststellungen des Berufungsgerichts nicht mit Verfahrensrügen angegriffen.
- 33 2. Der Leistungsbescheid ist aber deshalb rechtswidrig, weil die zu seinem Erlass ermächtigende Verordnung rechtsfehlerhaft ist.
- 34 Das Bundesministerium des Innern wird nach § 3 Abs. 2 Satz 2 BGG ermächtigt, durch Rechtsverordnung im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für

Verkehr, Bau- und Wohnungswesen für den nach § 3 Abs. 2 Satz 1 BGSZ zu leistenden angemessenen Ausgleich einen Prozentsatz festzusetzen; nach § 3 Abs. 2 Satz 1 BGSZ sind die durch die Erfüllung der Aufgaben nach § 3 Abs. 1 BGSZ begünstigten Verkehrsunternehmen verpflichtet, dem Bundesgrenzschutz für die erlangten Vorteile einen Ausgleich zu zahlen. Der nach § 3 Abs. 2 Satz 2 festzusetzende Prozentsatz darf 50 % des Gesamtaufwandes des Bundesgrenzschutzes für die Erfüllung der Aufgaben nach § 3 Abs. 1 BGSZ nicht überschreiten. Nach § 3 Abs. 2 Satz 3 BGSZ sind dabei insbesondere die erlangten Vorteile und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Verkehrsunternehmens zu berücksichtigen. Die Klägerin ist in § 1 BGSZAusglVO zwar zu Recht als „begünstigtes Verkehrsunternehmen“ nach § 3 Abs. 2 Satz 1 BGSZ bestimmt worden; die Verordnung verstößt jedoch unter dem Gesichtspunkt der Abgabengerechtigkeit und Wettbewerbsneutralität gegen § 3 Abs. 2 Satz 1, 4 und 5 BGSZ, weil die Klägerin nach der Verordnung als einziges Unternehmen zur Leistung einer Ausgleichsabgabe herangezogen wird.

- 35 a) Zu Recht bestimmt § 1 BGSZAusglVO die Deutsche Bahn AG als ein „begünstigtes Verkehrsunternehmen“, das zum Ausgleich herangezogen werden kann, denn der in § 3 Abs. 2 Satz 1 BGSZ enthaltene Begriff „begünstigte Verkehrsunternehmen“ lässt die Einbeziehung der Klägerin in den Kreis der ausgleichspflichtigen Verkehrsunternehmen zu.
- 36 aa) Der Begriff Verkehrsunternehmen ist in § 3 Abs. 2 BGSZ nicht definiert. Eine Begriffsbestimmung findet sich zwar in § 2 Abs. 1 bis 3 des Allgemeinen Eisenbahngesetzes - AEG - in der im hier maßgeblichen Zeitpunkt noch anwendbaren Fassung vom 27. Dezember 1993 (BGBl I S. 2378). Danach werden Eisenbahnverkehrsunternehmen, die Eisenbahnverkehrsleistungen erbringen (Beförderung von Personen oder Gütern; § 2 Abs. 1 und 2 AEG), unterschieden von Eisenbahninfrastrukturunternehmen, die eine Eisenbahninfrastruktur betreiben (Bau- und Unterhaltung von Schienenwegen, Führung von Betriebsleit- und Sicherheitssystemen; § 2 Abs. 1 und 3 AEG). Soweit der Wortlaut es nahe legen könnte, Verkehrsunternehmen i.S.v. § 3 Abs. 2 BGSZ ausschließlich mit den so umschriebenen Eisenbahnverkehrsunternehmen gleichzusetzen, zeigen aber Systematik und Entstehungsgeschichte der Norm, dass dieses

Verständnis zu eng wäre. So verweist § 3 Abs. 2 Satz 1 BGSG ausdrücklich auf die dem Bundesgrenzschutz in § 3 Abs. 1 BGSG übertragene Aufgabe, auf dem Gebiet der Bahnanlagen der Eisenbahnen des Bundes Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung abzuwehren, die den Benutzern, den Anlagen oder dem Betrieb der Bahn drohen oder beim Betrieb der Bahn entstehen oder von den Bahnanlagen ausgehen. Diese Aufgabenbeschreibung zielt gleichermaßen auf den Betrieb der Bahn wie auf deren Infrastruktur. Dementsprechend sieht auch die amtliche Begründung zu § 3 Abs. 2 BGSG die Vorteile, die die Verkehrsunternehmen aus der bahnpolizeilichen Tätigkeit ziehen, in der Gewährleistung der Sicherheit sowohl der Bahntransporte als auch der Bahnhöfe und sonstigen Bahnanlagen (BTDrucks 14/1636 S. 173). Die Verweisung in § 3 Abs. 2 Satz 1 BGSG auf Absatz 1 dieser Norm belegt auf der anderen Seite allerdings auch, dass mit Verkehrsunternehmen ausschließlich Eisenbahnunternehmen gemeint sind, deren Unternehmensgegenstand einen unmittelbaren Bezug zu den Sicherheitsaufgaben der Bahnpolizei aufweist, nicht aber sonstige Unternehmen (wie Taxi-, Bus- oder Straßenbahnbetriebe), denen die Präsenz der Bahnpolizei nur nebenbei zugute kommt. Verkehrsunternehmen i.S.d. § 3 Abs. 2 BGSG sind daher solche, die auf dem Gebiet der Bahnanlagen der Eisenbahnen des Bundes Eisenbahnverkehrsleistungen erbringen oder eine Eisenbahninfrastruktur betreiben oder beide Funktionen miteinander verbinden.

- 37 bb) Es begegnet keinen durchgreifenden Bedenken, dass der Verordnungsgeber die Klägerin als ein Verkehrsunternehmen im vorgenannten Sinne bestimmt hat. Ihr Unternehmensgegenstand umfasst kraft Gesetzes (§ 3 Abs. 1 DBGrG) sowohl das Erbringen von Eisenbahnverkehrsleistungen zur Beförderung von Gütern und Personen als auch das Betreiben der Eisenbahninfrastruktur. Unbeschadet der in § 2 Abs. 1 DBGrG vorgesehenen und auf der sog. zweiten Stufe der Bahnreform mittlerweile vollzogenen Ausgliederung der gemäß § 25 Satz 1 DBGrG gebildeten Bereiche Personennahverkehr, Personenfernverkehr, Güterverkehr und Fahrweg auf neu gegründete Aktiengesellschaften behandelt § 3 Abs. 1 DBGrG die Klägerin als einheitliches Unternehmen zur Erbringung von Eisenbahnverkehrs- und Infrastrukturleistungen. Zwar verpflichtete § 9 Abs. 1 AEG bereits in seiner ursprünglichen Fassung aus dem Jahre 1994 solche öffentlichen Eisenbahnen, die sowohl Eisenbahnverkehrsleistungen erbrin-

gen als auch eine Eisenbahninfrastruktur betreiben, beide Bereiche in ihrer Rechnungsführung zu trennen. Dieses Trennungsgebot wurde aber für die Klägerin eingeschränkt durch § 25 Satz 3 DBGrG a.F., der eine gemeinsame Gewinn- und Verlustrechnung, Bilanz, Finanzierung und Finanzierungsrechnung der Bereiche zuließ. In Anbetracht dieser Rechtslage war der Verordnungsgeber, wenn nicht verpflichtet, doch jedenfalls berechtigt, die im Konzern erbrachten Verkehrs- und Infrastrukturleistungen allein der Klägerin als „Verkehrsunternehmen“ und mithin Abgabenschuldnerin zuzurechnen und die richtige Zuordnung der entsprechenden Kosten innerhalb des Konzerns ihr zu überlassen.

- 38 Manches könnte allerdings dafür sprechen, dass dieser einheitlichen Betrachtung durch die jüngste Änderung des Eisenbahnrechts (Drittes Gesetz zur Änderung eisenbahnrechtlicher Vorschriften vom 27. April 2005, BGBl I S. 1138) nunmehr der Boden entzogen ist. Danach sind aus denjenigen Eisenbahnen, die sowohl Eisenbahnverkehrsunternehmen als auch Betreiber von Schienenwegen sind, beide Bereiche zwingend auf gesonderte Gesellschaften auszugliedern (§ 9a Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AEG n.F.), wobei die Entscheidungen des Betreibers der Schienenwege über den Netzfahrplan, die sonstige Zuweisung von Zugtrassen und über die Weegeentgelte unabhängig und weisungsfrei zu treffen sind (§ 9a Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 bis 5 AEG n.F.). Außerdem haben öffentliche Eisenbahnen, die sowohl Eisenbahnverkehrs- als auch Infrastrukturunternehmen sind, einen Jahresabschluss nach den für große Kapitalgesellschaften geltenden Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs aufzustellen (§ 9 Abs. 1 Satz 1 AEG n.F.). Beide Bereiche sind in der Buchführung zu trennen, und für jeden von ihnen sind eine eigene Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung aufzustellen (§ 9 Abs. 1a AEG). Im Falle der Aufstellung eines Konzernabschlusses gilt die in § 264 Abs. 3 HGB vorgesehene Erleichterung für konzernangehörige Tochtergesellschaften nicht (§ 9 Abs. 1 Satz 2 AEG n.F.). Im Zusammenhang mit diesen das Trennungsgebot verschärfenden Regelungen wurde § 25 Satz 3 DBGrG, der eine gemeinsame Gewinn- und Verlustrechnung, Bilanz, Finanzierung und Finanzierungsrechnung zuließ, aufgehoben (Art. 4 des Gesetzes vom 27. April 2005 a.a.O.). Dies könnte darauf hindeuten, dass seit Inkraft-Treten dieses Gesetzes nicht mehr die Klägerin, sondern nur noch ihre Eisenbahnverkehrsleistungen erbringenden bzw. Eisenbahninfrastruktur betrei-

benden Tochtergesellschaften Verkehrsunternehmen i.S.d. § 3 Abs. 2 BGS
sind. Die damit zusammenhängenden Fragen braucht der Senat jedoch nicht zu vertiefen, weil die Rechtsänderung für den hier maßgeblichen Zeitpunkt noch keine Geltung beansprucht.

- 39 cc) Der Ordnungsgeber durfte die Deutsche Bahn AG auch als „begünstigt“ i.S.v. § 3 Abs. 2 Satz 1 BGS ansehn. Dafür sprechen Wortlaut und Normzusammenhang. Als Kriterium für die Begünstigung wird in § 3 Abs. 2 Satz 1 BGS auf die bahnpolizeiliche Aufgabenerfüllung nach § 3 Abs. 1 BGS verwiesen. Damit unterstellt das Gesetz eine Begünstigung bei denjenigen Unternehmen, die als „Verkehrsunternehmen“ ihre Geschäfte in dem Bereich abwickeln, in dem der Bundesgrenzschutz für die Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung zuständig ist.
- 40 Für dieses Verständnis, wonach die Annahme eines die Verkehrsunternehmen begünstigenden Vorteils dem Grunde nach Teil des gesetzlichen Normbefehls ist, spricht auch die Entstehungsgeschichte der Norm. Danach hat der Gesetzgeber bei Einführung der Ausgleichspflicht durch § 3 Abs. 2 BGS den Zusammenhang von öffentlicher und privater Sicherheit gesehen und ist davon ausgegangen, dass die im Interesse der Allgemeinheit liegende bahnpolizeiliche Aufgabenwahrnehmung auch für die Verkehrsunternehmen von Nutzen sei: Die Ausübung staatlicher Befugnisse erhöhe den betriebswirtschaftlichen Nutzeffekt der in Gewinnerzielungsabsicht tätigen Verkehrsunternehmen und komme diesen damit auch unmittelbar zugute (BTDrucks 14/1636 S. 173).
- 41 Ob die dem Gesetz zugrunde liegende Annahme zutrifft, ob also die Verkehrsunternehmen aus der bahnpolizeilichen Tätigkeit des Bundesgrenzschutzes einen zur Erhebung einer Abgabe berechtigenden Vorteil ziehen oder nicht, ist keine Frage der Vereinbarkeit der umstrittenen Verordnung mit ihrer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage, sondern von deren Übereinstimmung mit höherrangigem (Finanz-)Verfassungsrecht.
- 42 b) Der als Rechtsgrundlage des angefochtenen Leistungsbescheides herangezogene § 1 BGSAusglVO verstößt aber deshalb gegen die gesetzliche Er-

mächtigung in § 3 Abs. 2 BGSg, weil allein die Klägerin zu Ausgleichszahlungen herangezogen wird. Die Verordnungsermächtigung verlangt bei Vorliegen der Voraussetzungen die Heranziehung einer Mehrzahl von Ausgleichspflichtigen (aa). Der Ordnungsgeber hat sich im Gegensatz dazu auf die Heranziehung der Deutsche Bahn AG zu Ausgleichszahlungen beschränkt (bb). Dafür sind keine rechtfertigenden Gründe ersichtlich (cc).

- 43 aa) Die Verordnungsermächtigung geht dem Wortlaut nach davon aus, dass es grundsätzlich mehrere zu Ausgleichszahlungen heranzuziehende begünstigte Verkehrsunternehmen gibt und diese im Falle ihrer Begünstigung auch heranzuziehen sind. Schon § 3 Abs. 2 Satz 1 BGSg spricht in der Mehrzahl von „begünstigten Verkehrsunternehmen“. Dies wird in § 3 Abs. 2 Satz 4 BGSg aufgegriffen, indem dort der Fall geregelt wird, in dem „mehrere Verkehrsunternehmen begünstigt (sind)“. Und schließlich spricht § 3 Abs. 2 Satz 5 BGSg davon, dass „die Ausgleichsbeträge“ von der Grenzschutzdirektion zu erheben sind. Zwar mag die Wendung in § 3 Abs. 2 Satz 4 BGSg „Sind mehrere Verkehrsunternehmen begünstigt, ...“, gedanklich die Möglichkeit einschließen, dass auch nur ein Unternehmen begünstigt ist. Für den Fall aber, dass tatsächlich mehrere Verkehrsunternehmen begünstigt sind, ist die Rechtsfolge in dem oben beschriebenen Sinne eindeutig und für den Ordnungsgeber bindend geregelt. Begünstigt durch die bahnpolizeiliche Aufgabenerfüllung des Bundesgrenzschutzes sind nicht erst heute, sondern waren auch schon bei Erlass der umstrittenen Verordnung neben der Klägerin zahlreiche andere Verkehrsunternehmen, die in unterschiedlichem Umfang auf der Infrastruktur der Eisenbahnen des Bundes Verkehrsleistungen erbringen. Auch ihnen kommt die Tätigkeit des Bundesgrenzschutzes zugute. Dass auch sie und nicht etwa nur die Klägerin bzw. ihre Tochtergesellschaften als „begünstigte Verkehrsunternehmen“ i.S.d. § 3 Abs. 2 BGSg anzusehen sind, wird durch den systematischen Zusammenhang mit Abs. 1 dieser Vorschrift bestätigt. Zwar ist danach die Aufgabenzuständigkeit des Bundesgrenzschutzes in räumlicher Hinsicht auf das Gebiet der Bahnanlagen der - in Art. 73 Nr. 6a GG definierten - Eisenbahnen des Bundes beschränkt. Funktionell erstreckt sie sich aber allgemein auf die Abwehr von Gefahren, die dem Betrieb der „Bahn“ drohen oder bei deren Betrieb entstehen. Bahnverkehr betreiben aber nicht nur die zum Konzern der Klägerin

gehörenden Gesellschaften, sondern auch alle sonstigen Unternehmen, die auf dem Schienennetz des Bundes Verkehrsleistungen erbringen. Hätte das Gesetz gleichwohl nur die ganz oder mehrheitlich im Eigentum des Bundes stehenden und zum Konzern der Klägerin gehörenden Infrastruktur- und Transportunternehmen als von der bahnpolizeilichen Tätigkeit begünstigt angesehen, so hätte § 3 Abs. 2 BGSOG sich des bereits in § 3 Abs. 1 BGSOG verwendeten Begriffs der Eisenbahnen des Bundes bedient. Da er stattdessen allgemein von Verkehrsunternehmen spricht, sind auch die nicht konzerneigenen Unternehmen als Begünstigte und somit grundsätzlich auch als Schuldner der von der Grenzschutzdirektion festzusetzenden Ausgleichsabgabe anzusehen.

- 44 Verfassungsrechtliche Überlegungen verstärken diesen Befund: Art. 87e GG i.d.F. des Gesetzes vom 20. Dezember 1993 (BGBl I 2089) grenzt die Eisenbahnverkehrsverwaltung für Eisenbahnen des Bundes (Art. 87e Abs. 1 GG) ab von der Verpflichtung des Bundes, diese Eisenbahnen als Wirtschaftsunternehmen in privatrechtlicher Form zu führen (Art. 87e Abs. 3 Satz 1 GG). Die Dienstleistungen der Bahn werden als Wirtschaftsgut verstanden, durch dessen Angebot am Markt Gewinne erzielt werden sollen. Die damit vorgegebene Orientierung am Wettbewerb schließt zwar nicht aus, Eisenbahnunternehmen wie sonstige Wirtschaftsunternehmen kraft Gesetzes bestimmten Pflichten und Lasten zu unterwerfen. Diese müssen aber das Verhältnismäßigkeitsprinzip und das Gleichbehandlungsgebot wahren. Sonderlasten sind grundsätzlich ebenso wenig zulässig wie Sonderrechte (Schmidt-Aßmann/Röhl, DÖV 1994, 577 <581 ff.>; s. auch Gersdorf, in: von Mangoldt/Klein, GG, 5. Aufl., Art. 87e Abs. 3 Rn. 47 ff.; Windthorst, in: Sachs, GG, 3. Aufl. 2003, Art. 87e Rn. 31 ff.). Auch deshalb liegt die Annahme fern, § 3 Abs. 2 BGSOG habe entgegen Wortlaut und Systematik ausschließlich die Klägerin bzw. ihre Tochtergesellschaften einer wettbewerbsverzerrenden Sonderbelastung aussetzen wollen.
- 45 bb) Durch § 1 BGSOGAusglVO wird die Klägerin im Widerspruch zu § 3 Abs. 2 Satz 1 und 4 BGSOG als einziges begünstigtes Verkehrsunternehmen zur Zahlung eines Ausgleichs verpflichtet. Zwar verlangt das Gesetz nicht, dass sämtliche Ausgleichsbeträge in einer einzigen Verordnung festgesetzt werden, sondern lässt grundsätzlich auch den Erlass getrennter Verordnungen zu. Diese

müssen allerdings zur Wahrnehmung der nach § 3 Abs. 2 Satz 1 und 4 BGS-G gebotenen Abgabengerechtigkeit und Wettbewerbsneutralität im zeitlichen Zusammenhang miteinander ergeben und spätestens im Zeitpunkt der Abgabenerhebung vollständig in Kraft getreten sein. Andernfalls fehlt es an dem zur Abgabenerhebung erforderlichen wirksamen Ordnungsrecht. In dem für die hier angefochtene Abgabensatzung maßgeblichen Zeitpunkt des Widerspruchsbescheides (31. März 2003) lag aber nur die auf die Klägerin beschränkte Ausgleichsverordnung vor. Dies entsprach auch der Absicht des Ordnungsgebers. Denn er ging ausweislich der amtlichen Begründung fehlerhaft davon aus, dass sich die bahnpolizeiliche Zuständigkeit des Bundesgrenzschutzes allein auf die der derzeit der Deutsche Bahn AG zuzurechnenden Eisenbahnen des Bundes beschränke. Damit verstieß er zum Nachteil der Klägerin und zugunsten ihrer Wettbewerber gegen die ihm von Gesetzes wegen auferlegte Pflicht, sämtliche begünstigten Verkehrsunternehmen zum Ausgleich heranzuziehen.

- 46 cc) Die Beklagte meint allerdings, die Erhebung des Geldausgleichs von anderen Verkehrsunternehmen außerhalb des Konzerns der Klägerin sei deshalb entbehrlich, weil diese die Eisenbahnanlagen des Bundes auf der Grundlage des § 14 AEG nutzten, also an die Klägerin Entgelte zu entrichten hätten, die es ihr ermöglichten, ihre Belastung anteilig weiterzureichen. Dem ist nicht zu folgen.
- 47 Schon im Ausgangspunkt widersprechen sich der Gedanke der ausschließlichen Heranziehung der Klägerin, wie er den Begründungserwägungen zur Verordnung zu entnehmen ist, und der Überwälzungsgedanke, wie ihn die Beklagte vorträgt. Wenn nämlich - mit dem Ordnungsgeber - davon auszugehen wäre, dass ausschließlich die Klägerin herangezogen werden soll, weil nur ihr die bahnpolizeiliche Tätigkeit des Bundesgrenzschutzes zugute kommt, gäbe es nichts, was auf andere überwältzt werden könnte.
- 48 Aber auch dann, wenn man - entgegen der Absicht des Ordnungsgebers - davon ausgeht, dass der in § 1 BGS-GAusglVO zu Lasten der Klägerin festgesetzte Ausgleich in Höhe von 20,83 % des bahnpolizeilichen Gesamtaufwandes auch Vorteile dritter Unternehmen mit abgilt, steht das „Abwälzungsmodell“ mit

der gesetzlichen Regelung aus mehreren Gründen nicht in Einklang: Nach dem insoweit eindeutigen Gesetzesbefehl (§ 3 Abs. 2 Satz 4 und 5 BGG) ist es Sache des Ordnungsgebers, für jedes begünstigte Unternehmen gesondert einen Prozentsatz festzulegen, und Aufgabe der Grenzschutzdirektion, nach dieser Maßgabe die Ausgleichsbeträge zu erheben. Von diesem gesetzlich vorgezeichneten Verfahren weicht das von der Beklagten aufgezeigte Modell, welches die Klägerin mit Verzögerungs- und Insolvenzrisiken aus der Sphäre ihrer Wettbewerber belastet, auch dann ab, wenn die Ausgleichsabgabe teilweise abwälzbar sein sollte. Abgesehen davon könnte sich eine Abwälzung über Trassenentgelte ohnehin allenfalls auf denjenigen Vorteil beziehen, den der Bundesgrenzschutz der Eisenbahninfrastruktur zuwendet, denn nur für deren Benutzung werden auf der Grundlage des § 14 AEG nach näherer Maßgabe der Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung - EIBV - in der im hier maßgeblichen Zeitpunkt noch geltenden Fassung vom 10. Dezember 1997 (BGBl I S. 3153) Entgelte erhoben. Auch wenn in diese Entgelte Kosten eingerechnet werden könnten, die den Eisenbahninfrastrukturunternehmen durch die bahnpolizeiliche Aufgabenerfüllung entstehen und wegen des „Sicherheitsgewinns“ die Qualität der von ihnen gegenüber den Eisenbahnverkehrsunternehmen erbrachten Vertragsleistungen verbessern, wäre diese Abwälzungsmöglichkeit auf die Nutzung der Infrastruktur beschränkt. Davon nicht erfasst sind die Vorteile, die privaten Eisenbahnverkehrsunternehmen bei der Erbringung ihrer Transportleistungen, also etwa durch die polizeiliche Begleitung von Privatbahnzügen auf den Schienenwegen des Bundes entstehen. Bei der Klägerin fallen solche Vorteile gar nicht an; ein auf diese entfallender Geldausgleich kann von ihr nicht über die Erhebung von Trassenentgelten an Dritte weitergegeben werden.

- 49 Gegen eine Abwälzung spricht schließlich, dass damit ein bestimmter wertender materiellrechtlicher Aspekt der Verordnungsermächtigung nach § 3 Abs. 2 Satz 3 BGG unterlaufen würde. Danach sind bei der Festsetzung des Prozentsatzes der Inanspruchnahme insbesondere die erlangten Vorteile und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Verkehrsunternehmens zu berücksichtigen. Im Falle einer Kostenüberwälzung würde eine solche Erwägung der Leistungsfähigkeit aber nicht vom Ordnungsgeber getroffen, sondern bliebe

- wenn überhaupt - der Klägerin überlassen. Damit würde es im Gegensatz zur gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage zu keiner gesonderten Beurteilung der Leistungsfähigkeit durch den Ordnungsgeber kommen. Davon abgesehen verbietet sich es im Ansatz, der Klägerin als Mitbewerberin der anderen Verkehrsunternehmen bei der Kostenüberwälzung die wertende Beurteilung der Leistungsfähigkeit ihrer Konkurrenten zu übertragen.

50 Ebenso wenig lässt sich die Heranziehung allein der Klägerin mit der von der Beklagten vorgetragene Erwägung rechtfertigen, sie könne nicht dazu verpflichtet sein, eine große Zahl weiterer Verkehrsunternehmen unter sehr hohem, in der Praxis kaum zu leistendem Verwaltungsaufwand zu wenig ergiebigen Abgaben heranzuziehen, die im Vergleich zu der Abgabenbelastung der Klägerin nicht ins Gewicht fielen. Wie sich aus den vorangegangenen Ausführungen ergibt, geht das Bundesgrenzschutzgesetz in der Verordnungsermächtigung gemäß § 3 Abs. 2 um der Wahrung von Abgabengerechtigkeit und Wettbewerbsneutralität willen davon aus, dass grundsätzlich alle von der Aufgabenerfüllung des Bundesgrenzschutzes begünstigten Verkehrsunternehmen zu Abgaben herangezogen werden, und nennt als Maßstäbe für die Heranziehung die erlangten Vorteile sowie die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Unternehmen. Es ist daher nach der derzeitigen Gesetzeslage Sache des Ordnungsgebers, für die Heranziehung Kriterien zu entwickeln, die sowohl handhabbar sind als auch den genannten Maßstäben entsprechen, und sodann auf dieser Grundlage für die einzelnen Unternehmen Prozentsätze festzulegen, mit denen sie an den Kosten des Bundesgrenzschutzes beteiligt werden. Dieser Aufgabe, die einen Verzicht auf die Abgabenerhebung unter bestimmten, nach Maßgabe dieser Kriterien festzulegenden Voraussetzungen nicht ausschließt, aber unter keinem generellen Bagatell- oder Praktikabilitätsvorbehalt steht, ist der Ordnungsgeber mit der in Rede stehenden Verordnung vom 6. Dezember 2000 nicht gerecht geworden.

51 3. Die Revision hat schwerwiegende Bedenken vorgetragen, ob die in § 3 Abs. 2 BGSVG vorgeschriebene Erhebung einer Ausgleichsabgabe für die Tätigkeit der Bahnpolizei, die sich - anders etwa als die sog. Flugsicherheitsgebühr (zu ihr Urteil vom 3. März 1994 - BVerwG 4 C 1.93 - BVerwGE 95, 188; BVerfG,

Kammerbeschluss vom 11. August 1998 - 1 BvR 1270/94 - NVwZ 1999, 176) - nicht auf individualisierbare Amtshandlungen beziehe, sondern anteilig auf die polizeiliche Gefahrenabwehr als solche, aus finanzverfassungsrechtlicher Sicht gegenüber dem Prinzip des Steuerstaates (BVerfG, Beschluss vom 7. November 1995 - 2 BvR 413/88 - BVerfGE 93, 319 <342, 345>; Urteil vom 6. Juli 2005 - 2 BvR 2335/95 - BVerfGE 113, 128 <146 f.>) sachlich gerechtfertigt ist. Der Senat hat dieser Frage nicht nachzugehen, weil sich die Rechtswidrigkeit des angefochtenen Leistungsbescheides bereits aus der Unwirksamkeit der ihm zugrunde liegenden Ausgleichsverordnung ergibt.

- 52 Die Beklagte trägt als unterliegender Teil gemäß § 154 Abs. 1 VwGO die Kosten des Verfahrens.

Dr. Bardenhewer

Dr. Hahn

Büge

Dr. Graulich

Dr. Bier

