



## **Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen**

**OVG: 2 D 291/19**

VG:

**Im Namen des Volkes!**

**Urteil**

In der Verwaltungsrechtssache

1.

2.

– Antragsteller –

Prozessbevollmächtigter:

zu 1-2:

**g e g e n**

die Freie Hansestadt Bremen, vertreten durch den Senat,  
Am Markt 21, 28195 Bremen

– Antragsgegnerin –

Prozessbevollmächtigter:

hat das Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen - 2. Senat - durch Richter Dr. Maierhöfer, Richter Traub und Richterin Stybel sowie die ehrenamtliche Richterin Hanna Geßner und den ehrenamtlichen Richter Jörg Findeisen ohne mündliche Verhandlung am 16. Dezember 2020 für Recht erkannt:

**Artikel 1 der Verordnung zur Änderung der Bremischen Beihilfeverordnung vom 21.05.2019, verkündet am 18.06.2019, (Brem.GBl. 2019, S. 444-506) wird insoweit für unwirksam erklärt, als § 4j BremBVO die bisherige Beihilfe für vollstationäre Pflege gemäß § 4d Abs. 2 BremBVO a.F. ersetzt.**

**Der Normenkontrollantrag der Antragstellerin zu 2. wird abgelehnt.**

**Die Gerichtskosten werden von der Antragstellerin zu 2. und der Antragsgegnerin je zur Hälfte getragen.**

**Die Antragstellerin zu 2. trägt die Hälfte der außergerichtlichen Kosten der Antragsgegnerin.**

**Die Antragsgegnerin trägt die außergerichtlichen Kosten des Antragstellers zu 1.**

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

**Die Revision der Antragsgegnerin wird zugelassen.**

**Die Revision der Antragstellerin zu 2. wird nicht zugelassen.**

## **Tatbestand**

Der Antragsteller zu 1. ist ein 82 Jahre alter ehemaliger Finanzbeamter, der von der Antragsgegnerin Versorgungsbezüge bezieht. Er ist pflegebedürftig und lebt im Pflegeheim. Er und seine Ehefrau (die Antragstellerin zu 2.), die nur eine geringe eigene Rente bezieht, begehren im vorliegenden Normenkontrollverfahren, Artikel 1 der Verordnung zur Änderung der Bremischen Beihilfeverordnung (BremBVO) vom 21. Mai 2019 (Brem.GBl. S. 444) insoweit für unwirksam zu erklären, als § 4j BremBVO die bisherige Beihilfe für vollstationäre Pflege gemäß § 4d Abs. 2 BremBVO a.F. ersetzt.

Der Senat der Freien Hansestadt Bremen beschloss am 21.05.2019 entsprechend der Vorlage 2978/19 die Verordnung zur Änderung der Bremischen Beihilfeverordnung sowie die Ausfertigung der Verordnung und deren Verkündung im Gesetzblatt der Freien Hansestadt Bremen. In der Senatsvorlage heißt es im Abschnitt „B. Lösung“ u.a.:

„Der Entwurf sieht die Nachzeichnung der Änderungen in der Sozialen Pflegeversicherung (zweite und dritte Stufe Pflegestärkungsgesetz) vor. Es erfolgt nunmehr – insbesondere auf die sich veränderten Höchstbeträge und Pauschalen – ein Direktverweis auf das Elfte Buch Sozialgesetzbuch (SGB IX) – Soziale Pflegeversicherung.

Aufgrund höchstrichterlicher Rechtsprechung wird eine Regelung (§ 4j Abs. 2) zum verbleibenden Existenzminimum bei dauernder Pflegebedürftigkeit in die Verordnung aufgenommen. Sie entspricht in abgesenkter Form der des Bundes, die verfassungsrechtlich Bestand hat.“

Im Abschnitt „D. Finanzielle und Personalwirtschaftliche Auswirkungen, Gender-Prüfung“ heißt es weiter:

„1. Die Anpassung der beihilfefähigen Aufwendungen bei stationärer Pflege führt zu jährlichen Mehrausgaben von 575 T€. Im Hinblick auf die höchstrichterliche Rechtsprechung ist eine beihilferechtliche Neuregelung unumgänglich. Das Bundesverwaltungsgericht hat im Jahr 2012 zum verbleibenden Existenzminimum pflegebedürftiger Versorgungsempfänger entsprechend entschieden (BVerwG, Urteil vom 24.01.2012 – 2 C 24/10).“

Mit Artikel 1 Nr. 6 dieser Verordnung, verkündet am 18. Juni 2019 im Bremischen Gesetzblatt Nr. 80 (Brem.GBl. S. 444), gemäß Artikel 3 der Verordnung in Kraft getreten am 1. Juli 2019, wurde in § 4j BremBVO die Beihilfe für Aufwendungen für vollstationäre Pflege neu geregelt. Die neuen Regelungen entsprechen weitgehend den beihilferechtlichen Bestimmungen des Bundes in § 39 BBhV. Beihilfefähig sind gemäß § 4j Abs. 1 Satz 2

BremBVO die pflegebedingten Aufwendungen und die Aufwendungen für medizinische Behandlungspflege entsprechend den Regelungen in § 43 Abs. 2 und 4 SGB XI. Weiterhin sind gemäß § 4j Abs. 2 BremBVO auf besonderen Antrag Aufwendungen für Pflegeleistungen, die über die nach Absatz 1 beihilfefähigen Aufwendungen hinausgehen, sowie für Verpflegung und Unterkunft einschließlich der Investitionskosten beihilfefähig, sofern von den durchschnittlichen monatlichen nach Absatz 3 maßgeblichen Einnahmen höchstens ein bestimmter (Mindest-)Betrag verbleibt. Dieser (Mindest-)Betrag stellt die Summe folgender Teilbeträge dar:

1. 8 Prozent des Grundgehalts der Stufe 8 der Besoldungsgruppe A 13 für jede beihilfeberechtigte und jede berücksichtigungsfähige Person sowie für jede Ehefrau oder jeden Ehemann, für die oder den ein Anspruch nach Absatz 1 oder nach § 43 Absatz 1, 2 und 4 des Elften Buches Sozialgesetzbuch besteht,
2. 30 Prozent des Grundgehalts der Stufe 8 der Besoldungsgruppe A 13 für eine beihilfeberechtigte Person sowie für eine Ehefrau oder einen Ehemann, für die oder den kein Anspruch nach Absatz 1 oder nach § 43 Absatz 1, 2 und 4 des Elften Buches Sozialgesetzbuch besteht,
3. 3 Prozent des Grundgehalts der Stufe 8 der Besoldungsgruppe A 13 für jedes berücksichtigungsfähige Kind, für das kein Anspruch auf Beihilfe nach Absatz 1 oder nach § 43 Absatz 1, 2 und 4 des Elften Buches Sozialgesetzbuch besteht, und
4. 3 Prozent des Grundgehalts der letzten Besoldungsgruppe für die beihilfeberechtigte Person.

§ 4j Abs. 3 Nr. 1 bis 3 BremBVO definiert die für die Bestimmung des (Mindest-)Betrages zu berücksichtigenden Einnahmen des laufenden Kalenderjahres (hier weicht die bremische Regelung inhaltlich von der entsprechenden Regelung in § 39 Abs. 3 BBhV, nach der im Regelfall auf die im Kalenderjahr vor der Antragstellung erzielten Einnahmen abgestellt wird, ab). Darunter fallen u.a. die Bruttobezüge nach § 2 des Bremischen Besoldungsgesetzes und nach § 2 des Bremischen Beamtenversorgungsgesetzes, die nach Anwendung von Ruhens-, Kürzungs- und Anrechnungsvorschriften verbleiben, sowie der Zahlbetrag der Renten aus der gesetzlichen Rentenversicherung des Ehegatten.

Nach der Vorgängerregelung (§ 4d Abs. 2 BremBVO a.F.) waren Aufwendungen für Unterkunft und Verpflegung einschließlich der Investitionskosten (nur) dann beihilfefähig, wenn sie einen bestimmten Eigenanteil überstiegen, der bei Beihilfeberechtigten mit berücksichtigungsfähigen Angehörigen 30% des Einkommens und bei Beihilfeberechtigten ohne Angehörige sowie bei gleichzeitiger vollstationärer Pflege des Beihilfeberechtigten

und aller berücksichtigungsfähigen Angehörigen 70% des Einkommens betrug. Zum Einkommen zählten danach die Dienst- und Versorgungsbezüge ohne den kinderbezogenen Anteil im Familienzuschlag, das Erwerbseinkommen sowie Renten aus der gesetzlichen Rentenversicherung und einer Alters- oder Hinterbliebenenversorgung des Beihilfeberechtigten und des Ehegatten. Für pflegebedingte Aufwendungen, die über die in § 43 Abs. 2 und 4 SGB XI geregelten Beträge hinausgingen, gab es keine gesetzliche Regelung.

Die Antragsteller haben am 06.11.2019 einen Normenkontrollantrag gestellt. Sie machen geltend, dass für den am 29.11.1938 geborenen Antragsteller zu 1., der nach 48 Dienstjahren am 30.06.2003 in den Ruhestand getreten sei und sich seit dem 25.06.2018 vollstationär im Pflegeheim befinde, die Beihilfeleistungen wegen der Änderung der Verordnung zum 1. Juli 2019 um monatlich 236 Euro geringer ausfielen. Hiervon sei auch die Antragstellerin zu 2. als Ehefrau des beihilfeberechtigten Antragstellers zu 1. unmittelbar betroffen. Die angegriffene Regelung sei schon ermessensfehlerhaft zustande gekommen, weil die Antragsgegnerin die Eignung der Regelung für den von ihr angestrebten Zweck, die Sicherstellung des amtsangemessenen Lebensunterhalts von Beamten, die sich in stationärer Pflege befinden, nicht geprüft habe. Die Antragsgegnerin sei aufgrund ihrer Fürsorgepflicht verpflichtet gewesen, Beihilfeberechtigte wie den Antragsteller zu 1., die sich bei der Änderung der Beihilfeverordnung schon in vollstationärer Pflege befanden, von der Änderung auszunehmen oder habe zumindest für diese eine langfristige Übergangsregelung schaffen müssen. Für solche Beamte sei eine Eigenvorsorge gegen Verschlechterung der Beihilferegelungen nicht mehr möglich. An der Neuregelung sei auch zu beanstanden, dass gemäß § 4j Abs. 3 BremBVO sämtliche Bruttobezüge zu berücksichtigen seien, während die gesetzlichen Zahlungspflichten wie Krankenkassenbeiträge für den Pflegebedürftigen und seinen Ehepartner sowie Steuern auf das Einkommen unberücksichtigt blieben. Den Antragstellern stünden nach Abzug der Aufwendungen für die Kranken- und Pflegeversicherung nur noch 1066,82 Euro zur Verfügung. Das sei nicht mehr amtsangemessen. Im Übrigen liege auch ein Verstoß gegen § 80 BremBG vor, indem die Antragsgegnerin auf die Pflegeheimkosten nur 887,50 Euro Beihilfe leiste, obwohl den Antragstellern ein Beihilfesatz von 70% zustehe. Weiterhin machen sie Ausführungen zur Ermächtigungsgrundlage und zur (Nicht-)Einhaltung des Zitiergebots.

Die Antragsteller beantragen,

Artikel 1 der Verordnung zur Änderung der Bremischen Beihilfeverordnung vom 21.05.2019, verkündet am 18.06.2019 (Brem.GBl. 2019, S. 444-506), insoweit für unwirksam zu erklären, als § 4j BremBVO die bisherige Beihilfe für vollstationäre Pflege gemäß § 4d Abs. 2 BremBVO a.F. ersetzt.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag abzuweisen.

Hintergrund der gesetzlichen Neuregelung sei die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in seinem Urteil vom 24.01.2012 (2 C 24/10) gewesen, wonach ein Versorgungsempfänger einen Anspruch auf Erhöhung des Beihilfebemessungssatzes für die Erstattung von Aufwendungen für seine stationäre Pflege habe, wenn ansonsten der amtsangemessene Lebensunterhalt nicht mehr sichergestellt sei und Eigenvorsorge durch Abschluss einer Versicherung nicht möglich oder zumutbar sei. Die Neuregelung gewährleiste, dass die amtsangemessene Alimentation der Beamten auch bei Pflegebedürftigkeit sichergestellt sei. Die in § 4j Abs. 2 BremBVO eingefügte Härtefallregelung stelle sicher, dass den Beamten und Versorgungsempfängern der zum Bestreiten des Lebensunterhalts notwendige Teil des Einkommens verbleibe. Das Bundesverwaltungsgericht stelle in seinem Urteil vom 24.01.2012 nicht auf das konkret innegehabte Amt ab, sondern es gehe ihm darum, dass der Beihilfeberechtigte in die Lage versetzt werde, aus den insgesamt gewährten Leistungen (Besoldung bzw. Versorgung zzgl. Beihilfe) die Kosten der Pflege zu bestreiten. Die Sicherstellung der amtsangemessenen Alimentation sei nicht vorrangig die Aufgabe des Beihilferechts. Selbst wenn man annähme, dass § 4j Abs. 2 BremBVO so ausgestaltet sei, dass der Beamte im Pflegefall unter Verstoß gegen das Gebot amtsangemessener Besoldung mit unzumutbaren Kosten belastet würde, wäre dies nicht durch Änderung dieser Vorschrift, sondern über eine Anpassung des Alimentationsniveaus durch Änderung des Besoldungsgesetzes zu lösen. Es sei auch rechtlich unbedenklich, dass der Mindestbehalt auf die Bruttobezüge bezogen werde, weil sich der Betrag des Mindestbehalts nach § 4j Abs. 2 BremBVO ebenfalls nach den Bruttobezügen der Stufe 8 der Besoldungsgruppe A 13 bemasse. Schließlich sei auch keine Übergangsregelung geboten für Beihilfeberechtigte, die sich bereits in einer stationären Einrichtung befänden. Es sei nicht ersichtlich, dass Beihilfeberechtigte in der Situation des Antragstellers zu 1. schutzwürdiges Vertrauen dahingehend genössen, dass sich die Rechtslage nach Einzug in eine Pflegeeinrichtung nicht ändern könne. Der Anspruch auf Beihilfe werde monatlich neu geprüft. Der Erlass von Übergangsvorschriften sei dem Verordnungsgeber angesichts der langen Zeiträume, in denen sich Pflegebedürftige in Pflegeeinrichtungen befänden, nicht zuzumuten. Selbst wenn die Regelung des § 4j Abs. 2 BremBVO dem Fürsorgegedanken nicht hinreichend Rechnung tragen sollte, bedürfte es keiner Feststellung des Gerichts, dass die Norm gegen höherrangiges Recht verstöße, denn in besonders gelagerten Fällen bestehe die Möglichkeit, einen Anspruch auf Beihilfe unmittelbar aus der Fürsorgepflicht des Dienstherrn abzuleiten, wenn dem Beamten – auch unter Berücksichtigung des pauschalierenden und typisierenden Charakters der Beihilferegelungen – nicht mehr zumutbare Belastungen abverlangt werden und die Fürsorgepflicht ansonsten in ihrem Kernbereich verletzt würde.

Ein von den Antragstellern vor dem OVG Bremen durchgeführtes Verfahren auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes (2 B 292/19) ist ohne Erfolg geblieben.

## **Entscheidungsgründe**

Die Entscheidung kann nach § 101 Abs. 2 VwGO ohne (erneute) mündliche Verhandlung ergehen, da die Beteiligten im Termin vom 4.11.2020 sich mit einer Entscheidung ohne weitere mündliche Verhandlung einverstanden erklärt haben.

Der Normenkontrollantrag hat in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg.

A. Der Antrag des Antragstellers zu 1. ist zulässig und begründet.

I. Der Antragsteller zu 1. ist als gemäß § 80 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BremBG beihilfeberechtigter Versorgungsempfänger nach § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO antragsbefugt. Für ihn ist dargelegt, dass er aufgrund der Änderung der angegriffenen Beihilfevorschrift geringere Leistungen erhält als nach der Vorgängerregelung. Dies genügt für die Geltendmachung einer Rechtsverletzung. Ihm steht auch ein Rechtsschutzbedürfnis zu, unabhängig davon, ob er die aufgrund der Neuregelung bisher ergangenen Beihilfebescheide angegriffenen hat, da sich die Neuregelung jedenfalls (auch) auf seine Beihilfeansprüche in der Zukunft auswirkt.

II. Der Normenkontrollantrag ist auch begründet. Nach § 47 Abs. 5 Satz 2 VwGO erklärt das Oberverwaltungsgericht die angegriffene Norm für unwirksam, wenn es zu der Überzeugung kommt, dass diese ungültig ist.

Die angegriffene Regelung ist objektiv mit einem für ihre Gültigkeit bedeutsamen Mangel behaftet. Im Hinblick auf den Umfang der Überprüfung der angegriffenen Regelung hat das Oberverwaltungsgericht den gestellten Antrag grundsätzlich zum Ausgang seiner gerichtlichen Prüfung zu nehmen. Allerdings ist das Gericht, wenn es auf der Grundlage eines zulässigen Antrages in eine materielle Prüfung der Gültigkeit der angegriffenen Vorschrift eingetreten ist, nicht auf die Fragen beschränkt, die den Antragsteller individuell betreffen (BVerwG, Beschluss vom 20.08.1991 – 4 NB 3/91 –, Rn. 24ff, juris). Es besteht auch – abweichend von § 88 VwGO – keine strikte Bindung an das Klagebegehren des Antragstellers.

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage ist hier mangels gesetzlich geregelter Ausnahmen, wie etwa § 214 Abs. 3 BauGB, der Zeitpunkt der Entscheidung durch das Normenkontrollgericht (HK-VerwR/Peter Unruh, 4. Aufl. 2016 VwGO § 47

Rn. 110 mwN.). Dies gilt auch angesichts des Umstandes, dass für die Prüfung eines einzelnen beihilferechtlichen Anspruchs grundsätzlich die Sach- und Rechtslage maßgeblich wäre, die im Zeitpunkt des Entstehens der Aufwendungen, für die Beihilfe begehrt wird, galt (vgl. BVerwG, Urteil vom 26.03.2015 – 5 C 9/14 –, BVerwGE 151, 386-400, Rn. 8).

1. Verfahrensfehler beim Zustandekommen der Verordnung, die zu deren Unwirksamkeit führen würden, sind nicht feststellbar.

Zu den von den Antragstellern vorgebrachten Rügen hinsichtlich der Förmlichkeiten bei dem Erlass und der Verkündung der Änderungsverordnung und der Nennung der zutreffenden Ermächtigungsgrundlage hat der Senat in seinem Beschluss vom 11.05.2020 im Verfahren 2 B 292/19 folgendes ausgeführt:

„Dass die streitgegenständliche Verordnung im Bremischen Gesetzblatt Nr. 80 zunächst mit derselben Anfangsseitenzahl (442) wie die bereits am 7.6.2019 im Bremischen Gesetzblatt Nr. 79 verkündete „Jagdzeitenverordnung in Bremen“ verkündet wurde, führt nicht zur Unwirksamkeit der Verkündung, da dieser Fehler durch eine am 19.6.2019 im Bremischen Gesetzblatt Nr. 82 (S. 508) verkündete Berichtigung korrigiert wurde. Die im 21.5.2019 erlassene Verordnung beruht auch auf einer wirksamen Ermächtigungsgrundlage. Die Verordnung stützt sich auf die Ermächtigung in „§ 80 Abs. des Bremischen Beamten gesetzes vom 22. Dezember 2009 (Brem.GBl. 2010 S. 17), das zuletzt durch Gesetz vom 5. März 2019 (Brem.GBl. S. 71) geändert worden ist“. Nach § 80 Abs. 4 des Bremischen Beamten gesetzes (in dieser bis zum 31.5.2019 geltenden Fassung) regelt der Senat durch Rechtsverordnung das Nähere über die Gewährung von Beihilfe in Krankheits-, Pflege und Geburtsfällen, insbesondere die Abgrenzung des anspruchsberechtigten Personenkreises, die Voraussetzungen und deren Höhe, die Höchstbeträge und das Verfahren für die Gewährung von Beihilfen sowie den völligen oder teilweisen Ausschluss von Behandlungsmethoden, Arznei-, Heil- und Hilfsmitteln. Die Ermächtigungsgrundlage bestand auch zum Zeitpunkt der Verkündung und des Inkrafttretens der angegriffenen Verordnung fort. Daran ändert nichts, dass durch Artikel 2 Nr. 3 des 19. Gesetzes zur Änderung dienstrechtlicher Vorschriften vom 14. Mai 2019 (Brem.GBl. S. 331), gemäß Artikel 5 des Gesetzes am 1.6.2019 in Kraft getreten, § 80 des Bremischen Beamten gesetzes u.a. dahingehend geändert wurde, dass der bisherige Absatz 4 – inhaltlich unverändert – zu Absatz 6 wurde. Die Verordnung ist auch nicht wegen eines Verstoßes gegen das in Artikel 80 Abs. 1 Satz 3 GG verankerte Zitiergebot offensichtlich unwirksam, weil sich im Zeitpunkt ihrer Verkündung im Bremischen Gesetzblatt am 18.6.2019 die Ermächtigungsgrundlage in § 80 Abs. 6 BremBG und nicht – wie in der Verordnung benannt – in § 80 Abs. 4 BremBG befand. Die Bremische Landesverfassung kennt keine Regelung, die Artikel 80 Abs. 1 Satz 3 GG entspricht. Ob das Gebot, die Rechtsgrundlage in der Verordnung anzugeben, überhaupt für Verordnungen aufgrund landesrechtlicher Ermächtigungsgrundlagen Anwendung findet, ist umstritten (vgl. zum Streitstand BVerwG, Beschl. v. 17.3.2015 – 4 BN 29.14, BeckRS 2015, 43892, beck-online). In der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts wird dies verneint (BVerwG, Urt. v. 15.12.2016 – 2 C 31/15 –, BVerwGE 157, 54-72, Rn. 30). Im Übrigen läge vorliegend auch kein offensichtlicher Verstoß gegen dieses Gebot vor. Das Zitiergebot verlangt, dass nicht nur das ermächtigende Gesetz als solches, sondern die ermächtigende Einzelvorschrift aus diesem Gesetz in der Verordnung genannt wird. Es soll zum einen der Exekutive durch Angabe ihrer Ermächtigungsgrundlage ermöglichen, sich selbst des ihr aufgegebenen Normsetzungsprogramms zu vergewissern und sich auf dieses zu beschränken. Das Zitiergebot soll zum anderen dem Normadressaten die Prüfung ermöglichen, ob der Verordnungsgeber die Grenzen seiner Rechtsetzungsmacht gewahrt hat (BVerwG,

Urt. v. 20.03.2003 – 3 C 10/02 –, BVerwGE 118, 70-79, Rn. 17 unter Verweis auf BVerfG, Urt. v. 06.07.1999 – 2 BvF 3/90 –, BVerfGE 101, 1-45, Rn. 152ff). Ob allerdings außer dem konkreten Ermächtigungsparagraphen auch eine nähere Bezeichnung des einschlägigen Absatzes und Satzes der Norm erforderlich ist, erscheint zweifelhaft. Der Wortlaut des Artikel 80 Abs. 1 S. 3 GG enthält dazu keine Aussage. Angesichts der genannten Funktionen des Zitiergebots erscheint es ausreichend, dass keine Zweifel bestehen, welche Ermächtigungsgrundlage gemeint ist (Maunz/Dürig/Remmert, 89. EL Oktober 2019, GG Art. 80 Rn. 125). Ändert sich – wie hier – die Fundstelle der gesetzlichen Verordnungsermächtigung im Zeitraum zwischen dem Beschluss des Verordnungsgebers über die Verordnung und deren Verkündung, wird dadurch das an den Verordnungsgeber gerichtete Gebot der Selbstvergewisserung nicht berührt. Lediglich die Überprüfungsmöglichkeit durch den Normadressaten wird erschwert. Dies ist vorliegend jedoch tragbar, da § 80 BremBG außer der inzwischen in Absatz 6 befindlichen Regelung keine anderweitige Verordnungsermächtigung enthält und daher bei vollständiger Lektüre der Vorschrift und Kenntnis der Entstehungsgeschichte der Norm keine Zweifel auftreten können, auf welche Ermächtigungsgrundlage sich die Verordnung stützt.“

Hieran wird festgehalten.

Über die angegriffene Verordnung, deren Ausfertigung und deren Verkündung im Gesetzblatt der Freien Hansestadt Bremen, liegt auch ein wirksamer Beschluss des hierzu berufenen Senats der Freien Hansestadt Bremen vom 21.05.2019 vor.

2. Die angegriffene Regelung bewegt sich innerhalb der durch die Verordnungsermächtigung dem Senat eingeräumten Regelungsbefugnis. Ermächtigungsgrundlage für die angegriffene beihilferechtliche Vorschrift ist § 80 Abs. 4 BremBG in der bis zum 31.05.2019 geltenden Fassung bzw. der inhaltsgleiche § 80 Abs. 6 des Bremischen Beamten gesetzes in der Fassung des Gesetzes vom 14. Mai 2019 (Brem.GBl. S. 331). Danach regelt der Senat durch Rechtsverordnung das Nähere (über die Beihilfegewährung), insbesondere die Abgrenzung des anspruchsberechtigten Personenkreises, die Voraussetzungen und deren Höhe, die Höchstbeträge und das Verfahren für die Gewährung von Beihilfen sowie den völligen oder teilweisen Ausschluss von Behandlungsmethoden, Arznei-, Heil- und Hilfsmitteln. Die Regelung gilt im Rahmen des § 80 Abs. 3 BremBG, wonach Beihilfe als Ergänzung der aus den laufenden Bezügen zu bestreitenden Eigenvorsorge gewährt wird.

Dass inzwischen die Ermächtigungsgrundlage zum Erlass der Bremischen Beihilfeverordnung in § 80 Abs. 9 BremBG verschoben und inhaltlich ausdifferenziert wurde, ist ohne Belang, denn ein nachträgliches Erlöschen oder eine nachträgliche Änderung der Ermächtigung lässt den Bestand der auf ihr beruhenden Rechtsverordnungen grundsätzlich unberührt (Sachs/Mann, 8. Aufl. 2018, GG Art. 80 Rn. 7 mwN.).

3. Die angegriffene Regelung verstößt jedoch gegen die in Art. 33 Abs. 5 GG verankerte beamtenrechtliche Fürsorgepflicht. Die Fürsorgepflicht ergänzt die ebenfalls durch Art. 33 Abs. 5 GG gewährleistete Alimentationspflicht des Dienstherrn. Danach muss der Dienstherr Vorkehrungen dafür treffen, dass der amtsangemessene Lebensunterhalt des Beamten und seiner Familienangehörigen bei Eintritt besonderer finanzieller Belastungen durch Krankheits-, Geburts- oder Todesfälle nicht gefährdet wird. Ob er dieser Pflicht über eine entsprechende Bemessung der Dienstbezüge, über Sachleistungen, Zuschüsse oder in sonst geeigneter Weise Genüge tut, bleibt von Verfassung wegen seiner Entscheidung überlassen. Entscheidet sich der Dienstherr, seiner Fürsorgepflicht durch die Eigenvorsorge des Beamten ergänzende Beihilfen nachzukommen, so muss er sicherstellen, dass der Beamte nicht mit erheblichen Aufwendungen belastet bleibt, die er auch über eine ihm zumutbare Eigenvorsorge nicht absichern kann. Der Dienstherr darf somit die Beihilfe - da er sie als eine die Eigenvorsorge ergänzende Leistung konzipiert hat - nicht ohne Rücksicht auf die vorhandenen Versicherungsmöglichkeiten ausgestalten. (BVerfG, Beschluss vom 27.09.2011 – 2 BvR 86/11 –, Rn. 10, juris, und BVerfG, Beschluss vom 07.11.2002 – 2 BvR 1053/98 –, BVerfGE 106, 225-244, Rn. 29; vgl. auch BVerwG, Urteil vom 24.01.2012 – 2 C 24/10 –, Rn. 15, juris).

Das Alimentationsprinzip verpflichtet den Dienstherrn, Richter und Beamte sowie ihre Familien lebenslang angemessen zu alimentieren und ihnen nach ihrem Dienstrang, nach der mit ihrem Amt verbundenen Verantwortung und nach der Bedeutung der rechtsprechenden Gewalt und des Berufsbeamtentums für die Allgemeinheit entsprechend der Entwicklung der allgemeinen wirtschaftlichen und finanziellen Verhältnisse und des allgemeinen Lebensstandards einen angemessenen Lebensunterhalt zu gewähren (BVerfG, Beschluss vom 04.05.2020 – 2 BvL 6/17 –, Rn. 26, juris). Dabei ist die "amts"angemessene Besoldung eine notwendigerweise abgestufte Besoldung. Aus dem Leistungsgrundsatz in Art. 33 Abs. 2 GG und dem Alimentationsprinzip in Art. 33 Abs. 5 GG folgt ein Abstandsgebot, das dem Gesetzgeber ungeachtet seines weiten Gestaltungsspielraums untersagt, den Abstand zwischen verschiedenen Besoldungsgruppen dauerhaft einzuebnen. Jedem Amt ist eine Wertigkeit immanent, die sich in der Besoldungshöhe widerspiegeln muss. Die Wertigkeit wird insbesondere durch die Verantwortung des Amtes und die Inanspruchnahme des Amtsinhabers bestimmt (BVerfG, Beschluss vom 23.05.2017 – 2 BvR 883/14 –, BVerfGE 145, 304-346, Rn. 75). Aus der Verpflichtung zur „amts“angemessenen Besoldung ergibt sich zuletzt auch ein Mindestabstandsgebot als einem eigenständigen, aus dem Alimentationsprinzip abgeleiteten Grundsatz. Es besagt, dass bei der Bemessung der Besoldung der qualitative Unterschied zwischen der Grundsicherung, die als staatliche Sozialleistung den Lebensunterhalt von Arbeitsuchenden und ihren Familien sicherstellt, und dem Unterhalt, der erwerbstätigen Beamten und Richtern geschuldet ist, hinreichend deutlich werden

muss. Dieser Mindestabstand wird unterschritten, wenn die Nettoalimentation (unter Berücksichtigung der familienbezogenen Bezügebestandteile und des Kindergelds) um weniger als 15 % über dem Grundsicherungsniveau liegt (BVerfG, Beschluss vom 04.05.2020 – 2 BvL 4/18 –, Rn. 47, juris).

Hieraus folgt, dass auch im Zusammenspiel von Dienstbezügen, Sachleistungen und Zu- schüssen in besonderen Notlagen die Abstände zum Sozialhilfeniveau und zwischen den einzelnen Besoldungsgruppen nicht völlig eingeebnet werden dürfen. Insbesondere für den nichtpflegebedürftigen Beamten darf der Eintritt der stationären Pflegebedürftigkeit des Angehörigen nicht dazu führen, dass seine Lebensführung – amtsunabhängig – auf Sozialhilfeniveau beschränkt wird.

Die Bremischen Beihilfevorschriften differenzieren bei der Beihilfegewährung für Aufwendungen bei notwendiger stationärer Unterbringung infolge von Pflegebedürftigkeit zwischen (Regel-)Leistungen, die dem Gegenstand nach auf Pflegeleistungen und der Höhe nach auf die vom Pflegegrad abhängigen Höchstbeträge nach § 43 Abs. 2 und 4 SGB XI beschränkt sind (§ 4j Abs. 1 BremBVO), und zusätzlichen auf besonderen Antrag zu erbringenden Leistungen (§ 4j Abs. 2 BremBVO).

Soweit die tatsächlichen Möglichkeiten für eine Eigenvorsorge gegeben sind, genügen diese Regelungen den Anforderungen des Art. 33 Abs. 5 GG. Im Hinblick auf die Beihilfegewährung für Pflegeleistungen bei stationärer Unterbringung entspricht es der inzwischen gefestigten Rechtsprechung, dass sich aus dem Fürsorgegrundsatz nur dann ein Anspruch auf die seit dem Eintritt der Pflegebedürftigkeit anfallenden ungedeckten Pflegekosten ergeben kann, wenn der Betroffene nicht darauf verwiesen werden kann, er habe für diesen Fall Eigenvorsorge betreiben müssen (BVerwG, Urteile vom 26.04.2018 – 5 C 4/17 - Rn. 16, juris, und vom 24.01.2012 – 2 C 24/10 –, Rn. 19, juris).

Da das Beihilferecht der Antragsgegnerin auf den Leistungskatalog des SGB XI verweist, mussten sich auch Beamte und Versorgungsempfänger darauf einstellen, dass die Pflegepflichtversicherung nur eine Basisversicherung darstellt und ihnen aufgrund der geänderten Beihilfevorschriften bei stationärer Pflege ungedeckte Pflegekosten in hohem Umfang entstehen können (vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 26.01.2017 - OVG 4 B 6.16 - juris Rn. 36). Es lag daher nahe, eine private Zusatzvorsorge für potenzielle künftige Pflegeleistungen in Form einer ergänzenden Pflegezusatzversicherung zu treffen (OGV NW, Urteil vom 26.11.2009 - 1 A 1524/08 - juris Rn. 101; Nitze, HBeihVO, Kommentar, 27. Lieferung, Stand: März 2011, Erl. § 9 C, Anm. 2c, wonach sich der Abschluss einer solchen

Pflegezusatzversicherung angesichts der oft auch nicht annähernd erreichten Kostendeckung empfehle). Mit der Durchführung der zweiten Stufe des Gesetzes zur sozialen Absicherung des Risikos der Pflegebedürftigkeit (Pflege-Versicherungsgesetz - PflegeVG) vom 26. Mai 1994 (BGBl. I S. 1014), mit der gemäß Art. 69 Abs. 1 Satz 1 PflegeVG die Regelung in § 43 SGB XI über die vollstationäre Pflege zum 1. Juli 1996 in Kraft gesetzt wurde, durften Beamte - auch vor dem Hintergrund der seit Mitte der 1970er Jahre geführten öffentlichen Diskussion über die Lösung der Pflegeproblematik - nicht mehr darauf vertrauen, dass der Dienstherr im Rahmen seiner Fürsorgepflicht wie bisher Beihilfen zu Pflegeaufwendungen bei vollstationärer Pflege leisten würde, die über die pauschalen Leistungsbezüge des Elften Buches Sozialgesetzbuch hinausgehen. Will der Beamte nicht das Risiko tragen, im Fall der Pflegebedürftigkeit mit Kosten belastet zu werden, die aus der laufenden Alimentation und ergänzenden Beihilfe nicht bestritten werden können, gebietet es der Gedanke ausreichender Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten, Eigenvorsorge in Form einer Pflegezusatzversicherung zu betreiben (BVerwG, Urteil vom 26.04.2018 – 5 C 4/17 – Rn. 14, juris). Ab Inkrafttreten der zweiten Stufe des Pflege-Versicherungsgesetzes (1. Juli 1996) waren Beamte und Versorgungsempfänger daher gehalten, im Rahmen der zumutbaren Eigenvorsorge eine seit Mitte der 1990er Jahre auf dem Markt angebotene Pflegezusatzversicherung abzuschließen, wenn sie nicht das Risiko tragen wollten, im Fall der Pflegebedürftigkeit mit Kosten belastet zu werden, die von der Pflegepflichtversicherung nicht gedeckt sind und auch aus der laufenden Alimentation und ergänzenden Beihilfen nicht bestritten werden können. Mit der mittlerweile durch das Pflege-Neuausrichtungsgesetz vom 23. Oktober 2012 (BGBl. I S. 224) eingeführten staatlichen Förderung der privaten Pflegevorsorge durch eine Pflegevorsorgezulage in Höhe von 5 € monatlich (im Fall eines eigenen Beitrages von mindestens 10 € monatlich) soll ein Anreiz für eine zusätzliche Pflegeversicherung zur Pflichtpflegeversicherung geschaffen werden (§§ 126 ff. SGB XI). Zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der zweiten Stufe des Pflegeversicherungsgesetzes am 1. Juli 1996 konnten Personen, die das 60. Lebensjahr noch nicht vollendet hatten, im Regelfall zumutbar eine Pflegezusatzversicherung abschließen (im Einzelnen Hess VGH, Urteil vom 22.11.2019 – 1 A 1271/16 – Rn. 77ff, juris; zum gleichen Ergebnis kommt auch das VG Bremen mit Urteil vom 20.04.2018 – 2 K 2411/15 – Rn. 34ff, juris, aufgrund der von ihm durchgeführten Beweisaufnahme). Das Ganze gilt mit der Maßgabe, dass im jeweiligen Einzelfall die Eigenvorsorge nur dann finanziell zumutbar ist, wenn die dem Beamten gewährte Regelalimentation betragsmäßig so bemessen ist, dass der amtsangemessene Lebensunterhalt des Beamten und seiner Familie auch nach Abzug der Kosten für die Eigenvorsorge (Versicherungsprämien) gewahrt bleibt (BVerwG, Urteil vom 26.04.2018 – 5 C 4/17 –, Rn. 17, juris).

Im Umkehrschluss können auf eine Eigenvorsorge für Aufwendungen bei notwendiger stationärer Unterbringung in Folge von Pflegebedürftigkeit, die die Grenzen des § 4j Abs. 1 BremBVO übersteigen, solche Beamte nicht verwiesen werden, die entweder wegen ihres Alters keinen Zugang zu einer Pflegezusatzversicherung haben oder hatten oder die wegen nicht amtsangemessener Alimentation die hierfür erforderlichen Versicherungsprämien nicht aufbringen konnten. Im Hinblick auf das Alter betrifft dies diejenigen Beamten, die am 1. Juli 1996 bereits das 60. Lebensjahr, also am 1. Juli 2019 das 83. Lebensjahr vollendet hatten.

Bezüglich der Beamten und Versorgungsempfänger, die nicht darauf verwiesen werden können, dass sie für den Fall der stationären Unterbringung in einem Pflegeheim hätten Eigenvorsorge betreiben müssen, müssen die Beihilferegelungen sicherstellen, dass die Regelalimentation nach Abzug der pflegebedingten Aufwendungen noch ausreicht, um den amtsangemessenen Lebensunterhalt zu bestreiten (vgl. BVerwG, Urt. v. 24.01.2012 – 2 C 24/10, juris Rn. 19). Die Regelungen in § 4j Abs. 2 BremBVO reichen nicht aus, um dies zu gewährleisten.

Diese Regelungen, die die wirtschaftliche Gesamtsituation des Beihilfeberechtigten und seiner Familie und deren Bedarf für den Lebensunterhalt in den Blick nehmen, werden beiden Abstandsgeboten, die in der Rechtsprechung zum amtsangemessenen Lebensunterhalt entwickelt wurden, nicht gerecht. Der bei Anwendung dieser Regelungen dem Beihilfeberechtigten und seiner Familie verbleibende Mindestbetrag gewährleistet weder den erforderlichen Abstand von 15% zum Sozialhilfeneiveau (a), noch einen hinreichenden Abstand zwischen den unterschiedlichen Besoldungsgruppen (b).

a) Es wird festgelegt, dass der Beihilfeberechtigte die Aufwendungen, die die Höchstbeträge nach § 4j Abs. 1 Satz 2 BremBVO übersteigen, grundsätzlich selbst zu tragen hat, es sei denn, dass ihm von seinen Einnahmen weniger als der vom Verordnungsgeber vorgesehene Betrag verbliebe. Der bremische Verordnungsgeber lässt sich dabei – wie auch der Bundesverordnungsgeber bei § 39 BBhV – von der Vorstellung leiten, dass den Beihilfeberechtigten, der stationärer Pflege bedarf, im Grundsatz nur noch untergeordnete anderweitige Zahlungsverpflichtungen treffen, die er mit dem ihm zu belassenden „Selbstbehalt“ zu bestreiten hat. In den Fällen der dauernden Anstaltsunterbringung wird die Tatsache berücksichtigt, dass ein dauernd zur Pflege untergebrachter Kranke in der Regel keinen privaten Hausstand neben seinem Anstaltsaufenthalt fortführt. Die Einsparungen durch den fehlenden Hausstand werden pauschal nach einem Vomhundertsatz der für die

Lebensführung zur Verfügung stehenden laufenden Versorgungsbezüge und Renten bemessen (vgl. Plog/Wiedow, BBG, Kommentar, Stand: Juli 2018, Anhang VI/2, BBhV, § 39, Rn. 22).

Dem alleinstehenden beihilfeberechtigten Pflegebedürftigen verbleiben derzeit als Minimum

1. nach § 4j Abs. 2 Satz 1 Nr. 1  $(4829,79 * 0,08 =) 386,38$  Euro
2. nach § 4j Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 – bei Zugrundelegung des Endgrundgehalts der niedrigsten im bremischen Besoldungsgesetz mit einem Amt belegten Besoldungsgruppe A 4-  $(2607,85 * 0,03 =) 78,23$  Euro

zusammen 464,61 Euro.

Davon müssen mindestens eine angemessene Kranken-(aa) und Pflegeversicherung (bb) und der angemessene sozialhilferechtliche Barbetrag bei stationärer Unterbringung (cc) bestritten werden.

aa) Der zur Ergänzung der Beihilfeleistungen erforderliche Basistarif nach § 152 VVG bzw. der Höchstbeitrag für den Basistarif in der GKV beträgt (<https://de.wikipedia.org/wiki/Basistarif>)

ab	Höchstbeitrag	50%	40% (§ 80 Abs. 4 BremBG)
01.01.2018	646,05 €	323,03 €	258,42 €
01.01.2019	662,48 €	331,24 €	264,99 €
01.01.2020	735,94 €	367,97 €	294,37 €

bb) Beitrag zur Pflegeversicherung

Der Mindestaufwand für eine beihilfekonforme private Pflegeversicherung nach § 23 Abs. 3 SGB XI lässt sich nicht ohne weiteres berechnen. Als Orientierungswert wird hier der halbe Beitrag der gesetzlichen Pflegeversicherung angesetzt. Dieser beträgt im Jahr 2020 3,3%/2 des Einkommens. Bei einem Versorgungsempfänger, der den Höchstsatz von 71,75% seines letzten Endgrundgehalts aus A 4 bezieht, wären dies 30,87 Euro.

cc) Höhe des sozialhilferechtlichen Barbetrag bei stationärer Unterbringung.

Die Höhe des Barbetrag ist in § 27b SGB XII geregelt. Danach erhalten Leistungsbe rechtigte, die das 18. Lebensjahr vollendet haben, einen Barbetrag in Höhe von mindes-

tens 27 vom Hundert der Regelbedarfsstufe 1 nach der Anlage zu § 28 SGB XII. Das Gesetz gibt nur einen Mindestbetrag vor. Dieser liegt seit Januar 2020 bei 116,64 € (entspricht 27 % des Eckregelsatzes von 432 €).

Die Summe aus Kranken- und Pflegeversicherung sowie dem sozialhilferechtlichen Barbetrag beträgt: 294,37 Euro + 30,87 Euro + 116,64 Euro = 441,88 Euro. Der nach diesem Rechenbeispiel ermittelte Mindestbetrag nach § 4j Abs. 2 Satz 1 BremBVO von 464,61 Euro übersteigt diesen Betrag um 22,73 Euro. Diese Differenz zum sozialhilferechtlichen Bedarf von lediglich ca. 5,14% genügt damit nicht dem Mindestabstand von 15%.

b) Der Mindestbetrag für die nicht pflegebedürftige Person nach § 4j Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BremBVO hat zusammen mit dem Betrag für die pflegebedürftige Person nach § 4j Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und dem Betrag nach § 4j Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 BremBVO nach den Maßstäben des Bundesverfassungsgerichts für die bei der Bestimmung der Mindestalimentation heranzuziehenden Kriterien (BVerfG, Beschluss vom 04.05.2020 – 2 BvL 4/18 –, Rn. 50, juris) die Summe aus sozialhilferechtlichem Regelbedarf, angemessenen Kosten für Unterkunft und Heizung (die je nach Wohnort sehr unterschiedlich sein können), geldwerten Vergünstigungen, die Grundsicherungsempfänger erhalten würden, Steuern, sowie den notwendigen beihilfeangepassten Kranken- und Pflegeversicherungsbeiträgen zu überschreiten. Dieser Aufwand dürfte nach überschlägiger Berechnung aufgebracht werden können. Zwar dürfte damit das vom Verordnungsgeber in der Begründung genannte Ziel, eine Regelung zum verbleibenden „Existenzminimum“ bei dauernder Pflegebedürftigkeit in die Verordnung aufzunehmen, erreicht sein. Die Anforderungen an die Amtsangemessenheit des dem Beamten und seinem Angehörigen verbleibenden Lebensunterhalts werden allerdings verfehlt, denn die Regelung verstößt gegen das Abstandsgebot. Dies ergibt sich aus folgenden exemplarischen Rechenbeispielen (die Kinder nicht berücksichtigen und denen die Besoldungstabelle für das Jahr 2020 zugrunde liegt):

Besoldungsgruppe	A 4	A 9	A 13	B 2
Endgrundgehalt in Euro	2607,85	3514,88	5331,56	7715,84
Erhöhung gegenüber A4 in Prozent	0	34,78%	104,67%	195,86%
Verbleibender Betrag nach § 4j Abs. 2 in Euro	1913,54	1940,75	1995,25	2066,78
Erhöhung gegenüber A4 in Euro	0	27,21	81,71	153,24

Erhöhung gegenüber A4 in %	0	1,4%	4,3%	8,0%
----------------------------	---	------	------	------

Zwar ist es nach Auffassung des Senats nicht geboten, bei der Festlegung der Mindestbeträge, die den Beihilfeberechtigten, die nicht auf Eigenvorsorge verwiesen werden können, nach Abzug der pflegebedingten Aufwendungen verbleiben sollen, die Staffelung in den Besoldungsordnungen in den gleichen %-Schritten nachzuzeichnen. Die nach der vom Verordnungsgeber gewählten Regelung verbleibenden Unterschiede zwischen den Angehörigen der unterschiedlichen Besoldungsgruppen sind jedoch derart marginal, dass sie amtstypische und -angemessene Unterschiede in der Lebensführung nicht mehr ermöglichen. Auch die Begründung der quasi inhaltsgleichen Regelung in § 39 BBV zeigt, dass der Verordnungsgeber bei der Berechnung der Mindestbeträge einen Ansatz gewählt hat, der nicht dem Auftrag aus dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 24.01.2012 – 2 C 24/10, juris Rn. 19, entspricht, dem Beihilfeberechtigten und seiner Familie einen zum amtsangemessenen Lebensunterhalt ausreichenden Eigenbehalt zu belassen. Der Verordnungsgeber hat vielmehr ausgeführt, die Neuregelung vermeide, dass pflegebedürftige Beihilfeberechtigte in unteren Besoldungsgruppen in eine wirtschaftliche Notlage geraten (so die amtliche Begründung zu § 39 Abs. 2 BBhV, zit. nach Schröder/ Beckmann/ Weber, Beihilfevorschriften des Bundes und der Länder, § 39 BBhV Rn. 15). Der Betrag nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 soll durch eine „moderate soziale Abstufung“ der unterschiedlichen Alimentation Rechnung tragen (Schröder/ Beckmann/ Weber, aaO.). Auch in der einschlägigen bremischen Senatsvorlage heißt es zu § 4j Abs. 2 BremBVO, die Vorschrift solle das „verbleibende Existenzminimum bei dauernder Pflegebedürftigkeit“ regeln. Der Schutz unterer Besoldungsgruppen vor wirtschaftlicher Not, die Regelung eines Existenzminimums sowie eine „moderate soziale Abstufung“ sind aber bereits im grundlegenden Ansatz etwas Anderes als die Sicherung eines amtsangemessenen, d.h. nach der Wertigkeit der Ämter abgestuften Lebensunterhalts. Die Beträge nach Abs. 2 Nr. 1 bis 3, die u.a. die allgemeinen Lebensunterhaltungskosten sowie die Wohnung des nicht pflegebedürftigen Beamten, Versorgungsempfängers oder Angehörigen decken sollen (Schröder/ Beckmann/ Weber, aaO.), differenzieren nicht nach der Wertigkeit des Amtes des Beihilfeberechtigten.

Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin lässt § 4j Abs. 2 BremBVO keinen Raum dafür, in besonders gelagerten Fällen einen ergänzenden Anspruch auf Beihilfe unmittelbar aus der Fürsorgepflicht des Dienstherrn abzuleiten. Zwar kommt eine solche Lösung grundsätzlich in Betracht, wenn eine beihilferechtliche Regelung die Fürsorgepflicht des Dienstherrn gegenüber der großen Mehrzahl der Beamten erfüllt und lediglich in einzelnen Härtefällen zu untragbaren Ergebnissen führt (vgl. BVerwG, Urt. v. 26.03.2015 – 5 C 9/14, juris Rn. 34; Beschl. v. 23.08.2010 – 2 B 13/10, juris Rn. 16; VG Bremen, Urt. v. 20.04.2018

– 2 K 2411/15, juris Rn. 29). Vorliegend könnte bereits fraglich sein, ob die Fallgruppe der Beamten, denen zumutbare Eigenvorsorge für den Pflegefall nicht möglich war und denen nach Abzug der pflegebedingten Aufwendungen nur der Mindestbetrag nach § 4j Abs. 2 BremBVO zum Lebensunterhalt verbleibt, nur „einzelne Härtefälle“ umfasst. Dies kann aber dahinstehen. Denn jedenfalls der in der Entstehungsgeschichte von § 4j Abs. 2 BremBVO zum Ausdruck gekommene Wille des Verordnungsgebers steht der Annahme entgegen, neben dieser Vorschrift verbleibe in den vorgenannten Fällen Raum für ein unmittelbares Zurückgreifen auf die Fürsorgepflicht. Denn der bremische Verordnungsgeber wollte ausweislich der Senatsvorlage mit § 4j Abs. 2 BremBVO – wie auch der Bundesverordnungsgeber mit § 39 Abs. 2 BBhV (vgl. dazu Schröder/ Beckmann/ Weber, aaO., § 39 BBhV Rn. 14) – gerade dem Auftrag aus dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 24.01.2012 – 12 C 24/10 zur Regelung dieser Fallgruppe nachkommen.

Die Antragsgegnerin kann nicht mit dem Argument durchdringen, die Sicherstellung der Amtsangemessenheit der Alimentation sei nicht Aufgabe des Beihilferechts, sondern gegebenenfalls durch eine Änderung des Besoldungsgesetzes zu gewährleisten. Zwar ist es im Grundsatz richtig, dass ein Absinken der Alimentation unter das verfassungsrechtlich gebotene Niveau nicht zur Unwirksamkeit einzelner beihilferechtlicher Regelungen führt, sondern durch Klage auf Feststellung der Verfassungswidrigkeit der Nettobesoldung geltend zu machen ist (vgl. BVerwG, Urt. v. 20.03.2008 – 2 C 49/09, juris Rn. 24, 29). Vorliegend erklärt der Senat § 4j BremBVO aber nicht deshalb für unwirksam, weil die Besoldung oder Versorgung nach dem BremBesG bzw. dem BremBeamVG zu niedrig oder nicht amtsangemessen gestuft sind, sondern weil der Mindestbehalt nach § 4j Abs. 2 BremBVO zu niedrig und nicht amtsangemessen gestuft ist. Zwischen beidem besteht kein unmittelbarer Zusammenhang. Die Besoldung oder Versorgung kann in Höhe und Stufung verfassungskonform und der Mindestbetrag nach § 4j Abs. 2 BremBVO dennoch verfassungswidrig sein, wenn letzterer auf einen zu geringen Prozentsatz der Besoldungs- bzw. Versorgungsbezüge festgesetzt ist oder seine Berechnung sich nicht ausreichend an der Stufung der Besoldung und Versorgung orientiert. Umgekehrt kann die Besoldung oder Versorgung als solche verfassungswidrig und der nach Abzug pflegebedingter Aufwendungen verbleibende Mindestbetrag dennoch verfassungskonform sein, wenn letzterer einen vergleichsweise hohen Prozentsatz der Besoldung oder Versorgung ausmacht und durch seine Berechnungsweise ausreichend gestuft ist.

Das Oberverwaltungsgericht hat sich darauf zu beschränken, die angegriffene Rechtsvorschrift nach § 47 Abs. 5 Satz 2 VwGO für unwirksam zu erklären. Andere Entscheidungsmöglichkeiten gibt es nicht. Aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Vermeidung verfassungsfernerer Zustände im Falle der sofortigen Unanwendbarkeit eines

unwirksamen Gesetzes (BVerfGE 83, 130; 109, 190; 127, 293) kann für das verwaltungsgerichtliche Normenkontrollverfahren nichts Gegenteiliges abgeleitet werden (Eyermann/Hoppe, 15. Aufl. 2019, VwGO § 47 Rn. 88 mwN). Den Beihilfeberechtigten entstehen dadurch bis zur Schaffung einer verfassungskonformen Norm keine unvertretbaren Nachteile. Ihnen bleibt es unbenommen, Ansprüche, die über das in § 4d Abs. 2 BremBVO a.F. Geregelt hinausgehen, unmittelbar auf den Fürsorgegrundsatz gestützt geltend zu machen. In der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist anerkannt, dass ungeachtet der generellen Regelungen über die Beihilfegewährung ein Rückgriff auf die Fürsorgepflicht als beihilferechtliche Anspruchsgrundlage jedenfalls in besonders gelagerten Einzelfällen in Betracht kommt, in denen eine Verletzung des Wesenskerns dieser Pflicht in Rede steht (BVerwG, Beschluss vom 23.08.2010 – 2 B 13/10 –, Rn. 14, juris). Anders als § 4j Abs. 2 BremBVO, war § 4d Abs. 2 BremBVO a.F. vom Verordnungsgeber nicht ausdrücklich zu dem Zweck erlassen worden, der Fürsorgepflicht in den im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 20.01.2012 – 12 C 24.10 –, juris Rn. 19 angesprochenen Fällen nachzukommen. Daher lässt die alte Verordnungslage, die infolge der vom Senat im vorliegenden Urteil ausgesprochenen Unwirksamkeit der Änderungsverordnung wieder auflebt, einen ergänzenden Rückgriff auf die Fürsorgepflicht als Anspruchsgrundlage zu.

#### B. Der Antrag der Antragstellerin zu 2. ist unzulässig.

Der Antragstellerin zu 2. fehlt die nach § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO erforderliche Antragsbefugnis. Sie ist zwar eine nach § 80 Abs. 2 Satz 2 BremBG berücksichtigungsfähige Ehegattin. Dies verleiht ihr jedoch keine eigene Beihilfeberechtigung (vgl. OVG NW, Beschlüsse vom 27.10.2011 – 1 E 1029/11 – und vom 30.09.2008 – 6 A 2243/07 –, jeweils juris). Von Minderungen der Beihilfeleistungen ist sie damit nicht rechtlich, sondern lediglich – indirekt – tatsächlich betroffen. Daran ändert auch nichts, dass die Antragstellerin zu 2. im Falle des Versterbens ihres Ehemannes als versorgungsberechtigte Witwe gemäß § 80 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, 2. Alt BremBG selbst beihilfeberechtigt würde. Diese Regelung entfaltet keine rechtliche Vorwirkung auf den gegenwärtigen Rechtszustand.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 167 VwGO, §§ 708 Nr. 11, 711 ZPO.

Die Revision der Antragsgegnerin war nach § 132 Abs. 2 Nr. 1, § 191 Abs. 2 VwGO, § 127 BRRG wegen grundsätzlicher Bedeutung zuzulassen. Für die Frage, bis zu welcher

Grenze Beihilfe im Falle stationärer Unterbringung wegen Pflegebedürftigkeit bei Unzumutbarkeit der Vorsorge zu leisten ist, fehlt es bisher an höchstrichterlicher Rechtsprechung. Im Übrigen liegen Zulassungsgründe nicht vor.

## **Rechtsmittelbelehrung**

Das Urteil kann durch die Antragsgegnerin durch Revision angefochten werden.

Die Revision ist innerhalb eines Monats nach Zustellung des Urteils beim

Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen, Am Wall 198, 28195 Bremen, (Tag-/Nachtbodykasten Justizzentrum Am Wall im Eingangsbereich),

schriftlich einzulegen. Die Revisionsfrist ist auch gewahrt, wenn die Revision innerhalb der Frist bei dem Bundesverwaltungsgericht eingelegt wird. Die Revision muss das angefochtene Urteil bezeichnen.

Die Revision ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieses Urteils zu begründen. Die Begründung ist bei dem Bundesverwaltungsgericht einzureichen. Die Begründungsfrist kann auf einen vor ihrem Ablauf gestellten Antrag von dem Vorsitzenden verlängert werden. Die Begründung muss einen bestimmten Antrag enthalten, die verletzte Rechtsnorm und, soweit Verfahrensmängel gerügt werden, die Tatsachen angeben, die den Mangel ergeben.

Für das Revisionsverfahren besteht Vertretungzwang; dies gilt auch für die Einlegung der Revision und für die Begründung. Danach muss sich jeder Beteiligte durch einen Rechtsanwalt oder einen Rechtslehrer an einer staatlichen oder staatlich anerkannten Hochschule eines Mitgliedsstaates der Europäischen Union, eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz, der die Befähigung zum Richteramt besitzt, als Bevollmächtigten vertreten lassen. Juristische Personen des öffentlichen Rechts und Behörden können sich auch durch Beamte oder Angestellte mit Befähigung zum Richteramt sowie Diplomjuristen im höheren Dienst vertreten lassen.

Die Nichtzulassung der Revision der Antragstellerin zu 2 kann durch Beschwerde angefochten werden.

Die Beschwerde ist innerhalb eines Monats nach Zustellung dieses Urteils beim

Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen, Am Wall 198, 28195 Bremen, (Tag-/Nachtbodykasten Justizzentrum Am Wall im Eingangsbereich)

einzulegen. Die Beschwerde muss das angefochtene Urteil bezeichnen. Die Beschwerde ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieses Urteils zu begründen. Die Begründung ist bei dem oben genannten Gericht einzureichen. In der Begründung muss die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache dargelegt oder die Entscheidung, von der das Urteil abweicht, oder der Verfahrensmangel bezeichnet werden.

Für das Beschwerdeverfahren besteht Vertretungzwang; dies gilt auch für die Einlegung der Beschwerde und für die Begründung. Danach muss sich jeder Beteiligte durch einen Rechtsanwalt oder einen Rechtslehrer an einer staatlichen oder staatlich anerkannten

Hochschule eines Mitgliedsstaates der Europäischen Union, eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz, der die Befähigung zum Richteramt besitzt, als Bevollmächtigten vertreten lassen. Juristische Personen des öffentlichen Rechts und Behörden können sich auch durch Beamte oder Angestellte mit Befähigung zum Richteramt sowie Diplomjuristen im höheren Dienst vertreten lassen.

Dr. Maierhöfer

Traub

Stybel