

## Urteil vom 28. September 2010, VII R 45/09

**Zollflugplatzzwang - Bestimmung eines Flugplatzes als Zollflugplatz - Entscheidung, welcher Flugplatz in die Liste der Zollflugplätze aufzunehmen ist, als Ermessensentscheidung - Gerichtliche Überprüfung einer Ermessensentscheidung - Keine Bindung des BFH an ins Blaue hinein getroffene Feststellungen des FG**

BFH VII. Senat

GG Art 12 Abs 1, ZK Art 4 Nr 5, ZK Art 38 Abs 1, ZK Art 38 Abs 4, ZK Art 243 Abs 1, ZollVG § 2 Abs 2, ZollVG § 2 Abs 4, EWGV 2913/92 Art 4 Nr 5, EWGV 2913/92 Art 38 Abs 1, EWGV 2913/92 Art 38 Abs 4, EWGV 2913/92 Art 243 Abs 1, ZollV § 3 Abs 1, FGO § 40 Abs 2, FGO § 102, FGO § 118 Abs 2

vorgehend BVerfG, 30. August 2009, Az: 1 BvR 3275/07

### Leitsätze

1. Die vom BMF zu treffende Entscheidung, welcher Flugplatz Zollflugplatz ist, auf welchem Flugplatz also aus Drittländern einfliegende Luftfahrzeuge landen bzw. von welchem Flugplatz sie nach Drittländern abfliegen dürfen, richtet sich nicht an die Flugplatzbetreiber, sondern ist eine an den jeweiligen Flugzeugführer gerichtete zollrechtliche Verkehrsregelung.
2. Bei der im pflichtgemäßen Ermessen des BMF liegenden Entscheidung, ob ein Flugplatz in die Liste der Zollflugplätze aufgenommen wird, dürfen u.a. verwaltungsorganisatorische und verwaltungsökonomische Gesichtspunkte berücksichtigt werden, also auch die aus einem sog. Probetrieb gewonnenen Erkenntnisse und eine darauf aufbauende Prognose hinsichtlich eines bestehenden Bedarfs für einen weiteren Zollflugplatz in der Region, solange bei der Entscheidung die Berufsausübungsfreiheit des durch die Entscheidung betroffenen Flugplatzbetreibers mit dem ihr zukommenden Gewicht berücksichtigt wird.

### Tatbestand

- I.
- 1 Die Klägerin und Revisionsbeklagte (Klägerin) betreibt den Flugplatz X. Dieser ist vom Beklagten und Revisionskläger (Bundesministerium der Finanzen --BMF--) in die Liste der besonderen Landeplätze gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. g der Zollverordnung (ZollV) für Luftfahrzeuge, die zur Personenbeförderung im nichtgewerblichen Verkehr oder Gelegenheitsverkehr einfliegen (Vorschriftensammlung der Bundesfinanzverwaltung --VSF-- Z 06 13-2), aufgenommen worden.
- 2 Im April 2001 beantragte die Klägerin, den Flugplatz X als Zollflugplatz zu bestimmen. Das BMF ermächtigte daraufhin die zuständige Oberfinanzdirektion (OFD), der Klägerin für die Dauer eines Jahres Einzelabfertigungen gemäß § 5 Abs. 4 ZollV für gewerbliche Drittlandsflüge zu genehmigen (sog. Probetrieb), wovon die OFD der Klägerin im Dezember 2001 Mitteilung machte. Auf den nach Jahresablauf gestellten Verlängerungsantrag der Klägerin lehnte das BMF mit an die OFD gerichtetem Erlass sowohl den Antrag auf Bestimmung als Zollflugplatz als auch die Verlängerung der Ermächtigung der OFD zu Einzelabfertigungen ab. Über diese Entscheidung des BMF unterrichtete das örtlich zuständige Hauptzollamt (HZA) die Klägerin mit Schreiben vom 3. Juli 2003, das mit einer Rechtsbehelfsbelehrung versehen war. Der Einspruch der Klägerin blieb ohne Erfolg.
- 3 Auf die daraufhin zunächst gegen das HZA erhobene Klage, die später im Wege der Klageänderung gegen das BMF gerichtet wurde, hob das Finanzgericht (FG) aus den in der Zeitschrift für Zölle und Verbrauchsteuern (ZfZ) 2006, 316 veröffentlichten Gründen die Entscheidung des BMF, den Flugplatz X weder als Zollflugplatz zu bestimmen noch einen weiteren Probetrieb zu genehmigen, auf und verpflichtete das BMF, unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu entscheiden; im Übrigen wurde die Klage abgewiesen.
- 4 Mit seiner Revision hat das BMF zunächst geltend gemacht, dass die Klägerin nicht klagebefugt sei; eine lediglich

wirtschaftliche Betroffenheit reiche insoweit nicht. Jedenfalls sei die Klägerin durch die Entscheidung nicht in ihren Rechten verletzt. Mit der Bekanntgabe der Zollflugplätze im Bundesanzeiger komme die deutsche Zollverwaltung der ihr obliegenden zollamtlichen Überwachung durch Bezeichnung der im grenzüberschreitenden Warenverkehr zu benutzenden Verkehrswege nach. Das für die Bestimmung der Zollflugplätze maßgebliche Kriterium sei daher die ordnungsgemäße zollamtliche Überwachung, die eine Kanalisierung des ein- und ausfliegenden Luftverkehrs erfordere; auch dürften verwaltungsökonomische Gründe insoweit angeführt werden.

- 5 Der erkennende Senat hat mit Urteil vom 10. Oktober 2007 VII R 36/06 (BFHE 218, 458, ZfZ 2008, 13) das FG-Urteil geändert und die Klage in vollem Umfang abgewiesen. Auf die hiergegen erhobene Verfassungsbeschwerde der Klägerin hat das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) das Senatsurteil mit Beschluss vom 31. August 2009 1 BvR 3275/07 (ZfZ 2009, 291) aufgehoben und die Sache an den Bundesfinanzhof zurückverwiesen. Das BVerfG war der Ansicht, dass die Entscheidung des BMF, welcher Flugplatz Zollflugplatz sei, die Rahmenbedingungen des Flughafenbetriebs ändere, insoweit eine berufsregelnde Tendenz aufweise und eine hinsichtlich der Berufsausübungsfreiheit eingriffsgleiche Wirkung habe. Die behördliche Entscheidung müsse daher auch die nach Art. 12 Abs. 1 des Grundgesetzes (GG) geschützte Berufsausübungsfreiheit des betroffenen Flugplatzbetreibers berücksichtigen.
- 6 Das BMF ist der Ansicht, dass die Ablehnung der Aufnahme des Flugplatzes X in die Liste der Zollflugplätze auch unter Berücksichtigung dieses BVerfG-Beschlusses rechtmäßig sei. Bei einer solchen Entscheidung würden außer den --auch vom BVerfG genannten-- öffentlichen Belangen, wie z.B. der möglichst verwaltungsökonomischen Erfüllung der Pflicht zur Überwachung und Kanalisierung des grenzüberschreitenden Warenverkehrs, die Interessen und Belange des Flugplatzbetreibers stets berücksichtigt. Im Streitfall habe aber dieses Interesse der Klägerin in Anbetracht des während des Probetriebs nur geringen Drittlandsverkehrs auch bei wohlwollender Berücksichtigung des klägerischen Vorbringens, dass die Bedeutung des Flugplatzes noch steigen könne, nicht überwogen. Die Zollverwaltung müsse auf einem Zollflugplatz präsent sein. Der entsprechende organisatorische und personelle Aufwand sei aber nur zu rechtfertigen, wenn dieses Grenzzollamt regelmäßig und dauerhaft ausgelastet sei, wovon bei dem Flugplatz X jedoch nicht ausgegangen werden könne.
- 7 Die Klägerin ist der Ansicht, dass die die Aufnahme eines Flugplatzes in die Liste der Zollflugplätze regelnden Rechtsvorschriften zu unbestimmt seien, weil sie keine materiellen Kriterien enthielten, und deshalb verfassungsrechtlichen Anforderungen für einen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit nicht genügten. Jedenfalls sei der Eingriff in ihre Berufsausübungsfreiheit, der in der Versagung der beantragten Aufnahme ihres Flugplatzes in die Liste der Zollflugplätze liege, unverhältnismäßig und damit verfassungswidrig. Dies folge aus den Feststellungen des FG, denen zufolge nicht mangelnder Bedarf oder sonstige wirtschaftliche oder verwaltungsökonomische Gründe, sondern der Schutz des Flughafens Y vor Konkurrenz ausschlaggebend für die Ablehnung ihres Antrags gewesen sei. Im Übrigen habe das BMF das Kriterium eines angeblich fehlenden Bedarfs bei anderen Zollflugplätzen nicht herangezogen und habe in ihrem Fall nicht berücksichtigt, dass es für den Nachweis eines solchen Bedarfs gerade erforderlich sei, dass der Flugplatz bereits über alle verkehrs- und zollrechtlich erforderlichen Genehmigungen verfüge, um Frachtflüge für sich akquirieren zu können.

## Entscheidungsgründe

II.

- 8 Die Revision des BMF ist begründet; sie führt zur Änderung der Vorentscheidung und zur Abweisung der Klage in vollem Umfang (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 der Finanzgerichtsordnung --FGO--). Das Urteil des FG verletzt Bundesrecht (§ 118 Abs. 1 Satz 1 FGO). Die Klage ist zulässig (1.), jedoch nicht begründet (2.).
- 9 1. Hinsichtlich der im Rahmen der Zulässigkeit der Klage zu prüfenden Klagebefugnis der Klägerin verweist der Senat zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Ausführungen im Urteil in BFHE 218, 458, ZfZ 2008, 13. Ob --wie das FG meint-- Art. 243 Abs. 1 Unterabs. 1 des Zollkodex (ZK) an die Befugnis, Entscheidungen der Zollbehörden anzufechten, geringere Anforderungen stellt als § 40 Abs. 2 FGO hinsichtlich der Klagebefugnis, kann offenbleiben, weil die Klagebefugnis der Klägerin nach letztgenannter Vorschrift gegeben ist. Da nach dem BVerfG-Beschluss in ZfZ 2009, 291 davon auszugehen ist, dass die Entscheidung über die Aufnahme eines Flugplatzes in die Liste der Zollflugplätze die Berufsausübungsfreiheit des Flugplatzbetreibers tangiert, besteht die --zur Bejahung der Klagebefugnis ausreichende-- Möglichkeit, dass die angefochtene Entscheidung des BMF eigene Rechte der Klägerin verletzt.

- 10** Andere gegen die Zulässigkeit der Klage sprechende Gesichtspunkte sind nicht ersichtlich.
- 11** 2. Die Ablehnung der beantragten Aufnahme des Flugplatzes X in die Liste der Zollflugplätze ist rechtmäßig (§ 101 Satz 1 FGO).
- 12** a) Nach Art. 38 Abs. 1 Buchst. a ZK sind in das Zollgebiet der Gemeinschaft verbrachte Waren vom Verbringer unverzüglich und gegebenenfalls unter Benutzung des von den Zollbehörden bezeichneten Verkehrswegs zu der von den Zollbehörden bezeichneten Zollstelle oder einem anderen von diesen Behörden bezeichneten oder zugelassenen Ort zu befördern. Werden Waren auf dem Luftweg befördert, sind sie mit dem Überfliegen der Grenze des Zollgebiets der Gemeinschaft in das Zollgebiet verbracht (vgl. Art. 3 Abs. 3 ZK). Hinsichtlich der dem Verbringer, d.h. in diesem Fall dem Flugzeugführer, nach Art. 38 Abs. 1 ZK obliegenden Beförderungspflicht zur bezeichneten Zollstelle unter Benutzung des vorgeschriebenen Verkehrswegs schreibt § 2 Abs. 2 des Zollverwaltungsgesetzes (ZollVG) vor, dass einfliegende Luftfahrzeuge nur auf einem Zollflugplatz landen und ausfliegende nur von einem solchen abfliegen dürfen. Die Zollflugplätze werden nach § 2 Abs. 4 Satz 2 ZollVG i.V.m. § 3 Abs. 1 ZollV im Bundesanzeiger bekanntgegeben (s. auch VSF Z 06 13-1).
- 13** Es handelt sich hierbei --wie der Senat bereits mit Urteil vom 31. Januar 2005 VII R 33/04 (BFHE 208, 350, ZfZ 2005, 236) hinsichtlich der sog. besonderen Landeplätze sowie im Streitfall mit Urteil in BFHE 218, 458, ZfZ 2008, 13 ausgeführt hat-- nicht um eine an den Flugplatzbetreiber gerichtete Entscheidung, mit der seinem Flugplatz ein besonderer Status verliehen wird, sondern allein um eine an den jeweiligen Flugzeugführer gerichtete und von diesem zu befolgende zollrechtliche Verkehrsregelung.
- 14** Die Entscheidung eröffnet dem Flugplatzbetreiber die Chance, dass Flugzeuge im grenzüberschreitenden Verkehr seinen Flugplatz benutzen, verleiht ihm aber keinerlei Rechte und erlegt ihm keine Pflichten auf. Gleichwohl hat das BVerfG --in den erkennenden Senat bindender Weise-- der negativen Entscheidung des BMF über die Aufnahme eines Flugplatzes in die Liste der Zollflugplätze eine hinsichtlich der Berufsausübungsfreiheit des Flugplatzbetreibers eingriffsgleiche Wirkung beigemessen, so dass dessen berufliche Belange bei einer gerichtlichen Überprüfung einer Entscheidung zu berücksichtigen seien.
- 15** b) Anders als die Klägerin meint und auch seitens des FG bezweifelt wurde, stellen Art. 38 Abs. 1 Buchst. a ZK, § 2 Abs. 2 und Abs. 4 Satz 2 ZollVG sowie § 3 Abs. 1 ZollV eine verfassungskonforme Rechtsgrundlage für die Bestimmung von Zollflugplätzen dar. Da diese Vorschriften für die Entscheidung, welcher Flugplatz in die Liste der Zollflugplätze aufzunehmen ist, keine die Zollverwaltung bindenden Voraussetzungen bezeichnen, steht diese Entscheidung in deren pflichtgemäßem Ermessen, wovon auch das FG ausgegangen ist. Dass diese Entscheidung nach dem BVerfG-Beschluss in ZfZ 2009, 291 auch die grundgesetzlich geschützte Berufsausübungsfreiheit eines Flugplatzbetreibers tangiert, der über seinen Flugplatz auch Drittlandsverkehre abwickeln will, hat --wie das BVerfG in dem genannten Beschluss ebenfalls ausgeführt hat-- nicht zur Folge, dass die der Entscheidung zugrunde liegenden gesetzlichen Vorschriften in ihren Tatbeständen beschriebene materielle Kriterien enthalten müssten, welche den verfassungsrechtlichen Anforderungen an einen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit genügen. Denn das der Zollverwaltung eingeräumte Ermessen bei der Entscheidung über die Bestimmung eines Zollflugplatzes ist nicht etwa völlig frei und für jegliche Erwägungen offen und somit im Sinne verfassungsrechtlicher Anforderungen nicht hinreichend bestimmt, sondern Sinn und Zweck der vorstehend genannten zollrechtlichen Vorschriften machen vielmehr --wie der Senat bereits mit Urteil in BFHE 218, 458, ZfZ 2008, 13 ausgeführt hat-- deutlich, nach welchen Kriterien die Entscheidung, welche Flugplätze für Drittlandsverkehre bestimmt werden, zu treffen ist.
- 16** Die Vorschriften über die ordnungsgemäße Beförderung in das Zollgebiet der Union verbrachter Waren auf einem bestimmten Verkehrsweg zu einer von den Zollbehörden bezeichneten Zollstelle betreffen die der Zollverwaltung obliegende Aufgabe der Überwachung des grenzüberschreitenden Warenverkehrs (vgl. § 1 Abs. 1 ZollVG). Diese Aufgabe hat die Zollverwaltung effektiv zu erfüllen, was eine ordnungsgemäße Überwachung des grenzüberschreitenden Warenverkehrs unter gleichzeitig schonendem Einsatz öffentlicher Mittel sachlicher und personeller Art bedeutet. Die Zollverwaltung trifft daher die Entscheidung, welche Verkehrswege zu der bezeichneten Zollstelle einzuhalten sind, wenn Waren in das Zollgebiet der Union verbracht werden, vorrangig nach --dieser effektiven Aufgabenerfüllung dienenden-- verwaltungsorganisatorischen, verwaltungsökonomischen, haushaltspolitischen und ggf. sicherheitspolitischen Gesichtspunkten (vgl. insoweit auch Abs. 5 und 6 der neugefassten Dienstvorschrift für Zollflugplätze, besondere Landeplätze, andere Flugplätze sowie Einzelfälle der Befreiung vom Zollflugplatzzwang, VSF Z 06 13-0). Eine --von der Klägerin geforderte-- gesetzliche Regelung der Bestimmung von Zollflugplätzen müsste in gleicher, zumindest ähnlicher Weise diese Kriterien als für die Entscheidung maßgeblich vorschreiben. Dementsprechend hat das BVerfG in dem Beschluss in ZfZ 2009, 291 unter

Hinweis auf seine Rechtsprechung ausgeführt, dass diese sich aus Systematik und Zwecksetzung der zollrechtlichen Vorschriften ergebenden Kriterien eine verfassungsrechtlichen Anforderungen genügende gesetzliche Regelung der Berufsausübung darstellen, solange bei der Entscheidung, welcher Flugplatz Zollflugplatz sein soll, die Berufsausübungsfreiheit des --durch die Entscheidung allerdings nur mittelbar-- betroffenen Flugplatzbetreibers mit dem ihr zukommenden Gewicht berücksichtigt wird.

- 17** c) Unter Zugrundelegung dieser für die Ermessensausübung maßgeblichen Gesichtspunkte ist die Entscheidung des BMF, den Flugplatz X in die Liste der Zollflugplätze nicht aufzunehmen, rechtlich nicht zu beanstanden.
- 18** Soweit --wie im Streitfall-- die Behörde ermächtigt ist, nach ihrem Ermessen zu handeln oder zu entscheiden, prüft das Gericht nach § 102 Satz 1 FGO, ob die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten wurden oder die Behörde von ihrem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht hat. Hinsichtlich dieser letztgenannten Alternative --die im Streitfall allein in Betracht kommt-- ist die gerichtliche Prüfung darauf beschränkt, ob ein sog. Ermessens Fehlgebrauch vorliegt, die Ausübung des Ermessens also rechtlich zu beanstanden ist; hingegen ist das Gericht nicht befugt, eine eigene Ermessensentscheidung zu treffen und diese an die Stelle der behördlichen Ermessensentscheidung zu setzen (vgl. Gräber/von Groll, Finanzgerichtsordnung, 7. Aufl., § 102 Rz 14).
- 19** Dass das FG im Streitfall diese Grenzen seiner Prüfungsbefugnis überschritten und in nicht zulässiger Weise sein eigenes Ermessen an die Stelle des behördlichen Ermessens gesetzt hat, wird in Anbetracht seiner mehrfach verwendeten Formulierung deutlich, dass bestimmte Gründe, welche das BMF für seine Entscheidung angegeben hat, "nicht überzeugen". Denn für die gerichtliche Prüfung einer Ermessensentscheidung gemäß § 102 FGO kommt es nicht darauf an, ob das Gericht bestimmte Ermessenserwägungen der Behörde für überzeugend hält, sie also in gleicher oder ähnlicher Weise angestellt hätte, sondern allein darauf, ob die nach dem Sinn und Zweck der Ermessensvorschrift in Betracht kommenden Erwägungen --zu denen im Streitfall nach dem BVerfG-Beschluss in ZfZ 2009, 291 auch die angemessene Berücksichtigung beruflicher Belange der Klägerin gehört-- angestellt wurden und ob die für die Entscheidung maßgeblichen Erwägungen dem Zweck der Ermächtigung entsprechen und somit sachgerecht sind oder ob für die Entscheidung sachwidrige Erwägungen bestimmend waren.
- 20** Anders als das FG meint, lässt sich jedoch nicht feststellen, dass die der angefochtenen Entscheidung des BMF zugrunde liegenden Erwägungen sachwidrig sind oder die beruflichen und wirtschaftlichen Interessen der Klägerin bei dieser Entscheidung in einer ihre Berufsausübungsfreiheit unzumutbar beschränkenden Weise unberücksichtigt blieben.
- 21** aa) Die für die Entscheidung des BMF maßgebenden Gründe ergeben sich aus seinen Erlassen vom 11. März und 23. Mai 2003, deren Inhalt der Klägerin seinerzeit bekannt gegeben worden ist, sowie aus dem Vorbringen des BMF im finanzgerichtlichen Verfahren, mit dem es seine angegriffene Entscheidung verteidigt und die diesbezüglichen Gründe näher erläutert bzw. ergänzt hat (§ 102 Satz 2 FGO). Danach hat das BMF bei seiner Entscheidung die wirtschaftlichen Interessen der Klägerin, mit ihrem Flugplatz am Flugverkehrsaufkommen mit Drittlandbezug partizipieren zu können, gegen verwaltungsorganisatorische und verwaltungsökonomische Gründe abgewogen und hat Letztgenannten den Vorrang mit der Begründung eingeräumt, dass bei dem bisher festgestellten nur geringen Aufgabenvolumen im Bereich der Ein- und Ausfuhrabfertigung gewerblicher Warensendungen die dauerhafte Einrichtung einer Abfertigungsstelle nicht in Betracht komme und dass somit an einem als Zollflugplatz ausgewiesenen Flugplatz X anfallende Zollabfertigungen von einem 30 km entfernt liegenden Zollamt vorgenommen werden müssten, womit die Überwachung des grenzüberschreitenden Warenverkehrs nur unzulänglich gewährleistet sei. Diese Erwägungen des BMF können nicht als sachwidrig angesehen werden.
- 22** bb) Ebenso wenig sachwidrig ist es, dass das BMF den auf Seiten der Klägerin bestehenden Bedarf, mit dem Flugplatz auch für Drittlandsverkehre zur Verfügung stehen zu können, nach den Ergebnissen des einjährigen Probebetriebs beurteilt hat. Vielmehr ist es aus rechtlichen Gründen nicht zu beanstanden, wenn das BMF nicht allein aufgrund eines vom Flugplatzbetreiber geäußerten Wunsches und aufgrund dessen nicht sicherer Prognosen hinsichtlich der weiteren Verkehrsentwicklung einen Flugplatz in die Liste der Zollflugplätze aufnimmt --was für die Zollverwaltung erhebliche organisatorische und personelle Maßnahmen sowie den Einsatz sachlicher Mittel nach sich zieht-- und auf das Eintreffen der Prognosen hofft, sondern eine eigene prognostische Einschätzung des zu erwartenden Flugaufkommens vornimmt und ggf. versucht, den angeblich bestehenden Bedarf für die Zulassung von Drittlandsverkehren einem Wirklichkeitstest zu unterziehen. Der Ansicht des FG, vom Flugplatzbetreiber könne lediglich verlangt werden, ein entsprechendes Potenzial und die glaubhafte Absicht, dieses zu nutzen, nachzuweisen, kann nicht gefolgt werden.

- 23** Das BMF musste deshalb den Flugplatz X auch nicht allein auf der Grundlage eines seitens der Klägerin vorgelegten Entwicklungs- und Flächenkonzepts aus dem Jahr 1999, das auch nur mögliche, nicht aber sichere Entwicklungen des Flugplatzes beschrieb, in die Liste der Zollflugplätze aufnehmen. Vielmehr durfte das BMF hierin eine das Antragsbegehren der Klägerin zwar stützende, aber gleichwohl ungewisse Prognose sehen und seine Entscheidung allein von den Erkenntnissen aus dem der Klägerin gewährten Probebetrieb abhängig machen, welche --wie sich dann erwies-- mehr als deutlich von der Prognose des Entwicklungs- und Flächenkonzepts abwichen.
- 24** cc) Mit der Ansicht des FG, die vom BMF aus den Erkenntnissen des Probebetriebs gezogenen Schlussfolgerungen könnten "nicht überzeugen", wird --wie ausgeführt-- kein Ermessensfehlgebrauch belegt. Ob ein solcher Probebetrieb in zeitlicher Hinsicht lang genug bemessen ist, um zu brauchbaren Erkenntnissen hinsichtlich der weiteren Verkehrsentwicklung zu führen, lässt sich nur unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls beurteilen. In Anbetracht der in der Zeit des sog. Probebetriebs am Flugplatz X angefallenen drei Ausfuhrabfertigungen, also nur drei stattgefundenen Abflüge in Drittländer, durfte das BMF allerdings von einem deutlich gewordenen fehlenden Bedarf für die Abwicklung von Drittlandsverkehren über den Flugplatz X ausgehen, so dass es nicht sachwidrig erscheint, dass es trotz der seitens der Klägerin geschilderten Schwierigkeiten, Drittlandsflüge während dieser Zeit zu akquirieren, die während des Probebetriebs gewonnenen Erkenntnisse als für seine Entscheidung ausreichend zugrunde gelegt und keine Anhaltspunkte dafür gesehen hat, dass das Flugverkehrsaufkommen mit Drittlandsbezug im Fall der Verlängerung des Probebetriebs signifikant steigen werde.
- 25** dd) Wenn das BMF in Anbetracht eines nach seiner Einschätzung derart geringen zu erwartenden Abfertigungsbedarfs auf dem Flugplatz X zu der Auffassung gelangt ist, dass die einen erheblichen Aufwand fordernde Einrichtung einer Abfertigungsstelle auf diesem Flugplatz verwaltungsorganisatorisch und verwaltungsökonomisch nicht zu vertreten sei, dass aber auch die Überwachung des Flugplatzes aus der Ferne durch das nächste, allerdings 30 km entfernt liegende Zollamt A nicht in Betracht komme, weil auf einem Zollflugplatz Flugverkehre mit Drittlandsbezug jederzeit stattfinden könnten und die Zollverwaltung daher präsent sein müsse, so stellt dies --wie ausgeführt-- keine sachwidrige Erwägung dar. Es kommt insoweit nicht darauf an, dass das FG diese Erwägungen für "nicht überzeugend" gehalten und es für "durchaus denkbar" gehalten hat, die zollamtliche Überwachung durch eine mobile Abfertigungsstelle vom Zollamt A aus durchzuführen, denn es liegt im Wesen eines gesetzlich eingeräumten Verwaltungsermessens, dass es der Entscheidung der zuständigen Behörde überlassen ist, welche der mehreren durch den Ermessensspielraum eröffneten Handlungsmöglichkeiten sie nach Abwägung der maßgeblichen Gesichtspunkte für zweckmäßig hält und ergreift. Das Gericht kann keine andere in Betracht kommende Alternative wählen, die seiner Ansicht nach die zweckmäßigste ist, und es kann deshalb im Rahmen der Ermessensprüfung von der Verwaltung nicht verlangen, ihre Ressourcen großzügiger einzusetzen.
- 26** ee) Soweit das FG gemeint hat, die finanzielle Beteiligung des Landes Baden-Württemberg an dem Flughafen Y habe maßgeblichen Einfluss auf die Entscheidung gehabt, den Flugplatz X nicht in die Liste der Zollflugplätze aufzunehmen, um eine unerwünschte Konkurrenz fernzuhalten, handelt es sich nicht um eine Tatsachenfeststellung, an die der Senat gemäß § 118 Abs. 2 FGO im Revisionsverfahren gebunden ist. Eine Bindung an die tatsächlichen Feststellungen des FG tritt nämlich dann nicht ein, wenn die getroffenen Feststellungen auf einer Verletzung von bei der Beweiswürdigung zu beachtenden Rechtsgrundsätzen beruhen, was (u.a.) dann der Fall ist, wenn es den Feststellungen an einer hinreichenden Grundlage fehlt, die das Revisionsgericht in die Lage versetzt nachzuvollziehen, wie das FG zu der seine Entscheidung tragenden Überzeugung gelangt ist, es also gleichsam ins Blaue hinein Feststellungen getroffen hat, die sich in Wahrheit als Mutmaßungen oder bloße Unterstellungen erweisen (Senatsurteil vom 17. Mai 2005 VII R 76/04, BFHE 210, 70, ZfZ 2005, 341).
- 27** So verhält es sich aber hinsichtlich des vom FG in diesem Zusammenhang erkannten Ermessensfehlers. Dass es dem BMF bei seiner Entscheidung darum ging, den Flughafen Y vor Konkurrenz zu schützen, ergibt sich weder aus seinen Erlassen vom 11. März und 23. Mai 2003 noch aus seinem Vorbringen im finanzgerichtlichen Verfahren. Das FG folgert dies lediglich aus vagen Indizien und spekuliert in nicht nachvollziehbarer Weise über die Hintergründe der vom BMF getroffenen Entscheidung. Denn wenn das BMF in dem vom FG angeführten Schreiben vom 11. September 2000 auf den bereits bestehenden Zollflugplatz Y als möglicherweise zu berücksichtigenden Gesichtspunkt verweist, so besagt dies nichts über einen beabsichtigten unzulässigen Schutz vor Konkurrenten oder eine Vermischung öffentlicher mit privatwirtschaftlichen Interessen. Da --wie ausgeführt-- die Zollverwaltung auf die effektive Erfüllung ihrer Aufgabe der Überwachung des grenzüberschreitenden Warenverkehrs unter gleichzeitig schonendem Einsatz öffentlicher Mittel zu achten hat, kann bei ihrer Entscheidung, welcher Flugplatz Zollflugplatz sein soll, das Vorhandensein bereits bestehender anderer Zollflugplätze in der betreffenden Region durchaus ein

sachgerechter Gesichtspunkt sein. Denn wenn in einer bestimmten Region das Flugverkehrsaufkommen mit Drittländern mit den bestehenden Zollflugplätzen bewältigt werden kann, ohne dass es zu Verzögerungen im Personenverkehr oder bei der Warenabfertigung kommt, bedeutet die Einrichtung weiterer Grenzzollstellen an Flughäfen dieser Region eine nicht erforderliche Verwendung öffentlicher Mittel.

- 28** Dass die Erwägungen in einer hausinternen Mitteilung des BMF vom 20. Dezember 2004, in denen das FG ein Indiz für seine Annahme gesehen hat, für die ablehnende Entscheidung des BMF betreffend den Flugplatz X ursächlich gewesen sein könnten, kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil diese Entscheidung des BMF bereits im Jahr 2003 gefallen ist.
- 29** Ebenso wenig kann es für die Annahme des FG, Schutz vor Konkurrenz habe eine Rolle gespielt, darauf ankommen, dass die für die Bestimmung eines Zollflugplatzes angeblich erforderlichen ca. 2 000 Abfertigungen pro Jahr auch am Zollflugplatz Y nicht erreicht werden. Wenn auf diesem Flughafen --wie das FG ermittelt hat-- in den Jahren 2003 und 2004 ca. 1 250 bzw. ca. 900 zollrelevante Flugbewegungen stattgefunden haben, so wird in Anbetracht entsprechender Flugbewegungen auf dem Flugplatz X während der Zeit des Probetriebs umso mehr deutlich, dass die Zollverwaltung seinerzeit keinen nachhaltigen konkreten Bedarf für einen Zollflugplatz X erkennen musste und dass die Annahme, das BMF habe den Flughafen Y vor Konkurrenz durch den Flugplatz X schützen wollen, eine fernliegende Mutmaßung ist.
- 30** ff) Wie sich aus den Erlassen des BMF vom 11. März und 23. Mai 2003 sowie seinem Vorbringen im finanzgerichtlichen Verfahren ergibt, hat das BMF bei seiner den Flugplatz X betreffenden Entscheidung nicht nur öffentliche Belange, sondern auch das berufliche Interesse der Klägerin an einer Teilhabe an Drittlandsverkehren berücksichtigt. Dass es sich hierbei nicht lediglich um eine leere Behauptung handelt, verdeutlicht der Umstand, dass das BMF der Klägerin den Nachweis eines konkreten auf ihrem Flugplatz erkennbaren Bedarfs für die Abwicklung von Flugverkehren mit Drittländern während des sog. Probetriebs ermöglicht und erst nach dessen Abschluss seine Entscheidung getroffen hat.
- 31** Soweit das BMF bei der Abwägung der zu berücksichtigenden Gesichtspunkte den durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten beruflichen Interessen der Klägerin gleichwohl nicht den Vorrang vor den öffentlichen Belangen eingeräumt hat, hat es die grundgesetzlich garantierte Berufsausübungsfreiheit auch mit dem ihr zukommenden Gewicht berücksichtigt.
- 32** Eingriffe in die Berufsausübungsfreiheit (die Berufswahlfreiheit ist nach dem BVerfG-Beschluss in ZfZ 2009, 291 im Streitfall nicht tangiert) sind nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG (vgl. den vorstehend genannten BVerfG-Beschluss, m.w.N.) auf der Grundlage einer gesetzlichen Regelung verfassungsrechtlich zulässig, wenn sie durch Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt und mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar sind. Die vom BMF im Streitfall auf der gesetzlichen Grundlage der Art. 38 Abs. 1 Buchst. a ZK, § 2 Abs. 2 und Abs. 4 Satz 2 ZollVG sowie § 3 Abs. 1 ZollV getroffene Ermessensentscheidung trägt diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen Rechnung. Die effektive --d.h. ordnungsgemäße, aber zugleich öffentliche Mittel schonend einsetzende-- Erfüllung der der Zollverwaltung obliegenden Aufgabe, den grenzüberschreitenden Warenverkehr zu überwachen, ist ein Grund des Gemeinwohls, der die Beschränkung der Berufsausübung eines Flugplatzbetreibers, dessen Flugplatz nicht in die Liste der Zollflugplätze aufgenommen ist, zu rechtfertigen vermag.
- 33** Für den Streitfall ist auch nicht ersichtlich, dass diese berufliche Beschränkung die Klägerin in unverhältnismäßiger Weise trifft. Da der einjährige Probetrieb für den Flugplatz X mit nur drei Zollabfertigungen während dieser Zeit keinen nachhaltigen Bedarf für die Abwicklung von Flugverkehren mit Drittlandsberührung hat erkennen lassen und auch im Nachhinein keine konkreten Anhaltspunkte dafür festgestellt worden sind, welche die Möglichkeit einer insoweit deutlich steigenden Tendenz nahe legen, wird die Klägerin durch die zollrechtliche Leitung der Drittlandsverkehre über andere Flugplätze in ihrer Berufsausübung nicht in unzumutbarer Weise beschränkt. Die Anzahl der Flugverkehre, auf deren Abwicklung sie wegen der fehlenden Zollflugplatzbestimmung verzichten muss, ist nach der aufgrund der bisherigen Feststellungen zu treffenden Prognose äußerst gering. Demgegenüber durfte den zu berücksichtigenden verwaltungsorganisatorischen und verwaltungsökonomischen Gesichtspunkten der Zollverwaltung der Vorrang eingeräumt werden.
- 34** d) Die Sache ist spruchreif (§ 101 Satz 1 FGO). Anhaltspunkte für die Annahme, dass vom FG bisher nicht ermittelte Tatsachen die Ermessensentscheidung des BMF als sachwidrig erscheinen lassen könnten, bestehen nicht. Die Klägerin hat zwar im Revisionsverfahren behauptet --wozu das FG mangels konkreten Vorbringens im erstinstanzlichen Verfahren allerdings keine Feststellungen getroffen hat--, dass andere Flugplätze in der Bundesrepublik Deutschland in die Liste der Zollflugplätze aufgenommen worden seien, obwohl auch dort nur

geringfügige Flugverkehre mit Drittlandsbezug stattfinden. Dies allein rechtfertigt jedoch nicht die Annahme einer ermessensfehlerhaften Entscheidung des BMF im Streitfall, denn da --wie ausgeführt-- bei der Entscheidung, welcher Flugplatz Zollflugplatz ist, eine Vielzahl unterschiedlicher Gesichtspunkte zu berücksichtigen und gegeneinander abzuwägen ist, kann diesen Gesichtspunkten im Einzelfall auch unterschiedliches Gewicht zukommen. So können z.B. auch die vom BVerfG in dem Beschluss in ZfZ 2009, 291 erwähnten strukturpolitischen Folgen für die Raumordnung Berücksichtigung finden und es kann daher eine Rolle spielen, dass eine bisher strukturschwache Region über keine bzw. nur geringe Möglichkeiten verfügt, Flugverkehre mit Drittlandsbezug stattfinden zu lassen. Aus dem Umstand, dass bei einer Entscheidung über die Aufnahme eines Flugplatzes in die Liste der Zollflugplätze bestimmte Erwägungen im Vordergrund standen, kann somit nicht hergeleitet werden, dass diese Erwägungen auch hinsichtlich eines anderen Flugplatzes maßgebend sein müssen.

- 35** Etwas anderes ergäbe sich nur, wenn die Zollverwaltung das ihr eingeräumte Ermessen in ständiger Praxis dahin ausgeübt hätte, einen für den betreffenden Flugplatz festgestellten nachhaltigen konkreten Bedarf für Flugverkehre mit Drittlandsberührung regelmäßig nicht oder jedenfalls nicht in einer für die Entscheidung maßgebenden Weise zu berücksichtigen (sog. Selbstbindung der Verwaltung). Für eine solche Verwaltungspraxis des BMF, die im Übrigen dem Zweck der Ermessensermächtigung schwerlich entsprechen würde, ergeben jedoch die insoweit nicht weiter substantiierten, lediglich einige ihrer Ansicht nach einschlägige Beispiele nennenden Ausführungen der Klägerin keinen Hinweis, der eine Zurückverweisung der Sache an das FG zur weiteren Sachaufklärung rechtfertigt.
- 36** e) Aus den genannten Gründen ist die Entscheidung des BMF, den sog. Probebetrieb nicht zu verlängern, ebenfalls rechtlich nicht zu beanstanden. Außer der Behauptung der Klägerin, es bestehe bei einem mehr als nur einjährigen Probebetrieb die Möglichkeit oder gar Wahrscheinlichkeit, einen steigenden Bedarf für die Abwicklung von Drittlandsverkehren auf dem Flugplatz X nachzuweisen, gibt es insbesondere in Anbetracht der nahezu gegen null gehenden Zollabfertigungen während des bisherigen Probebetriebs keine konkreten Anhaltspunkte für eine solche Annahme.
- 37** Der sog. Probebetrieb bestand im Übrigen nur darin, dass zur Erteilung von Einzelbefreiungen vom Zollflugplatzzwang, die gemäß § 2 Abs. 3, § 3 Abs. 4 und § 5 Abs. 4 ZollV unter den dort genannten Voraussetzungen ohnehin jederzeit gewährt werden können, die OFD ermächtigt worden war. Da das BMF im finanzgerichtlichen Verfahren erklärt hat, die Erteilung von Einzelbefreiungen für die Zukunft nicht grundsätzlich ablehnen zu wollen, führt allein der Umstand, dass die Ermächtigung der OFD zur Erteilung dieser Befreiungen widerrufen worden ist und die diesbezügliche Zuständigkeit somit zunächst wieder beim BMF lag (Abs. 12 Unterabs. 3 der Dienstvorschrift zur Erfassung des Warenverkehrs, VSF Z 06 01 a.F.), inzwischen aber dem jeweils zuständigen HZA übertragen ist (Abs. 12 der Dienstvorschrift zu den Titeln III und V des Zollkodex, VSF Z 06 01, sowie Abs. 20 ff. der neugefassten Dienstvorschrift für Zollflugplätze, besondere Landeplätze, andere Flugplätze, sowie Einzelfälle der Befreiung vom Zollflugplatzzwang, VSF Z 06 13-0), nicht zu einer unverhältnismäßigen Beschränkung der Klägerin in ihrer Berufsausübung.

Quelle: [www.bundesfinanzhof.de](http://www.bundesfinanzhof.de)