



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

BVerwG 2 C 45.10
VGH 14 B 08.2196

Verkündet
am 26. September 2012
Melzer
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 2. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
auf die mündliche Verhandlung vom 26. September 2012
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Domgörgen,
die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Heitz und Dr. von der Weiden,
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Thomsen
und den Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Kenntner

für Recht erkannt:

Das Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom
26. April 2010 wird aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur anderweitigen Verhandlung und
Entscheidung an den Verwaltungsgerichtshof zurückver-
wiesen.

Die Entscheidung über die Kosten bleibt der Schlus-
scheidung vorbehalten.

G r ü n d e :

I

- 1 Der Kläger ist Berufssoldat. Er wird im Güteprüfdienst des Bundesamtes für Wehrtechnik und Beschaffung als Erprobungsluftfahrzeugführer verwendet. Im Jahre 1994 absolvierte er erfolgreich einen Lehrgang zum Erwerb der Testflugberechtigung der Klasse 2 an der Wehrtechnischen Dienststelle für Luftfahrzeuge - Musterprüfwesen für Luftfahrtgerät der Bundeswehr.
- 2 Der Kläger beehrte erfolglos eine Zulage für technische Luftfahrzeugführer im Erprobungs- und Güteprüfdienst nach § 23g Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Erschwerniszu-lagenverordnung - EZuIV.
- 3 Der Verwaltungsgerichtshof stellte zur Begründung zum einen darauf ab, dass die Gewährung der Zulage nach § 23g Abs. 1 Satz 2 EZuIV die Teilnahme an einem Lehrgang einer anerkannten Testpilotenschule erfordere. Der Begriff einer „anerkannten Testpilotenschule“ setze das Bestehen einer Lehrinstitution

voraus, der als Einrichtung jedenfalls insoweit eigenes Gewicht zukomme, dass sie als solche nach außen erkennbar in Erscheinung trete und ihre Zweckbestimmung, die Ausbildung von Testpiloten, dauerhaft und ohne größere Unterbrechungen erfülle. Die an der Wehrtechnischen Dienststelle für Luftfahrzeuge - Musterprüfwesen für Luftfahrtgerät der Bundeswehr durchgeführten Lehrgänge erfüllten diese Anforderungen nicht. Zum anderen widerspreche die Regelung des § 23g Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EZuIV höherrangigem Recht, weil sie sich nicht im Rahmen der Verordnungsermächtigung des § 47 Satz 1 BBesG halte. Die insoweit erforderliche Erschwernis fehle, wenn bei sonst gleichen Voraussetzungen allein die mit der Ausbildung erworbene Qualifikation und - wie hier - insbesondere der Besuch von bestimmten Ausbildungsstätten für die Gewährung der Zulage entscheidend sei.

4 Hiergegen wendet sich die Revision des Klägers, mit der er die Verletzung materiellen Rechts rügt.

5 Der Kläger beantragt,

das Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 26. April 2010 und das Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichts München vom 28. März 2007 sowie den Bescheid der Wehrtechnischen Dienststelle 61 vom 24. Juni 2004 in Gestalt des Beschwerdebescheids des Bundesamtes für Wehrtechnik und Beschaffung vom 19. Mai 2005 aufzuheben und die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger ab dem 1. Januar 2004 die Zulage für technische Luftfahrzeugführer im Erprobungs- und Güteprüfdienst nach § 23g Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 der Erschwerniszulagenverordnung zu gewähren.

6 Die Beklagte verteidigt das Berufungsurteil und beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

II

7 Die Revision ist mit der Maßgabe begründet, dass das Urteil des Verwaltungsgerichtshofs aufzuheben und die Sache zurückzuverweisen ist (§ 144 Abs. 3

Satz 1 Nr. 2 VwGO). Auf der Grundlage der Tatsachenfeststellungen des Verwaltungsgerichtshofs im Berufungsverfahren kann der Senat nicht entscheiden, ob der Kläger einen Anspruch auf die geltend gemachte Erschwerniszulage hat.

- 8 Rechtsgrundlage für die Zahlung der begehrten Erschwerniszulage ist § 23g Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Erschwerniszulagenverordnung - EZuIV. Danach erhalten Beamte und Soldaten als Luftfahrzeugführer im Erprobungs- oder Güteprüfdienst, die im Besitz der erforderlichen Flugerlaubnis und Berechtigung sind, eine Zulage, wenn sie überwiegend als Luftfahrzeugführer im Erprobungs- oder Güteprüfflugdienst mit abgeschlossener Ausbildung als Testpilot und nach langjähriger Tätigkeit als Luftfahrzeugführer im Erprobungs- oder Güteprüfdienst auf mehreren Luftfahrzeugmustern verwendet werden. Nach § 23g Abs. 1 Satz 2 EZuIV erfordert die abgeschlossene Ausbildung als Testpilot die erfolgreiche Teilnahme an einem Lehrgang einer anerkannten Testpilotenschule.
- 9 1. Der Zulagentatbestand des § 23g Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EZuIV ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts einer gesetzeskonformen, d.h. von der Ermächtigungsgrundlage des § 47 Satz 1 BBesG gedeckten Auslegung zugänglich. § 47 Satz 1 BBesG ermächtigt die Bundesregierung, durch Rechtsverordnung die Gewährung von Zulagen zur Abgeltung besonderer, bei der Bewertung des Amtes oder bei der Regelung der Anwärterbezüge nicht berücksichtigter Erschwernisse (Erschwerniszulagen) zu regeln.
- 10 Eine derartige Erschwernis liegt vor, wenn die Erschwernis nicht schon durch die Einstufung des Amtes - einschließlich der Gewährung einer Amtszulage - bewertet oder durch die Gewährung einer Stellenzulage honoriert wird. Erschwernisse müssen auf die Aufgaben des Dienstpostens zurückzuführen sein und zu den Normalanforderungen der Laufbahn und des Amtes hinzukommen. Die Aufgaben und Arbeitsbedingungen des Beamten oder Soldaten müssen dadurch geprägt sein, dass er in seiner Tätigkeit fortlaufend, wenn auch nicht ständig, besonderen, durch die Besoldung nicht abgegoltenen Erschwernissen ausgesetzt ist. Dauererschwernisse gleichbleibender Art stellen dagegen keine Erschwernis im Sinne des § 47 Satz 1 BBesG dar; sie können ggf. durch eine Stellenzulage im Sinne des § 42 BBesG abgegolten werden (BVerwG, Urteile

vom 20. April 1983 - BVerwG 6 C 113.80 - Buchholz 235 § 47 BBesG Nr. 2, vom 30. September 1987 - BVerwG 6 C 52.86 - Buchholz 240 § 47 BBesG Nr. 5, vom 30. September 1987 - BVerwG 6 C 54.86 - juris und vom 3. Januar 1990 - BVerwG 6 C 11.87 - Buchholz 240 § 47 BBesG Nr. 6). Eine Erschwernis im Sinne von § 47 Satz 1 BBesG kann sich aus physischen oder psychischen Belastungen sowie aus erheblichen Beeinträchtigungen der Lebensqualität ergeben. Sie kann auch materieller Art sein, z.B. wenn die Dienstleistung zusätzliche Aufwendungen für Ernährung oder Kleidung erfordert (Leihkauff, in: Schwegmann/Summer, BBesG, § 47 Rn. 7).

- 11 Der Verordnungsgeber hat einen verhältnismäßig weiten Spielraum bei der Einschätzung, welche besonderen aufgabenbezogenen Anforderungen er als Erschwernis anerkennt und wie hoch er die Zulage bemisst (stRspr; vgl. nur BVerfG, Beschlüsse vom 4. April 2001 - 2 BvL 7/98 - BVerfGE 103, 310 <320> und vom 6. Mai 2004 - 2 BvL 16/02 - BVerfGE 110, 353 <364 f.>; BVerwG, Urteil vom 1. September 2005 - BVerwG 2 C 24.04 - Buchholz 240 § 40 BBesG Nr. 33 Rn. 22 m.w.N., Beschluss vom 3. Juni 2011 - BVerwG 2 B 13.11 - Buchholz 240 § 47 BBesG Nr. 12). Seine Einschätzung verstößt nur dann gegen Art. 3 Abs. 1 GG, wenn die Auswahl der Differenzierungsmerkmale oder deren Gewichtung sich als erkennbar sachwidrig erweist. Differenzierungen, die an den Schwerpunkt, d.h. den hauptsächlichen Aufgabenbereich dienstlicher Tätigkeiten anknüpfen, sind regelmäßig mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar, wenn die Anknüpfung an dieses Merkmal vom Zweck der Zulageregelung gedeckt ist und die Gewichtung nicht erkennbar sachwidrig ist (vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 19. Dezember 2008 - 2 BvR 380/08 - NVwZ 2009, 447; BVerwG, Beschluss vom 3. Juni 2011 a.a.O.).
- 12 2. § 23g Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EZuIV ist gesetzeskonform dahin auszulegen, dass die zulagenberechtigende Tätigkeit eine dauerhafte Verwendung auf einem Dienstposten im Erprobungs- oder Güteprüfdienst als Luftfahrzeugführer erfordert, auf dem regelmäßig mehrere Luftfahrzeugmuster befliegen werden. „Mehrere Luftfahrzeugmuster“ im Sinne des § 23g Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EZuIV meint eine Mehrzahl von Mustern, zumindest aber drei Muster.

- 13 Die gesetzeskonforme Auslegung folgt den Regeln, die für die verfassungskonforme Auslegung gelten. Eine Regelung in einer Verordnung überschreitet deshalb nur dann die Grenzen ihrer Ermächtigungsgrundlage, wenn keine nach anerkannten Auslegungsgrundsätzen zulässige und mit der Ermächtigungsgrundlage sowie anderem höherrangigem Recht zu vereinbarende Auslegung möglich ist. Lassen der Wortlaut, die Entstehungsgeschichte, der Gesamtzusammenhang der einschlägigen Vorschriften und deren Sinn und Zweck mehrere Deutungen zu, von denen jeweils eine zu einem verfassungsgemäßen Ergebnis führt, so ist eine Auslegung geboten, die mit dem höherrangigen Recht in Einklang steht. Ist eine einschränkende, gesetzeskonforme Auslegung möglich, dann kommt es nicht darauf an, ob dem subjektiven Willen des Verordnungsgebers die weitergehende, dem höherrangigen Recht nicht entsprechende Auslegung eher entsprochen hätte. Die gesetzeskonforme Auslegung findet ihre Grenzen dort, wo sie zum Wortlaut und dem klar erkennbaren Willen des Verordnungsgebers in Widerspruch treten würde (vgl. zur verfassungskonformen Auslegung BVerfG, Beschluss vom 24. Mai 1995 - 2 BvF 1/92 - BVerfGE 93, 37 <81> m.w.N., stRspr).
- 14 Das Tatbestandsmerkmal „mit abgeschlossener Ausbildung als Testpilot“ in § 23g Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EZuIV ist gesetzeskonform dahin auszulegen, dass der Beamte oder Soldat die erforderliche Qualifikation für seine in der Zulagenorm vorausgesetzte Verwendung als Luftfahrzeugführer im Erprobungs- oder Güteprüfdienst auf mehreren Mustern besitzen muss. Daraus folgt, dass jede Einrichtung, die diese Qualifikation vermittelt, als anerkannte Testpilotschule im Sinne des § 23g Abs. 1 Satz 2 EZuIV zu gelten hat. Aufgrund des tätigkeitsbezogenen Charakters der Erschwerniszulage darf der Begriff der anerkannten Testpilotschule nicht von den organisatorischen Strukturen der Einrichtung abhängig gemacht werden. Diese sind ohne Bedeutung für die Frage, ob die Dienstausbildung mit einer Erschwernis im Sinne von § 47 Satz 1 BBesG verbunden ist.
- 15 Für das weitere Tatbestandsmerkmal „nach langjähriger Tätigkeit als Luftfahrzeugführer im Erprobungs- oder Güteprüfdienst auf mehreren Luftfahrzeugmustern verwendet“ im Sinne des § 23g Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EZuIV ist erforderlich

und ausreichend, dass der Pilot aufgrund des Aufgabenbereichs seines Dienstpostens dauerhaft überwiegend auf mehreren Luftfahrzeugmustern verwendet wird. Auch dies folgt aus dem tätigkeitsbezogenen Charakter der Erschwerniszulage sowie aus § 18 Abs. 1 EZuIV, wonach der Anspruch auf eine Zulage in festen Monatsbeträgen mit der tatsächlichen Aufnahme der zulageberechtigenden Tätigkeit entsteht. Im Übrigen führen Unterbrechungen der zulageberechtigenden Tätigkeit in den in § 19 Abs. 1 EZuIV genannten Fällen, etwa von Erholungsurlaub oder Krankheit nicht zum Wegfall des Anspruchs auf die Zulage (vgl. Urteil vom 27. Oktober 2011 - BVerwG 2 C 73.10 - Buchholz 240 § 47 BBesG Nr. 13).

- 16 Dieser Bedeutungsgehalt des § 23g Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EZuIV ist auch systematisch im Verhältnis zu den anderen Zulagen für fliegendes Personal geboten. Die Erschwerniszulage nach § 23g Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EZuIV ergänzt die Stelvenzulage nach den Vorbemerkungen zu den Besoldungsordnungen A und B II. Nr. 6 in Verbindung mit der Anlage IX (vgl. dazu Urteile vom 12. Juni 1984 - BVerwG 6 C 94.83 - Buchholz 235 § 42 BBesG Nr. 6 S. 17 und vom 28. Oktober 2010 - BVerwG 2 C 29.09 - Buchholz 240.1 BBesO Nr. 33) und die Erschwerniszulage nach § 23f EZuIV. Die Fliegerzulage nach § 23f EZuIV erhalten auch Beamte und Soldaten, die als Luftfahrzeugführer im Erprobungs- oder Güteprüfdienst verwendet werden; weitere Anforderungen hinsichtlich Art oder Umfang der konkreten Verwendung im Erprobungs- oder Güteprüfdienst stellt § 23f EZuIV nicht. Diese Zulage wird insbesondere wegen der Erschwernisse durch die Besonderheiten des Arbeitsplatzes Flugzeug und durch die besonderen Gefahren der Tätigkeit, die einen extrem hohen Aufmerksamkeitsgrad erfordern, gewährt (BRDrucks 187/98 S. 22). Darüber hinausgehend honorieren die Zulagen nach § 23g Abs. 1 EZuIV die extrem großen psychischen und physischen Belastungen während des Erprobungs- und Güteprüfdienstes, wobei die Höhe der Zulage davon abhängt, ob auch nicht mustergeprüfte Flugzeuge geflogen werden (vgl. BRDrucks 152/76 S. 31 f.).
- 17 Auf der Grundlage der Feststellungen des Verwaltungsgerichtshofs lässt sich nicht beurteilen, ob der Zulagenanspruch des Klägers begründet ist. Es fehlen jegliche Feststellungen dazu, wie der Kläger konkret verwendet wurde und wird,

insbesondere dazu, ob er im streitgegenständlichen Zeitraum überwiegend und auf mehreren Luftfahrzeugmustern im Erprobungs- oder Güteprüfdienst verwendet worden ist und wird.

Domgörgen

Dr. Heitz

Dr. von der Weiden

Thomsen

Dr. Kenntner

B e s c h l u s s

Der Streitwert wird auf 2 454 € festgesetzt (§ 47 Abs. 1 i.V.m. § 52 Abs. 1 GKG).

Domgörgen

Dr. von der Weiden

Thomsen

Sachgebiet:

BVerwGE: nein

Beamtenrecht

Fachpresse: ja

Rechtsquellen:

BBesG	§§ 42, 47
EZuIV	§§ 18, 19, 23f, 23g
GG	Art. 3

Stichworte:

Erschwerniszulage; Erschwernis; Erprobungs- oder Güteprüfdienst; Luftfahrzeugführer; Luftfahrzeugmuster; Testpilot; Testpilotenschule; Amtszulage; Stel-
lenzulage; Fliegerzulage; gesetzeskonforme Auslegung.

Leitsatz:

Die Erschwernis, die gemäß § 47 BBesG durch eine Erschwerniszulage hono-
riert werden kann, muss im Zusammenhang mit der Dienstausbung stehen.
Sie kann nicht allein in einer besonderen Qualifikation des Beamten oder der
bisherigen Dauer der Wahrnehmung eines Dienstpostens liegen.

Urteil des 2. Senats vom 26. September 2012 - BVerwG 2 C 45.10

I. VG München vom 28.03.2007 - Az.: VG M 9 K 05.2037 -

II. VGH München vom 26.04.2010 - Az.: VGH 14 B 08.2196 -